

100 AÑOS DE LA FUNDACIÓN
DE LA REVISTA CRÍTICA

Centenario



REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

Año C • Noviembre - Diciembre 2025

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 • Noviembre - Diciembre 2025 • Núm. 812

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

Esta obra cuenta con Licencia Creative Commons vía: CC BY-NC-ND 4.0

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 Gállico

Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito
a la DGSJFP

Comisión ejecutiva

Doña María del Rosario Jiménez Rubio

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

Don Francisco Javier Gómez Gállico

Presidente de la Revista Crítica de Derecho
Inmobiliario

Don Santiago Molina Illescas

Director del Servicio de Estudios del Colegio
de Registradores de la Propiedad
y Mercantiles de España.

Don Basilio Aguirre Fernández

Secretario de la Revista Crítica de Derecho
Inmobiliario

Don Francisco Marín Castán

Consejero de la Revista Crítica de Derecho
Inmobiliario

Dña Fátima Yañez Vivero

Catedrática de Derecho civil UNED
Madrid

Secretario

Don Basilio Aguirre Fernández

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 Gállico

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 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 Ezquerro
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 y Mercantil

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 Muñoz Espada
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad
de Valladolid.

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

Doña María Luz Sánchez-Jauregui Lázaro
Registradora de la Propiedad y Mercantil

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

SUMARIO / SUMMARY

Págs.

PRÓLOGO

JIMÉNEZ RUBIO, María Rosario: En el centenario de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.....	2991

PRESENTACIÓN

GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: Centenario Revista Crítica Derecho Inmobiliario	2997

ESTUDIOS

ABAD ARENAS, Encarnación: Los matrimonios de conveniencia: Una constante en el tiempo / <i>Marriages of convenience: A constant over time</i>	3005
AGUIRRE FERNÁNDEZ, Basilio Javier: El sistema registral español tras la ley 11/2023, de 8 de mayo: principios que lo identifican / <i>The spanish registry system after Law 11/2023, of May 8: principles that identify it</i>	3039
ARGELICH COMELLES, Cristina: Evaluando los requisitos de localización de datos con la libre circulación de datos no personales en el informe español para la Comisión Europea / <i>Assessing Data Localisation Requirements under Free Flow of Non-Personal Data in the Spanish Report for the European Commission</i>	3081
BERNAD MAINAR, Rafael: El derecho civil desde la perspectiva del análisis económico del derecho (AED) / <i>Civil law from the perspective of economic analysis of law (AED)</i>	3111

	<u>Págs.</u>
BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: La protección del consumidor ante la contratación de microcréditos o créditos rápidos, préstamos personales y créditos o tarjetas <i>revolving</i> como instrumentos alternativos de financiación / <i>Consumer protection when contracting micro-credits or quick credits, personal loans and revolving credits or cards as alternative financing instruments</i>	3145
BORETTO, Mauricio: Intersecciones entre el Derecho ambiental y el Derecho concursal argentinos: análisis desde la óptica de la constitucionalización del derecho privado / <i>Intersections between environmental law and Argentine bankruptcy law: analysis from the perspective of the constitutionalization of private law</i>	3213
BOSCH CAPDEVILA, Esteve: La institución testamentaria a plazo / <i>The testamentary institution subject to a term</i>	3245
CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: El inaccesible derecho a la vivienda: entre la propiedad, el arrendamiento y las tenencias intermedias / <i>The inaccessible right to housing: between ownership, leasing, and intermediate tenancies</i>	3303
ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: ¿Uso común ordinario de elementos comunes en la propiedad horizontal o adquisición <i>a domino</i> ? <i>Comentario a la STS n.º 623/2024 de 8 mayo (JUR\2024\137837)</i>	3355
FABRE LAFUENTE, Iván: El régimen jurídico de la inscripción registral de los bienes públicos / <i>The legal regime for the registration of public property</i>	3375
FANDOS PONS, Pedro: El derecho etológico al uso eficiente de los recursos energéticos como facultad del dominio y el derecho real de aprovechamiento ambiental / <i>The ethological right to the efficient use of energy resources as a right of ownership and the real right to environmental use</i>	3451
FERRÁN DEL VILLAR, Daniel Enrique y VIGIL DE QUIÑONES OTERO, Diego: ¿Puede el Registro prescindir de la causa? / <i>Can the Registry disregard the cause?</i>	3499
GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: Georreferenciación de fincas en el registro de la propiedad / <i>Graphic representation of properties in the land registry</i>	3535
GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: El control de rentas en el arrendamiento como medida para el acceso a la vivienda a examen: necesidad de nuevas reformas legislativas / <i>Rent control in lease agreements as a measure to facilitate access to housing under review: the need for new legislative reforms</i>	3571

	<i>Págs.</i>
HERMOSO MESA, Diego: Inscripción de la Representación Gráfica Catastral de fincas matrices con División en Propiedad Horizontal. Los inmuebles sobre parcela coordinada / <i>Registration of Cadastral Graphical Representations of Properties Subject to Horizontal Property Regimes. Real Estate within Coordinated Land Parcels</i>	3611
DE LA IGLESIA MONJE, M. ^a Isabel: El gemelo digital urbano y su interacción con el registro de la propiedad: retos jurídicos en la protección de datos y la publicidad registral en la ciudad inteligente / <i>The urban digital twin and its interaction with the property registry: legal challenges in data protection and registry advertising in the smart city</i>	3637
MANZANO FERNÁNDEZ, M. ^a del Mar: La facultad de disposición del fiduciario sobre los bienes y derechos sujetos a sustitución fideicomisaria / <i>The trustee's power of disposition over assets and rights subject to trust substitution</i>	3669
MATAS BENDITO, Manuel: La función registral en la conformación del derecho a la ciudad: el Registro Único de Arrendamientos / <i>The Land Registry in shaping the right to the city: The Single Registry of Leases</i>	3703
MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P.: Posesión e inscripción / <i>Possession and registration</i>	3759
NASARRE AZNAR, Sergio: La propiedad privada en la encíclica <i>Rerum Novarum</i> : desde el Libro del Génesis y Aristóteles a la Ley de vivienda de 2023 / <i>Private ownership in the encyclical Rerum Novarum: from the Book of Genesis and Aristotle to the Spanish Housing Act of 2023</i>	3793
PANAY CUYA, Max Adolfo: La oponibilidad en el libro IX del Código civil peruano de 1984 / <i>The effects against third parties in the IX book of the Peruvian Civil Code of 1984</i>	3831
SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: Vivienda familiar adquirida antes o constante la sociedad de gananciales: una revisión crítica de las previsiones del Código Civil / <i>Family home acquired before or during the community property regime: a critical review of the provisions of the Civil Code</i>	3875
SÁNCHEZ CORONADO, Carlos Alberto: El justo título: acto traslativo a <i>non domino</i> de buena fe / <i>The just title: act of transfer to non-domino in good faith</i>	3931

	<i>Págs.</i>
SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel: El ejercicio de la patria potestad y los terceros de buena fe / <i>The exercise of parental auth and third parties in good faith: art. 156 of the cc</i>	3957
SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada: Hipervulnerabilidad de las personas mayores tras la transformación digital (también) del sector bancario: automatización (crédito scoring), datificación y daños por productos inteligentes defectuosos a personas vulnerables / <i>Hypervulnerability of elderly people after the digital transformation (also) of the banking sector: automation, datification and damage from defective smart products to vulnerable people</i>	3999
SERRANO DE NICOLÁS, Ángel: Usufructo de disposición: un examen puntual al alcanzar el primer cuarto del siglo XXI / <i>Usufruct of disposition: a special examination at the first quarter of the 21st century</i>	4049
SILLERO CROVETTO, Blanca: El derecho a la vivienda en la Ley 12/2023 ¿un derecho ejercitable ante los poderes públicos o una falsa esperanza? / <i>The right to housing in act 12/2023: a right that can be exercised before the public authorities or a false hope?</i>	4099

PRÓLOGO

En el centenario de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

La Revista Crítica de Derecho Inmobiliario alcanza en 2025 su **primer centenario** convertida no solo en una de las publicaciones jurídicas más antiguas de España, sino también en una referencia imprescindible para generaciones de juristas, y muy especialmente para los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles.

Afortunada coincidencia, que me permite, como Decana, rendirle un merecido homenaje desde sus páginas en nombre del Colegio de Registradores de España, por haber mantenido, durante todo este tiempo de vida la misma vocación intelectual, la exigencia científica y la utilidad práctica que presidieron el momento fundacional.

Fundada en enero de 1925 por nuestro ilustre hipotecarista Don Jerónimo González, en un contexto histórico y jurídico muy distinto del actual, la Revista Crítica nació con una ambición clara: ofrecer un espacio de reflexión rigurosa, crítica y técnicamente solvente sobre el Derecho inmobiliario y registral, entendido no como una disciplina aislada, sino como un **núcleo esencial** del sistema jurídico, estrechamente conectado con el Derecho civil, el mercantil, el administrativo, urbanístico, y, en definitiva, con la seguridad jurídica de las relaciones económicas y sociales. Lo que resulta extraordinario es que esa ambición inicial no solo no se ha desdibujado con el paso del tiempo, sino que ha sido reafirmada y enriquecida a lo largo de un siglo de publicación **ininterrumpida**.

Pocas revistas pueden acreditar haber acompañado, con continuidad y profundidad, las **grandes transformaciones del ordenamiento jurídico español**: desde los cambios legislativos del primer tercio del siglo XX, pasando por la compleja etapa de la posguerra, la evolución del Derecho durante el desarrollismo, la transición democrática, la Constitución de 1978 y la progresiva integración europea, hasta los profundos retos normativos y tecnológicos del presente. En todas esas etapas, la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario ha sido testigo atento, foro de debate y, en no pocas ocasiones, motor de reflexión anticipatoria, ofreciendo análisis y soluciones viables a dilemas jurídicos complejos.

Uno de los rasgos que mejor definen a la Revista es su permanente **equilibrio entre teoría y práctica, y asimismo, su excelente reputación** y nivel de reconocimiento dentro de los estándares e indexación en catálogos académicos, lo cual, como sabemos, está en directa relación con su prestigio científico. Lejos de una concepción puramente académica o exclusivamente profesional, la Revista Crítica ha sabido ofrecer estudios doctrinales de gran calado junto a análisis precisos de la legislación, la jurisprudencia y la práctica registral. Esa combinación ha permitido que sus páginas sean útiles tanto para el investigador universitario como para el profesional que busca criterios sólidos para la resolución de problemas concretos. En ello radica, sin duda, una de las claves de su longevidad y de su prestigio.

La Revista ha sido también, desde su origen, **buque insignia de nuestra doctrina registral**, de análisis sosegado de las cuestiones jurídicas de interés, y una expresión del compromiso del Cuerpo de Registradores con el estudio del Derecho y con la mejora constante de las instituciones jurídicas, así como del servicio público registral. A lo largo de estos cien años, numerosos registradores han contribuido con sus trabajos, comentarios y notas críticas a enriquecer el debate jurídico y a proyectar hacia el exterior una imagen de rigor técnico, independencia intelectual y vocación de servicio público. Pero junto a ellos, la Revista Crítica ha contado siempre con la colaboración de destacados miembros de la comunidad científico jurídica, todos ellos de primer nivel, que han conseguido crear, lo que agradezco sinceramente en nombre del Colegio de Registradores, una obra de extraordinario **prestigio histórico y científico**, con una doctrina clásica y contemporánea de referencia jurídica indiscutible, que influye profundamente en la práctica diaria de los operadores jurídicos, en la jurisprudencia y en la difusión del conocimiento y la ciencia jurídica.

Celebrar el centenario de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario es, por tanto, celebrar una tradición viva. No se trata de mirar al pasado con nostalgia, sino de reconocer una trayectoria que ha sabido renovarse sin perder su identidad. En un tiempo marcado por la inmediatez, la sobreabundancia de información y la rápida obsolescencia de los contenidos, la pervivencia de una revista centenaria es una reivindicación del valor del pensamiento jurídico pausado, de la argumentación sólida y del diálogo respetuoso entre distintas posiciones doctrinales.

El centenario nos invita también a reflexionar sobre **el futuro**. Los retos que hoy afronta el Derecho inmobiliario y registral —la digitalización, la inteligencia artificial, la sostenibilidad, la transformación del tráfico jurídico y económico, la protección de los datos y los derechos fundamentales en contextos cada vez más complejos— exigen, más que nunca, espacios de reflexión como el que ofrece la Revista Crítica, que ya los ha abordado desde el primer momento. Su historia de-

muestra que está preparada para seguir siendo un lugar de referencia donde esos retos puedan ser analizados con profundidad, espíritu crítico y responsabilidad institucional.

Desde el Colegio de Registradores de España, y en nombre de quienes hoy ejercemos la responsabilidad de representarlo, queremos expresar nuestra gratitud y sincero reconocimiento a quienes han hecho posible estos cien años de historia de nuestra revista, especialmente a su director, Francisco Javier Gómez Gállico, así como a los miembros del consejo de redacción, autores, colaboradores y lectores, felicitarles por esta extraordinaria labor y transmitirles nuestra admiración y el deseo de que la revista crezca en prestigio, con cada vez mayor vocación inspiradora y divulgatoria de contenidos. A todos ellos debemos que la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario siga siendo, un siglo después de su nacimiento, un instrumento esencial al servicio del Derecho y de la seguridad jurídica.

Que este centenario sea un nuevo impulso para continuar una labor que ha demostrado ser tan necesaria como duradera. La Revista Crítica de Derecho Inmobiliario cumple cien años con la solidez de quien conoce su pasado, y el entusiasmo de quien afronta el futuro con ilusión y ganas de contribuir a fortalecer el Derecho Inmobiliario Registral y mejorar el servicio público que prestamos quienes nos dedicamos a él.

MARÍA ROSARIO JIMÉNEZ RUBIO

Decana del Colegio de Registradores de España

PRESENTACIÓN

Centenario Revista Crítica Derecho Inmobiliario

Celebramos los 100 años del nacimiento de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, buque insignia de las publicaciones científicas de los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles.

Fue fundada en 1925 por D. Jerónimo González, letrado de la Dirección General de Registros y del Notariado (hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y fe pública del Ministerio de Justicia), organismo con el que la revista siempre ha tenido una especial vinculación. Yo mismo dirigí el centro directivo y muchos de los consejeros de la revista han sido letrados o comisionados en el Centro Directivo. La revista fue posteriormente adquirida por la Asociación de Registradores, hoy Colegio de Registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles de España, presidida en la actualidad por Rosario Jiménez Rubio.

Es un honor presidir esta prestigiosa Revista, que ha tenido insignes presidentes como Ramón María Roca Sastre, Luis Díez Picazo y Ponce de León y Aurelio Menéndez Menéndez. Luis Díez-Picazo y Ponce de León además ocupó también antes de ser presidente, el cargo de Consejero-Secretario, siendo sucedido con posterioridad por Francisco Sánchez de Frutos, Fernando Muñoz Cariñanos, Francisco Corral Dueñas, Francisco Javier Gómez Gállico y en la actualidad por Basilio Javier Aguirre.

Siguiendo con la tradición de hacer números especiales en ocasiones excepcionales —ya se hizo así con la antología de textos de la Revista— publicamos hoy un número conmemorativo de su centenario.

En estos 100 años la RCDI ha sido testigo de la evolución impresionante del sistema inmobiliario español. Así se ha reflejado en sus estudios. Hemos pasado de una economía agraria a una economía digital en permanente transformación. Los registros de la propiedad, aunque mantienen el folio real son hoy en día enteramente electrónico, sin firma manual. Lo mismo ocurre con los registros mercantiles y de bienes muebles, basados en el folio personal pero igualmente electrónico.

Esta digitalización se ha extendido a la propia revista, que sólo excepcionalmente y a petición expresa se imprime en papel. La revista, con excepción de seis meses de embargo para suscriptores, está puesta en abierto a través de su página web <https://www.revistacritica.es/>. Basta hacer una previa identificación o *login* para acceder a la revista completa bimestral desde 1925. Es cuestión de tiempo que esté enteramente en abierto.

La revista pone de manifiesto, a través de los años, como el registrador otro-
ra juez territorial, ha ido acogiendo competencias en materia de prevención de fraude fiscal, lucha contra el blanqueo de capitales, control de la legalidad administrativa y calificación de cláusulas abusivas, impensables en 1925. Todo ello ha dado lugar a trabajos sobre estas diversas materias en la RCDI.

La inexistencia de bases gráficas cuando nació la revista era un defecto del sistema registral puesto de manifiesto desde principios del siglo XX, que dio lugar a una jurisprudencia que excluía del principio de legitimación registral los datos físicos. Hoy en día esta concepción ha sido superada gracias a sucesivos avances en la coordinación de Catastro y Registro que han culminado en la ley 13/2015, con clara proclamación de los principios registrales de legitimación, prioridad, tracto sucesivo y fe pública también a datos físicos, como son la superficie y los linderos de la descripción de la finca cuando está georreferenciada y coordinada con Catastro. Temas igualmente tratados en la revista y en el número especial conmemorativo.

El registro de la propiedad ya no se entiende como ocurría en el nacimiento de la revista por algunos autores como un registro de títulos y de mera oponibilidad frente a terceros. Trabajos de la RCDI y jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo han ido clarificando que el principio de fe pública registral no sólo protege a terceros subadquirentes del titular registral, sino también a los mismos adquirentes de quien figura como propietario o titular del derecho real en el Registro, que adquiere e inscribe con los requisitos del 34 de la ley hipotecaria. La protección de quien primero inscribe en caso de doble venta, proclamado en el artículo 1473 del Código civil, se extiende según el Tribunal Supremo también a los supuestos de venta de cosa ajena. La legislación hipotecaria se erige así definitivamente en una ley modalizadora de la teoría del título y el modo, y la inscripción se ha consagrado en estos años como parte del proceso transmisivo y no como mero efecto de oponibilidad.

El derecho comparado ha sido también en estos años objeto esencial de análisis e la revista y de comparación con el derecho español, donde no existe seguro de títulos que garantice los riesgos de evicción, precisamente porque el registro los excluye al establecer la irreivindicabilidad del inmueble cuando se adquiere confiando en sus pronunciamientos. La sección de Derecho comparado

ha servido así para que nuestro sistema registral sea referente en muchos países, especialmente en el ámbito latinoamericano.

La RCDI ha dedicado también muchos de sus trabajos al análisis económico del derecho civil y la demostración del menor coste de transacción que los registros añaden. De estos temas no se hablaba al comienzo de la andadura de la revista, y es quizás uno de los cambios más llamativos en nuestro sistema registral, que de ser analizado exclusivamente desde una perspectiva de la protección de los derechos civiles del individuo, ha pasado a ser estudiada desde la perspectiva económica, demostrando que ningún sistema económico avanzado carece de sistemas de protección de las inversiones. En nuestro país, por influencia de los derechos francés, italiano y sobre todo alemán, la protección de la financiación hipotecaria y del inversor inmobiliario se realiza a través de la institución registral, mientras en otros países de influencia norteamericana se hace descansar en sistemas de aseguramiento de títulos más costosos e ineficaces, pues no evitan la privación del bien, sino que garantizan tan sólo una indemnización en caso de evicción.

En fin, el cambio en estos 100 años en los temas analizados en la revista, fruto de la evolución social y crecimiento económico del país, se ha puesto de manifiesto en las distintas secciones de la revista, en sus estudios, dictámenes y estudios jurisprudenciales. Por supuesto todo esto se ha combinado con estudios tradicionales de derecho civil, mercantil, urbanístico y bancario, así como hipotecario, al que se ha dado tratamiento preferente. La más que centenario hipoteca se ha mantenido fiel como garantía real aunque se han ido abriendo caminos nuevos, como la hipoteca global o flotante, para responder a nuevas exigencias económicas, y a la posibilidad de subrogación a instancia del deudor sin necesidad de consentimiento del acreedor, fenómenos igualmente analizados profusamente en la revista.

El prestigio adquirido por la RCDI se debe a los autores de sus publicaciones, a los catedráticos y profesores de Derecho civil y mercantil, procesal y administrativo, registradores, abogados y notarios que han colaborado a lo largo de estos años, pero también de forma muy especial al trabajo de los colaboradores habituales de las distintas secciones permanentes, como la del análisis de jurisprudencia, verdaderos estudios de instituciones y no sólo de sentencias.

Quiero hacer un agradecimiento especial a las consejeras/os, colaboradores y personal administrativo. En especial a las dos secretarías administrativas de la revista en estos más de veinte años que llevo como secretario y luego presidente de la RCDI. Me refiero a Rosa Carretero, ya jubilada, y a Leonor Andrés Rodríguez, actualmente al cargo.

El consejo científico, integrado por los consejeros y consejeras es esencial para marcar los objetivos de la RCDI. A su vez la comisión ejecutiva realiza la función más frecuente de selección de los trabajos.

En su composición además de la decana y director del centro de estudios ha figurado Celestino Pardo Núñez, exponente máximo de la formación jurídica de los registradores y en la actualidad el magistrado Francisco Marín Castán, que fue presidente de la Sala de lo Civil y del propio Tribunal Supremo y Fátima Yañez Vivero, Catedrática de derecho civil.

Quiero hacer también un agradecimiento especial a los evaluadores de la revista. Las publicaciones se someten a un sistema de doble evaluación ciega que garantiza la calidad y objetividad en la valoración de las publicaciones. El nivel de una revista científica también pasa por no publicar los trabajos que no llegan al nivel exigido, e igualmente ayuda el programa incorporado a la evaluación para la evitación de plagios.

Gracias a ello y al esfuerzo de todos estamos catalogados como una de las revistas jurídicas de mayor impacto en el mundo académico. Basta ver el índice de impacto DIALNET que nos sitúa siempre entre las mejores revistas de derecho privado.

Hemos cumplido prácticamente todas las exigencias del Centro de Información y Documentación Científica (CINDOC) actualmente Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología. Y hemos vuelto a renovar el sello de calidad científica Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (FECYT) dependiente del Ministerio de ciencia, innovación y tecnología, lo cual no es nada fácil como saben las escasas revistas científicas que reciben este merecimiento.

El premio revisto crítica para juristas jóvenes —menores de 40 años— concedido por cada dos años por la RCDI ha alcanzado un gran prestigio, como demuestra el gran número de candidatos a su obtención. Ya han sido doce hasta la fecha los juristas jóvenes ganadores del premio.

En fin, es un honor presidir la RCDI, ya centenaria revista de una de las prestigiosas instituciones jurídicas españolas que es el colegio de registradores, mercantiles y de bienes muebles de España, a la que auguro una larga vida. Muchas gracias.

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO
Presidente de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

ESTUDIOS

Los matrimonios de conveniencia: Una constante en el tiempo¹

Marriages of convenience: A constant over time

por

ENCARNACIÓN ABAD ARENAS

Profesora titular de Universidad

Dpto de Derecho civil

UNED

RESUMEN: En el presente estudio evidenciamos que los «matrimonios de conveniencia» también intitulados «matrimonios de complacencia» se han convertido en nuestro país en un fenómeno en constante crecimiento.

En este contexto y desde la perspectiva de la doctrina registral analizamos y hacemos hincapié en la conceptualización que entraña este tipo de enlace matrimonial, que entendido como aquel que es celebrado sin que medie una voluntad real de contraer el matrimonio, ni de convivencia entre los futuros esposos, tiene como pretensión la de obtener las consecuencias legales que en cada estado se le atribuyen y derivan de la propia institución del matrimonio.

También estudiamos los elementos que deben concurrir en este tipo de matrimonio, en el entendido de que «en realidad» lo que se persigue no es contraer matrimonio entre un español y un extranjero, sino que un extranjero se aproveche de las ventajas de la apariencia matrimonial, a los efectos de facilitar la entrada o de regularizar la estancia en territorio nacional o, de obtener la nacionalidad del cónyuge aparente.

Por último, nos detenemos en análisis de las Instrucciones que fueron publicadas con la pretensión de combatir y erradicar los matrimonios fraudulentos por la Dirección General de Registros y del Notariado en 1995 y 2006. También enumeramos —desde este punto de vista— algunas de las presunciones que alu-

den a su existencia, así como a las consecuencias jurídicas que pueden derivarse, desde el punto de vista civil, penal, administrativo y registral.

ABSTRACT: In this study, we demonstrate that marriages of convenience, also known as “marriages of convenience,” have become a steadily growing phenomenon in our country.

In this context, and from the perspective of registry doctrine, we analyze and emphasize the conceptualization of this type of marriage. Understood as a marriage entered into without the real intention of marrying or cohabiting between the future spouses, marriage seeks to obtain the legal consequences attributed to it in each state and derived from the institution of marriage itself.

We also study the elements that must be present in this type of marriage, understanding that “in reality,” what is sought is not a marriage between a Spaniard and a foreigner, but rather that a foreigner may benefit from the appearance of marriage to facilitate entry or regularize residence in the country, or to obtain the nationality of the alleged spouse. Finally, we analyze the Instructions published by the General Directorate of Registries and Notaries in 1995 and 2006 to combat and eradicate fraudulent marriages. From this perspective, we also list some of the presumptions that allude to its existence, as well as the legal consequences that may arise from civil, criminal, administrative, and registry perspectives.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio de conveniencia, consentimiento matrimonial, nacionalidad y extranjería, indicios, consecuencias legales.

KEYWORDS: *Marriage of convenience, marital consent, nationality and immigration, presumptions, legal consequences.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES. LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA.—II. ELEMENTOS CONCURRENTES EN LOS MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA.—II.1. INEXISTENCIA DE CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL. II.2. ELEMENTO DE EXTRANJERÍA.—III. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA Y LA PRUEBA DE SIMULACIÓN.—IV. LOS INDICIOS DE LOS MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA: ALUSIÓN A LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA (DGRN).—V. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA EVALUACIÓN DE UN MATRIMONIO DE CONVENIENCIA.—VI. CONCLUSIONES.—VII. RESOLUCIONES CITADAS.—VIII BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES GENERALES. LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA

El incremento desmedido —desde mitad del siglo pasado— acaecido por el fenómeno de los «matrimonios de conveniencia», ha originado una unificación jurisprudencial que, en relación con los requisitos que deben concurrir para su calificación como matrimonio simulado —y, como consecuencia de lo anterior, nulo de pleno derecho—, ha permitido que, en la actualidad, nos encontremos ante una amplia doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGRN) (en adelante DGSJFP (DGRN)), en la que se deniega la autorización para contraer matrimonio o, su inscripción, por considerarse que hay datos objetivos suficientes para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial.

De forma que, estos enlaces matrimoniales —también denominados «matrimonios de complacencia»²— concebidos como aquellos que son celebrados sin que medie una voluntad real de contraer el matrimonio, ni tampoco de convivencia entre los futuros esposos, tienen como pretensión la obtención de las consecuencias legales que en cada estado se le atribuyen y derivan de la propia institución del matrimonio, convirtiéndose de esta forma la simulación³ en motivo de nulidad y, en requisito necesario —dada la relevancia que en el matrimonio adquiere la causa matrimonial— para poder combatir este tipo de matrimonios, debido a que de conformidad con nuestro OJ «no hay matrimonio sin el consentimiento matrimonial» (art. 45.1 CC). Para OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS (2006, 1549) «el matrimonio simulado es considerado «matrimonio de complacencia» cuando uno de los contrayentes, en principio extranjero, únicamente pretende, a través de él, ampararse en los beneficios que confiere al vínculo el Derecho de la Nacionalidad o el Derecho de Extranjería; y los motivos que mueven al otro, español o extranjero con residencia regular, son exclusivamente económicos (cobro de un precio) o de carácter humanitario».

En definitiva, mediante estos enlaces matrimoniales se pretende como norma general y previo precio, que un extranjero obtenga los beneficios del matrimonio para regularizar su estancia en el país u obtener la nacionalidad del que será su cónyuge⁴.

En el ámbito de la UE y, con arreglo a la Resolución del Consejo, de 04 de diciembre de 1997 sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos, «tras observar que los matrimonios fraudulentos constituyen un medio para eludir las normas relativas a la entrada y a la residencia de nacionales de terceros países», en su punto 1 se precisa que por «matrimonio fraudulento» se debe entender «el matrimonio de un nacional de un Estado miembro o de un nacional de un tercer país que resida regularmente en un Estado miembro con un nacional de un tercer país, con el fin exclusivo de eludir

las normas relativas a la entrada y la residencia de nacionales de terceros países y obtener, para el nacional de un tercer país, un permiso de residencia o una autorización de residencia en un Estado miembro», esto es, el celebrado en fraude a la legislación de extranjería y, no a la legislación de nacionalidad⁵. Definición que, posteriormente, sería corroborada en España, por la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2002, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería⁶ (en adelante Circular 1/2002, de 19 de febrero) definiéndolo como «el celebrado con la única finalidad de regularizar la situación en España de uno de los contrayentes, mediante el matrimonio con quien ya se encuentra legalmente en el país», esto es, mediante el matrimonio con un español».

Por lo que atañe al Derecho español, la Dirección General de Registros y del Notariado⁷ (en adelante DGRN) en 1995 dictó la Instrucción de 09 de enero, sobre normas relativas al expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero y, posteriormente, en 2006 la de 31 de enero, dirigidas ambas a impedir que algunos extranjeros obtuviesen la entrada en España o regularizasen su estancia en ella mediante un matrimonio simulado con ciudadanos españoles⁸.

En 1995, y sin aludir de forma explícita a este tipo de matrimonios, a través de la Instrucción de 09 de enero, «sobre el expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero»⁹, con la pretensión de dar publicidad a determinadas normas del Reglamento del Registro Civil (en adelante RC) para evitar la celebración de matrimonios nulos, se precisó que: «Son cada vez más frecuentes los casos en los que un español domiciliado en España pretende contraer matrimonio con extranjero domiciliado fuera de España y hay muchos motivos para sospechar que por medio de estos enlaces lo que se pretende exclusivamente es facilitar la entrada y estancia en territorio español de súbditos extranjeros»¹⁰. Y, posteriormente, en el año 2006, a través de la Instrucción de 31 de enero, «sobre los matrimonios de complacencia»¹¹, se ofreció una definición en los siguientes términos: «el matrimonio simulado, tal y como ha sido caracterizado por la doctrina científica más autorizada, es aquel cuyo consentimiento se emite, por una o ambas partes, en forma legal, pero mediante simulación, esto es, sin correspondencia con un consentimiento interior, sin una voluntad real y efectiva de contraer matrimonio, excluyendo el matrimonio mismo en la finalidad y en los derechos y obligaciones prefijados por la Ley, o bien un elemento o propiedad esencial del mismo. En el matrimonio simulado se da, por tanto, una situación en que la declaración de voluntad emitida no se corresponde con la real voluntad interna. Cosa diferente es la dificultad de la prueba y la relevancia que en relación con la misma tiene el juego de las presunciones basadas en hechos objetivos. Así ocurre en el caso de los matrimonios de compla-

cencia en los en que el verdadero objetivo pretendido por una o ambas partes es el de obtener determinados beneficios en materia de nacionalidad y de extranjería o el estipendio recibido o prometido a uno de los contrayentes», precisando además que: «estos matrimonios son, realmente, matrimonios simulados celebrados normalmente entre extranjeros y españoles, o entre extranjeros. Son «matrimonios» en los que no concurre un verdadero «consentimiento matrimonial». Por tanto, no son «verdaderos matrimonios», sino negocios jurídicos simulados o «matrimonios meramente aparentes», pues no existe un verdadero consentimiento matrimonial, ya que son solo el medio a través del cual se procuran obtener ventajas legales en el sector del Derecho de extranjería y de la nacionalidad».

Además, y de conformidad con la realidad social, se puntualiza que, estos «matrimonios de complacencia» se celebran, como norma general a cambio de un precio¹². De esta forma, los cónyuges carentes de voluntad alguna de convivir o, de fundar y formar una familia, simulan un matrimonio con la pretensión de conseguir objetivos antijurídicos y, pasado el plazo convenido y logrados los objetivos, solicitan el divorcio¹³, es decir, que se trata de matrimonios en claro fraude de ley.

Por tanto y, de acuerdo con la mencionada Instrucción, la pretensión perseguida con estos matrimonios en fraude de ley se concreta en obtener un beneficio de las consecuencias legales de la institución matrimonial que en el ámbito de la nacionalidad y de la extranjería, son: adquirir de modo acelerado la nacionalidad española; conseguir un permiso de residencia en España y/o la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados.

Con ello, se reitera lo ya pronunciado por diversas resoluciones de la DGRN, conforme a las cuales, se indicaba que: «El problema de los llamados matrimonios de complacencia —matrimonios «blancos» en la terminología francesa— es un fenómeno muy común en los países sometidos a fuerte inmigración y que ha dado lugar a diversas medidas en el Derecho comparado y también, en el ámbito de su competencia, a la Instrucción de 09 de enero de 1995»¹⁴, afirmándose además que: «mediante tales enlaces no se busca en realidad contraer matrimonio entre un nacional y un extranjero, sino que se pretende, bajo el ropaje de esta institución y generalmente previo precio, que un extranjero se aproveche de las ventajas de la apariencia matrimonial, a los efectos especialmente de facilitar la entrada o de regularizar la estancia en territorio nacional o de obtener más fácilmente la nacionalidad del cónyuge aparente»¹⁵. Y, señalándose que: «el verdadero propósito de las partes no es ligarse con el vínculo matrimonial, sino aprovecharse de las ventajas de la apariencia matrimonial para facilitar la situación del extranjero en relación con los requisitos de entrada y permanencia en España»¹⁶.

En definitiva, el matrimonio de conveniencia se configura como un instrumento o; como un medio, al servicio de unos fines que diferentes de los inheren-

tes a la institución matrimonial, persigue determinados efectos indirectos o accesorios al matrimonio, prescindiendo del efecto esencial de éste, es decir, de la convivencia matrimonial o de la comunidad de vida de los cónyuges, existiendo de esta forma una contradicción entre la voluntad declarada, aparente o simulada y la voluntad real, encubierta¹⁷. Siendo este instrumento como AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO – GRIEDER MACHADO (2000, 3215) precisan «el elemento relevante, significativo, es el móvil que guía y orienta la conducta de los contrayentes, la finalidad que se persigue, el propósito de burlar o eludir ciertas normas, acogiéndose a otras más favorables».

II. ELEMENTOS CONCURRENTES EN LOS MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA

Los elementos que deben concurrir para que el matrimonio tenga la consideración de matrimonio de conveniencia, dado que el objetivo perseguido por estos matrimonios se concreta en beneficiarse de las ventajas que en materia de nacionalidad y extranjería se reconocen al cónyuge extranjero de nacional español o de residencia legal en España, son: la ausencia del «consentimiento matrimonial» y, la presencia de elemento de extranjería.

II.1. INEXISTENCIA DE CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL

Partiéndose de la premisa de que el consentimiento es un elemento esencial del matrimonio, que evidencia el carácter de negocio jurídico bilateral que presenta la institución, requiere la necesaria existencia de un acuerdo de voluntades entre los contrayentes. De forma tal que, cada uno manifieste su voluntad de contraer matrimonio mediante la prestación del consentimiento, precisándose así, en el art. 45.1 CC.

Ahora bien, tal y como se indica en la Instrucción de la DGRN, de 31 de enero de 2006, para la validez del matrimonio se «exige no un consentimiento cualquiera, sino precisamente un «consentimiento matrimonial», precisándose a continuación que deberá tratarse de «un consentimiento dirigido a crear una comunidad de vida entre los esposos con la finalidad de asumir los fines propios y específicos de la unión en matrimonio», es decir, que el fin práctico de los contrayentes no puede ser otro que el de formar un «*consortium omnis vitae*» [Modestino, D.23,2,1]. Y, en consecuencia, el consentimiento matrimonial será existente, auténtico y verdadero, cuando los contrayentes persigan, con dicho enlace, «fundar una familia». A lo anterior, se añade la necesidad de que ambos contrayentes quieran contraer libremente el matrimonio y tengan pleno conoci-

miento de los efectos jurídicos esenciales que este despliega (ACEDO PENCO, 2003, 53).

De modo que, la manifestación del acuerdo será la prestación del consentimiento, pero no deberá tratarse de un consentimiento común o genérico, como se precisa para la validez de los contratos (art. 1.261.1 CC), sino que deberá tratarse de un consentimiento matrimonial y, en consecuencia, el matrimonio, únicamente, será auténtico cuando los contrayentes persigan los fines propios del matrimonio (GARCIA HERRERA, 2016a, 26), esto es, fundar una familia y crear una comunidad de vida.

Así, en la SAP de Lugo, Sección 1.^a, 437/2021, de 28 de octubre de 2021 [ECLI: ES:APLU:2021:676], se precisa que para el consentimiento matrimonial «no basta la mera manifestación de voluntad, externa y formal, de contraer matrimonio, sino que es necesario que dicha manifestación de voluntad tenga un determinado contenido, como institución que integra una serie de derechos y deberes recíprocos [...]». Aludiendo a otras sentencias, indica que «el verdadero consentimiento matrimonial es aquél que se presta con plena comprensión y asunción del contenido esencial de la relación y del vínculo conyugal, recayendo sobre el conjunto de derechos y deberes que tienen entre sí los cónyuges y que aparecen regulados en los arts. 67 y 68 CC¹⁸, los deberes de respeto, ayuda mutua, actuar en interés de la familia, convivencia, colaboración familiar, fidelidad y socorro mutuo». Puntualizando que: «cuando la voluntad de los contrayentes no se dirige a la constitución de una unión de estas características puede afirmarse que falta el consentimiento matrimonial y que el matrimonio así contraído es nulo» (art. 73.1 CC: será nulo «el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial»).

De forma que, cuando el matrimonio se utilice por los contrayentes previo acuerdo para lograr una finalidad diferente a fundar una familia, el consentimiento matrimonial será inexistente y el matrimonio simulado. Por tanto, para que se dé la existencia de matrimonio simulado se requerirá de una discordancia entre la voluntad interna y la declarada y, la existencia de un previo acuerdo de los contrayentes consistente en excluir la finalidad propia del matrimonio (MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, 2004, 48–56).

LACRUZ BERDEJO¹⁹ (2003, 180–186) precisa que, la simulación es un fenómeno que frecuente en la experiencia jurídica —tal y como se pone de relieve por la abundante jurisprudencia relativa sobre la materia—, se estructura sobre tres elementos que son fundamentales: una intención disimulada que se exterioriza a todos; una intención simulatoria, lograda mediante un compromiso entre quien hace la declaración y quien la recibe y; una expresión simulada de una voluntad que no existe o que existe con un alcance distinto. Y, añade que: aunque la simulación del matrimonio no figura específicamente entre los supues-

tos invalidantes de las nupcias señalados en el CC, lo cierto es que la invalidez del matrimonio simulado se encuentra comprendida en la falta de consentimiento matrimonial a que se refiere el art. 73.1 CC.

Así, en la SJPI Núm. 75 de Madrid 393/2011, de 19 de julio de 2011 [ECLI: ES:JPI:2011:46], se precisa que «La eliminación en el consentimiento del contenido matrimonial típico se puede excluir a través de dos actuaciones diversas: De un lado, la simulación, que determina la nulidad del matrimonio por ausencia de consentimiento y que requiere de un acuerdo simulatorio entre las partes, es decir, de un pacto entre los contrayentes mediante el que se excluyan los fines matrimoniales o, se alteren sustancialmente. De otro lado, a través de la reserva mental que, habida cuenta su carácter unilateral, provoca mayores dificultades probatorias».

Todo lo anterior, permite conceptualizar la simulación como la exclusión — acordada por los contrayentes— del objeto del matrimonio o, de alguno de los fines o elementos matrimoniales, encontrándonos ante una exclusión consensuada de la comunidad de vida que derivará del consentimiento matrimonial. Por tanto, en la simulación concurre una finalidad perseguida por los contrayentes, que podrá ser la misma o no en cada uno de ellos, pero que es ajena a la voluntad de constituir la comunidad conyugal objeto del matrimonio, debido a que ha sido excluida de inicio.

Aunque para BENEDITO MORANT (2012, 249), lo anterior supone «que el derecho no entra en las motivaciones personales por las que dos personas acceden al matrimonio», para otros autores, como ROCA TRIAS (1991, 57) la simulación existe cuando «se exterioriza un consentimiento matrimonial en una de las formas válidas para ello, pero existe entre los aparentes contrayentes un acuerdo previo o contemporáneo dirigido a excluir la producción de los efectos del matrimonio que aparentan contraer».

En síntesis, mientras que el matrimonio simulado requiere de un acuerdo simulatorio²⁰ entre los contrayentes dirigido a excluir los efectos del matrimonio, en la reserva mental esa exclusión de los efectos del matrimonio y, por tanto, esa divergencia en el consentimiento matrimonial solo tendrá lugar en uno de los cónyuges. Punto en el que con acierto precisa GARCÍA HERRERA (2016b, 6) que esta distinción ha sido obviada por la DGRN, al considerarse —apartado cuarto de la Instrucción de 31 de enero de 2006— también simulado el matrimonio en el que «la ausencia de verdadero consentimiento matrimonial se produce en uno solo de ellos».

Así, en la SAP de Alicante, Sección 4.^a, 338/2021, de 14 de julio de 2021 [LA LEY 239345/2021], se precisa que: «Entre los diversos supuestos de falta de consentimiento matrimonial, está la celebración del matrimonio bajo reserva mental. La reserva mental significa que el declarante quiere la declaración, pero se reserva unilateralmente sus efectos.

Las características²¹ esenciales de la reserva mental, acogiendo la jurisprudencia unánime, son: a) la gestación consciente en el fuero interno de uno de los contrayentes, o de ambos, de la divergencia entre lo internamente querido y lo declarado; b) el secreto y desconocimiento para la otra parte, que conlleva a un engaño para la misma, y normalmente para terceros, sobre la verdadera intención o propósito real de quien realiza la reserva mental y; c) la existencia de una verdadera intención oculta, un fin realmente querido, distinto de los propiamente matrimoniales, que se pretende conseguir con la celebración de un matrimonio.

En definitiva, en el caso de la reserva mental en el acto de la celebración del matrimonio el contrayente declara contraer matrimonio con otra persona, pero se reserva los efectos que busca con la celebración del matrimonio, siendo estos distintos a los del matrimonio. [...] Uno de los supuestos más frecuentes de matrimonios simulados o con reserva mental es el matrimonio de conveniencia o complacencia o llamado también matrimonio blanco».

Por tanto, entenderemos por matrimonio simulado, aquél que requiere de un acuerdo simulatorio entre los contrayentes en el que la apariencia matrimonial se encuentra dirigida a obtener un fin distinto a la fundación de una familia, excluyéndose de esta forma los efectos que son propios del matrimonio, mientras que tendrá la consideración de matrimonio de conveniencia, de complacencia o blanco²² «aquél cuya apariencia matrimonial se oriente de manera exclusiva a la obtención de un beneficio en el ámbito de la nacionalidad y de la extranjería» (DIAGO DIAGO, 2009, 284).

En otro orden de cosas, conviene concluir que debe diferenciarse minuciosamente entre la causa matrimonial y los motivos que fueron decisivos de cada contrayente para la celebración de las nupcias, debido a que estos últimos «por mucho que en los matrimonios simulados puedan ser la causa *simulationis*» (OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, 2006, 1548), son irrelevantes jurídicamente (ARENAS GARCÍA, 2011, 483). De forma que, los motivos para prestar el consentimiento —carente de vicios, esto es, error, dolo, violencia o coacciones— pertenecen a la esfera privada del individuo sin que se pueda entrar en ellos, siendo, por tanto, irrelevantes siempre que ambos contrayentes acepten y asuman los derechos y obligaciones que comporta la institución del matrimonio.

Así, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS (2006, 1549), precisa que: «Los contrayentes pueden celebrar un matrimonio por consideraciones de diversa índole, sin que ello afecte a la validez del consentimiento matrimonial prestado. Resulta tan indiferente que el matrimonio se haya celebrado para ascender en la escala social o mejorar la situación económica como que se deba al enamoramiento²³ de los contrayentes, de manera que incluso el hecho de que decidan contraer matrimonio para ampararse en las ventajas que anudan al vínculo unas

determinadas normas jurídicas tampoco afecta en sí a la válida celebración de un matrimonio. Es más: aunque en la celebración haya resultado determinante cualquiera de esos motivos, ello no es incompatible con que concurra *causa matrimonial*. El matrimonio será considerado simulado sólo en la medida en que la *causa matrimonial* se excluya. Entonces sí, los motivos constituirán la *causa simulationis*»²⁴.

En este sentido, en la SAP de Huesca, 186/2023, de 28 de septiembre de 2023 [ECLI: ES:APHU:2023:320], se precisa que: «el CC no exige, como uno de los requisitos del matrimonio válido, que se contraiga por amor, siendo frecuentes los matrimonios que se fundan en “distintas causas, como seguridad económica, compañía, estabilidad, [...]” sin que ello suponga su nulidad (SAP de Murcia de 19 de junio de 2001)». Añadiéndose a lo anterior por la SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.ª, 347/2010, de 15 de noviembre de 2010 [ECLI: ES:APTF:2010:2040], que: «Igualmente, la SAP de Barcelona, de 24 de marzo de 2003 declara que: “las circunstancias económicas y el deseo de una vida mejor en España no son por sí solas determinantes de nulidad”».

II.2. ELEMENTO DE EXTRANJERÍA

Como se colige de las Instrucciones dictadas por la DGRN y de sus numerosas Resoluciones, este tipo de enlace matrimonial en realidad no persigue contraer matrimonio entre un español y un extranjero, sino que pretende, que un extranjero se aproveche de las ventajas de la apariencia matrimonial, a los efectos especialmente de facilitar la entrada o de regularizar la estancia en territorio nacional o, de obtener más fácilmente la nacionalidad del cónyuge aparente.

En este sentido, en la Resolución DGRN, de 10 de octubre de 2001 [LA LEY 179724/2001], se precisa que: «El problema de los llamados matrimonios de complacencia —matrimonios «blancos» en la terminología francesa— es un fenómeno muy común en los países sometidos a fuerte inmigración y que ha dado lugar a diversas medidas en el Derecho comparado y también, en el ámbito de su competencia, a una Instrucción de carácter general de este Centro Directivo (Instrucción de 09 de enero de 1995)» (FD2). Añadiéndose que: «Mediante tales enlaces no se busca en realidad contraer matrimonio entre un nacional y un extranjero, sino que se pretende, bajo el ropaje de esta institución y generalmente previo precio, que un extranjero se aproveche de las ventajas de la apariencia matrimonial, a los efectos especialmente de facilitar la entrada o de regularizar la estancia en territorio nacional o, de obtener más fácilmente la nacionalidad del cónyuge aparente»²⁵.

Se ha precisado con acierto que, este tipo de enlace matrimonial presupone que, «al menos», uno de los contrayentes sea extranjero, en el entendido de

que «también es de conveniencia el matrimonio celebrado entre extranjeros ante la próxima adquisición de la nacionalidad por parte de uno de ellos y con el objetivo de beneficiarse el otro de la posibilidad de adquirir en breve plazo tal nacionalidad, y aquel otro que se celebra entre extranjeros para obtener un permiso de residencia o lograr la reagrupación familiar» (GARCÍA HERREIRA, 2016a, 31).

Y, de conformidad con la pretensión perseguida por estos enlaces matrimoniales (Instrucción de la DGRN, de 31 de enero de 2006) se ha observado que dentro de los beneficios perseguidos por las partes en materia de nacionalidad y de extranjería, los elementos más habituales, se concretan en: Adquirir de modo acelerado la nacionalidad española, siendo en este caso suficiente con un año de residencia en España, siempre que se trate de una residencia «legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición» (art. 22.3 CC) para el sujeto extranjero, esto es, para el cónyuge del ciudadano español (art. 22.2.d) CC) y, siendo el plazo de un año el más breve de los previstos por el propio precepto; Lograr un permiso de residencia en España, si bien, el extranjero que ostente la nacionalidad de un tercer Estado no miembro de la Unión Europea ni del Espacio Económico Europeo y que sea cónyuge de un ciudadano español, gozará del derecho a entrar, salir, circular y residir libremente en España (art. 2 RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo²⁶), no siendo preciso que tales extranjeros «mantengan un vínculo de convivencia estable y permanente con éstos», tal y como se precisó por la STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6.ª, de 10 de junio de 2004 [LA LEY 1695/2004]²⁷. Además, dichos extranjeros deberán obtener una tarjeta de residencia que será renovable y tendrá cinco años de vigencia (arts. 8 y 11 RD 240/2007, de 16 de febrero) o; Lograr la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados, en este caso, el cónyuge extranjero del ciudadano extranjero podrá ser «reagrupado» (art. 53²⁸ del RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por LO 2/2009²⁹).

A la vista de lo anterior, la determinación de este tipo de enlaces matrimoniales requiere de la existencia de elemento de extranjería y, en este sentido, éste tendrá lugar cuando uno de los contrayentes sea de nacionalidad española y, el otro sea extranjero. También tendrán cabida aquellos matrimonios en los que ambos contrayentes sean extranjeros siempre que lo que se persiga por uno de ellos sea la obtención de la residencia o de la nacionalidad española (ORTEGA GIMÉNEZ, 2024, 10).

III. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA Y LA PRUEBA DE SIMULACIÓN

Con la pretensión de combatir y erradicar los matrimonios fraudulentos, la DGRN publicó en 1995, la Instrucción de 09 de enero³⁰, al objeto de solicitar «a los encargados de los RC que, sin mengua de la presunción general de buena fe, se cerciorasen de la veracidad del consentimiento de los contrayentes dentro de las posibilidades que ofrece la regulación actual del expediente previo», dada la frecuencia y el aumento de casos en los que se sospechaba que por medio de estos enlaces matrimoniales celebrados entre español domiciliado en España y extranjero domiciliado fuera de España se pretendía exclusivamente facilitar la entrada y estancia en territorio español de súbditos extranjeros. De esta forma, se solicita que «extremen las garantías, formales y materiales, para que el encargado llegue a la convicción de que los interesados intentan realmente fundar una familia y que su propósito no es simplemente, en claro fraude de ley, el de beneficiarse de las consecuencias legales de la institución matrimonial sobre la base de un matrimonio en el cual no ha habido verdadero consentimiento matrimonial y que es, en rigor, nulo por simulación».

Como trámite fundamental se prevé una audiencia por separado y reservada que el instructor, asistido por el secretario, debe realizar a cada contrayente «para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración»³¹ (cfr. art. 246 RRC). Y, para el caso de que el contrayente se encuentre domiciliado en otro lugar esta audiencia podrá efectuarse «ante el RC del domicilio del mismo, puede y debe servir para que el instructor se asegure el verdadero propósito de los comparecientes y de la existencia en ambos de real consentimiento matrimonial». Tratándose, por tanto, de «un interrogatorio bien encauzado puede llegar a descubrir la intención fraudulenta de una o de las dos partes y en tal caso, sin perjuicio del recurso oportuno, el instructor debe denegar la celebración (cfr. art. 247 RRC)».

Por tanto y, como DE LA IGLESIA MONJE (2011, 1094) precisa la cuestión que se plantea se concreta en determinar «cómo constatar *«a priori»* esa ausencia de consentimiento», debido a que no es normal que existan pruebas directas de la voluntad simulada. Además, añade que: «descubrir la verdadera voluntad encubierta de las partes es una tarea difícil en la que juega un importante papel la prueba de la presunción judicial, para cuyo éxito es indispensable que entre el hecho demostrado y aquél que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano»³². Así, en la Resolución de la DGSJFP (DGRN), de 19 de julio de 2023³³ (1.^a) [LA LEY 442552/2023], se precisa que: «No existiendo normalmente pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos

hechos demostrados, mediante un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar (cfr. art. 386 LEC)», añadiéndose en la Resolución de 03 de octubre de 2022 [LA LEY 465007/2022], que «a cuya finalidad es de gran importancia la cuidadosa práctica de las audiencias reservadas»³⁴.

A lo anterior, la DGSJFP (DGRN)³⁵ entiende que: «No hay que olvidar que, de la actitud de los contrayentes, así como la manera de comportarse y contestar a determinadas preguntas puede el Juez Encargado formarse un criterio y llegar a una certeza moral, que forzosamente debe ser tenida en cuenta, ya que, como queda dicho, es muy difícil demostrar que existe una simulación como no sea por medio de las manifestaciones y actitudes personales de los simulantes (cfr. ex_art. 1.250 CC)».

Para CREMADES GARCÍA (2006, 15), la Instrucción de la DGRN, de 09 de enero de 1995, se refiere a las dos formas de lucha contra el fraude, de una parte, a la intitulada «*a posteriori*», esto es, a la acción de nulidad matrimonial instada por el MF; de otra, a la conveniencia de adoptar medidas «*a priori*» con el trámite fundamental de la audiencia reservada y por separado. Y, como DIA-GO DIAGO (1996, 329–347) puntualiza todo lo anterior «sin perjuicio del derecho fundamental de la persona a contraer matrimonio»³⁶. ORTEGA GIMÉNEZ (2017b, 262) especifica que es un medio de control preventivo, que no permite erradicar este tipo de enlace matrimonial.

Con esta instrucción se formulan cambios de carácter administrativo, previéndose la posibilidad de denegación de la inscripción de los matrimonios en el RC y, se incluye el trámite de la audiencia reservada, personal y por separado de los cónyuges siendo operativa en todos los supuestos en los que uno de los contrayentes se encuentre domiciliado en el extranjero, debido a que su pretensión es la de evitar el uso del matrimonio en fraude de ley (MARTÍNEZ VAZQUÉZ DE CASTRO, 2018, 12). Por tanto, se reconoce la conveniencia de adoptar medidas que permitan adoptar «*a priori*» las cautelas oportunas que eviten la celebración de este tipo de matrimonios que, siendo nulos, mientras la nulidad no se pronuncie seguirán disfrutando de los beneficios derivados de la apariencia matrimonial y, se subraya la posibilidad de corregir «*a posteriori*» a través de la acción judicial ejercitada por el MF (arts. 73.1 y 74 CC) los casos más graves de nulidad.

Con posterioridad y, frente a lo anterior, en 1997, el Consejo de la Unión Europea, con la Resolución, de 04 de diciembre de 1997, reconoce la existencia de matrimonios fraudulentos como un medio para eludir las normas relativas a la entrada y a la residencia de nacionales de terceros países y, la necesidad de que los Estados miembros sigan adoptando o, en su caso, adopten las medidas equivalentes para luchar contra éstos. Previéndose en este sentido, la necesidad de introducir controles sistemáticos que —con carácter previo a la celebración de

matrimonios con nacionales de terceros países—, serán de aplicación cuando se den presunciones fundadas de que se trata de un matrimonio fraudulento.

Además y dada la imposibilidad de detectar en determinadas ocasiones la existencia de este tipo de enlaces matrimoniales, se señalan los factores y, los tipos de pruebas que permiten presumir que un matrimonio es fraudulento, precisándose a tal efecto, la posibilidad de que la comprobación de que el matrimonio no es fraudulento conlleve aparejada una entrevista por separado con cada uno de los cónyuges³⁷.

Así, estos factores —a los que alude el Consejo de la Unión Europea, en el punto 2 de la Resolución del Consejo, de 04 de diciembre— que permiten presumir que un matrimonio es fraudulento y, que serían corroborados por la Fiscalía General del Estado a través de la Circular 1/2002, de 19 de febrero, son: «a) El no mantenimiento de la vida en común; b) La ausencia de una contribución adecuada a las responsabilidades derivadas del matrimonio; c) El hecho de que los cónyuges no se hayan conocido antes del matrimonio; d) El hecho de que los cónyuges se equivoquen sobre sus respectivos datos personales y profesionales —nombre, dirección, nacionalidad, trabajo—, sobre las circunstancias en que se conocieron o sobre otros datos de carácter personal relacionados con ellos; e) El hecho de que los cónyuges no hablen una lengua comprensible para ambos; f) El hecho de que se haya entregado una cantidad monetaria para que se celebre el matrimonio —a excepción de las cantidades entregadas en concepto de dote, en el caso de los nacionales de terceros países en los cuales la aportación de una dote sea práctica normal— o; g) El hecho de que el historial de uno de los cónyuges revele matrimonios fraudulentos anteriores o irregularidades en materia de residencia.

En este marco, dichos factores pueden desprenderse de: las declaraciones de los interesados o de terceras personas; de informaciones que procedan de documentos escritos o; de datos obtenidos durante una investigación».

De esta forma, si se detecta en el expediente —que es seguido ante el encargado del RC— alguna de las circunstancias antes mencionadas —es decir, si se dan factores que hacen presuponer que estamos ante un matrimonio fraudulento—, se realizará una actuación diligente en la entrevista reservada y por separado con ambos contrayentes (arts. 246 y 247 RRC). Trámite calificado por la Instrucción de la DGRN, de 09 de enero de 1995 como «fundamental y esencial, del que no debe prescindirse ni cumplirse formulariamente».

En estos casos —de conformidad con el Derecho nacional—, tras la realización de las comprobaciones correspondientes por las autoridades competentes, se expedirá la autorización de residencia —por causa de matrimonio— al nacional del país tercero, siempre y cuando el matrimonio no tenga la consideración de matrimonio fraudulento y, se cumpla con el resto de las condiciones referidas a la entrada y residencia.

En caso contrario —cuando medie ausencia en la prestación del consentimiento matrimonial—, la autorización de residencia no será renovada. En esos casos, la autorización de residencia por causa de matrimonio del nacional del país tercero será retirada, revocada o no renovada, dejándose a las Leyes de los Estados comunitarios la cuestión de nulidad del matrimonio (DE LA IGLESIA MONJE, 2011, 1094).

Se circunscribe de esta manera la pretensión que perseguida por la entrevista se refiere a la constatación de si tiene o no lugar la concurrencia de alguno de los factores a los que se ha aludido en líneas precedentes, concurrencia que permite deducir la ausencia de consentimiento matrimonial y que, por ende, comporta la denegación de la celebración del enlace matrimonial o de su inscripción en el RC.

Lo anterior justifica la exigencia de indicar a los Fiscales que «extremen su celo, cuando existan datos objetivos que permitan sospechar que se trata de un matrimonio simulado, para impedir la celebración de estos matrimonios de complacencia, lo que exigirá un riguroso examen de la concurrencia de los requisitos esenciales para contraer matrimonio durante la tramitación del expediente en el RC; en particular, a través del trámite de audiencia reservada y por separado de ambos cónyuges. Asimismo, cuando por cualquier medio se tenga conocimiento a posteriori de la celebración o existencia de uno de estos matrimonios simulados, los Sres. Fiscales deberán ejercitar la acción de nulidad, a fin de evitar que los efectos jurídicos que nuestro ordenamiento vincula a la celebración del matrimonio —en atención al carácter fundamental que esta institución desempeña en la sociedad— se apliquen igualmente a quienes no han tenido verdadera intención de contraerlo», prevista en la Circular 1/2002, de 19 de febrero.

Como corolario de la intranquilidad originada por el aumento desmedido de este tipo de enlaces matrimoniales³⁸ y, dada la inexistencia de criterios —operativos y prácticos— que permitan su detección, siguiendo las directrices marcadas por la Resolución del Consejo, de 04 de diciembre de 1997, se publicó en 2006, por la DGRN la Instrucción de 31 de enero. Con ello, se proporciona un tratamiento jurídico de los matrimonios de complacencia que como CALVO CARAVACA, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, (1998, 129) precisan puede ser calificado de «sistemático, exhaustivo y plenamente ajustado a la ley, a los Convenios internacionales en vigor para España y a la CE», es decir, que tanto a nivel nacional como internacional se han proporcionado los criterios necesarios para resolver todas aquellas lagunas legales de que adolece nuestro derecho en materia de matrimonio (GARCÍA HERRERA, 2016a, 62).

Retomando nuevamente la definición dada por la Instrucción de la DGRN, de 31 de enero de 2006³⁹, observamos que su principal característica se encuentra en el hecho de que serán ambos los contrayentes —ya que en caso contrario,

estaríamos hablando de reserva mental— que mediante un acuerdo simulatorio consistente en la creación de la apariencia de consentimiento, excluirán de forma consciente y deliberada los efectos que son atribuidos al matrimonio, al objeto de obtener un beneficio, como sería el caso, por ejemplo, de la obtención de la nacionalidad o de la residencia⁴⁰.

Con la pretensión de evaluar la prueba de presunciones⁴¹ —es decir, con la finalidad de deducir la simulación del consentimiento matrimonial—, se precisan cuáles son los datos básicos a tener en cuenta, esto es, el desconocimiento por parte de uno o ambos contrayentes de los «datos personales y/o familiares básicos» y, la inexistencia de relaciones previas entre los contrayentes.

Especial relevancia adquiere, en este sentido, la Instrucción de la DGRN, de 31 de enero de 2006 —dada la ausencia de pruebas directas e inconvenientes que presenta la prueba de simulación que permite identificar la voluntad simulada—, al acudir a presunciones⁴² que se encuentran justificadas al amparo del art. 386 LEC. De esta forma, y a partir de un hecho admitido o probado, se presume la certeza de otro hecho, siempre que exista un enlace preciso y directo entre ambos —conforme a las reglas del criterio humano— que persiga garantizar el pleno respeto al «*ius connubii*», así como evitar —en supuestos en los que el consentimiento matrimonial ha sido simulado y, se pretende como si el consentimiento fuese válido acceder al RC— la falsa apariencia del matrimonio.

Por tanto, la finalidad de su utilización en ausencia de prueba directa será probar aquellas discrepancias que hayan sido manifestadas por uno o por ambos contrayentes durante la realización de las entrevistas en audiencia reservada —es decir, descubrir la ausencia del verdadero consentimiento matrimonial—. Fórmula que viene siendo utilizada tanto en las resoluciones de la DGRN, cuando se trata de autorización e inscripción de matrimonios en el RC, como por los propios Tribunales, cuando resuelven sobre la nulidad matrimonial (CREMADES GARCÍA, 2006, 24).

Como ya hemos dicho, dos han sido los datos básicos para evaluar la prueba de presunciones, previstos por la mencionada instrucción:

De una parte, el «desconocimiento por parte de uno o de ambos contrayentes de los datos personales y/o familiares básicos del otro». De forma que, la acreditación de la existencia de un conocimiento suficiente de los datos personales básicos mutuos de los contrayentes, requerirá tener presente una serie de condiciones, siendo éstas:

La imposibilidad de establecer una lista cerrada de datos personales y familiares básicos prevé la posibilidad de proporcionar una lista de aproximación de los datos mutuos más frecuentes que deberían conocer los contrayentes: «la fecha y lugar de nacimiento, domicilio, profesión, aficiones relevantes, hábitos notorios, y nacionalidad del otro contrayente, anteriores matrimonios, número y

datos básicos de identidad de los familiares más próximos de uno y otro (hijos no comunes, padres, hermanos), así como las circunstancias de hecho en que se conocieron los contrayentes»⁴³ (Punto 2 de la Resolución del Consejo, de 04 de diciembre de 1997).

Además, será necesario un conocimiento suficiente de los datos básicos personales de un contrayente por el otro —sin necesidad de conocimiento exhaustivo de los detalles más concretos de tales datos—, debiendo ser claro, evidente y flagrante el desconocimiento de los datos personales y familiares básicos de un contrayente respecto del otro. Por tanto, el desconocimiento de un solo y aislado dato personal o familiar básico del otro contrayente será irrelevante para inferir la existencia de un matrimonio simulado, debiendo realizarse una valoración de conjunto del conocimiento o desconocimiento de un contrayente respecto del otro.

Tampoco serán relevantes por sí mismos los datos secundarios, no básicos o accesorios personales o familiares del otro —este sería el caso, por ejemplo: del conocimiento personal de los familiares del otro contrayente o, hechos de la vida pasada de ambos contrayentes—. Y, además, el encargado dispondrá de un margen de apreciación y deberá ajustar las normas jurídicas a las circunstancias y, demás caracteres del caso concreto de que se trate, ponderándose la equidad, de forma necesaria, en la aplicación de las normas jurídicas⁴⁴.

Respecto a la «inexistencia de relaciones previas entre los contrayentes», se prevé para el caso de que los contrayentes hubiesen mantenido relaciones, que éstas puedan ser: personales, por carta, por teléfono o por Internet. De este modo, para acreditar la existencia de relaciones «auténticas y verdaderas» entre los contrayentes, las reglas a tener presente serán:

Las relaciones podrán referirse a las habidas antes o después de la celebración del matrimonio, caso último en el que deberán presentar un tracto ininterrumpido durante un cierto lapso de tiempo. Para acreditar la existencia de relaciones personales, se considerará dato suficiente: el hecho probado de que los contrayentes conviven en el momento presente o, tienen un hijo común y; mero indicio de que las relaciones personales son especialmente difíciles, pero no imposibles, el que los contrayentes no hablen la misma lengua que ambos comprenden. Dato del que no cabe deducir, por sí solo, que las relaciones personales no existen o no han existido.

Asimismo, tendrán la consideración de indicio poderoso de que ni existen auténticas relaciones personales entre los contrayentes, ni real voluntad matrimonial, sino relaciones meramente figuradas: tanto el hecho de que el historial de uno de los cónyuges revele matrimonios simulados (PLASENCIA DOMÍNGUEZ, 2018, 5–7), como el de entregar dinero para que se celebre el matrimonio, siempre que dicho dato quede probado, a excepción de la entrega de canti-

dades en concepto de dote, en los casos de nacionales de terceros países, donde sea práctica habitual.

De forma complementaria a lo anterior, se precisa que no serán relevantes para deducir de ellos la existencia de un matrimonio simulado todos aquellos datos o hechos que relativos al matrimonio, ni afecten al conocimiento personal mutuo de los contrayentes, ni a la existencia de relaciones previas entre éstos, aunque —con la concurrencia de los elementos anteriores— sí podrán ayudar a formar la convicción adecuada del Encargado —positiva o negativa— respecto de la existencia de la verdadera voluntad matrimonial.

Frente a la imposibilidad de proporcionar una «lista cerrada» de hechos por sí solos no relevantes, se prevé la posibilidad de facilitar una lista dónde se encuentren los más frecuentes de entre ellos, siendo éstos: cuando el contrayente extranjero resida en España sin la documentación exigida por la legislación de extranjería; cuando existiendo motivos que lo impidan se ponga de manifiesto la inexistencia de convivencia de los cónyuges —como sería el caso, por ejemplo, de la imposibilidad de viajar por razones legales o económicas—; cuando la aportación de todos los recursos económicos al matrimonio sea realizada de forma exclusiva por uno de los cónyuges; cuando los contrayentes se hayan conocido pocos meses o semanas antes del enlace del matrimonio y, cuando exista una diferencia significativa de edad entre los contrayentes.

No obstante, y como veremos en líneas posteriores del presente estudio la certeza sobre el carácter simulado del matrimonio se puede alcanzar por medio de presunciones, requiriéndose para denegar su celebración la certeza racional absoluta de la ausencia de consentimiento, sin que sean suficientes las meras sospechas susceptibles de ser refutadas por otros indicios igualmente dignos de ser valorados.

Siendo está la doctrina sentada por la DGRN en sus resoluciones, al precisarse que «ante la opción de autorizar un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el «*ius connubi*», se ha de elegir la primera alternativa»⁴⁵.

De forma que, el Encargado del RC deberá alcanzar una seguridad completa que incluya en su resolución, expresamente, el razonamiento conforme al cual dicha autoridad ha determinado la presunción, evitándose la utilización de modelos formularios, pudiendo cualquiera de los contrayentes u otra persona legitimada, «ejercer «en todo caso» una prueba en contrario, frente a la formulación de una presunción judicial» (PLASENCIA DOMÍNGUEZ, 2018, 6). Sin embargo, para el caso de rechazo de la inscripción o de la autorización del matrimonio por existir indicios de simulación, la inscripción del matrimonio podrá ser instada con posterioridad, siempre que surjan nuevos datos relevantes, debido a que en el ámbito del RC no rige el principio de cosa juzgada.

Ahora bien, si lo que se pretende es la inscripción el RC español de un matrimonio celebrado en el extranjero, la inscripción podrá realizarse como norma

general —siempre que el Encargado del RC español no tenga dudas conforme a la ley española de la legalidad del matrimonio y de la convicción de su celebración— a través de certificación extranjera en la que deberá constar la celebración del matrimonio o; en defecto de lo anterior, por medio de un expediente registral en el que se acredite tanto la legalidad como la celebración del matrimonio. Requiriendo lo anterior que, el encargado realice un control de legalidad del hecho que comprenda —conforme a la ley española— tanto la comprobación de la concurrencia de sus requisitos objetivos como subjetivos. De modo que se debe calificar la certificación expedida por la autoridad del país de celebración y, valorar las declaraciones complementarias realizadas por los contrayentes en audiencia personal, reservada y por separado⁴⁶.

Para finalizar y, respecto a los matrimonios sobre los que se establece una presunción de simulación en España, retomando nuevamente la definición dada por la Resolución del Consejo, de 04 de diciembre de 1997 que, con posterioridad, sería corroborada por la Circular 1/2004, de 19 de febrero, y siguiendo a la mejor doctrina⁴⁷, de acuerdo tanto con las Resoluciones de la DGRN, como con las previsiones de la Fiscalía General del Estado, se puede concluir que en España los matrimonios sobre los que se establece una presunción de simulación —en los que la inexistencia de consentimiento matrimonial comporta la declaración de su nulidad— y, que, por tanto, son admitidos en nuestro país como «matrimonios de conveniencia», son:

a) Los matrimonios celebrados en España entre nacionales de países miembros de la Unión Europea, con nacionales de terceros países en situación irregular; b) Los matrimonios celebrados en España entre nacionales de países no miembros de la Unión Europea, cuando uno de los contrayentes se encuentra legalmente en el país y el otro contrayente está en situación irregular y; c) Los matrimonios celebrados en un país extranjero conforme a la ley del lugar de celebración cuando uno de los contrayentes es español y el otro contrayente es nacional de un tercer Estado no miembro de la Unión Europea.

Matrimonios que no solo persiguen la adquisición de la nacionalidad por parte de uno de sus cónyuges, sino también multitud de efectos distintos de éste y que se originan con ocasión del matrimonio, como sería el caso, del matrimonio celebrado para la obtención de los beneficios sanitarios o de protección social o; para legitimar un descendiente de ambos miembros de la pareja o de uno solo de ellos o; para escapar del servicio militar o; para resultar beneficiario de la subrogación en el arrendamiento de una vivienda o; para evitar determinadas leyes (MATEO Y VILLA, 2013, 39).

En este sentido, CARRASCOSA GONZÁLEZ (2002, 21) indica que: «Examinar las intenciones de los contrayentes antes de la celebración del matrimonio colisiona casi inevitablemente con la presunción general de buena fe y con

el «*ius connubii*». En definitiva, si los contrayentes insisten en su intención de contraer matrimonio —teniendo la necesaria capacidad nupcial—, será muy difícil coartar su derecho a ello. En suma, la falta de un auténtico «consentimiento matrimonial» solo puede acreditarse después de haber contraído el matrimonio, cuando sea posible constatar que los sujetos nunca tuvieron intención de contraer un verdadero matrimonio», esto es, la ausencia de intención. Por su parte, ORTEGA GIMÉNEZ (2017a, 469) precisa que: «De esta manera se puede instar el correspondiente proceso judicial, por el Ministerio Fiscal, los cónyuges o cualquier persona con interés directo y legítimo». Añadiendo, además, que «en la práctica las sentencias de nulidad matrimonial por matrimonios de complacencia resultan promovidas por alguno de los cónyuges».

IV. LOS INDICIOS DE LOS MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA: ALUSIÓN A LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA (DGRN)

Varios han sido los indicios⁴⁸ señalados por diversas resoluciones de la DGS-JFP (DGRN) —analizados en función del caso concreto—, que han permitido probar la calificación de un matrimonio como de conveniencia. Sin embargo, será el Encargado del RC —a la vista de los indicios que presente el caso concreto—, la autoridad competente para decidir finalmente sobre la celebración o la inscripción del matrimonio en el RC⁴⁹.

Desde el punto de vista de las resoluciones de la DRGN, dentro de estos indicios⁵⁰, que permiten calificar un matrimonio como «matrimonio de conveniencia», se encuentran entre otros: La existencia de imposibilidad de comunicación, debido a que ambos cónyuges no hablan el mismo idioma⁵¹; La existencia del cónyuge extranjero en situación de irregularidad en España⁵²; La existencia de notable diferencia de edad entre los cónyuges⁵³; El desconocimiento de las circunstancias personales y familiares del otro contrayente⁵⁴; Las discrepancias entre las declaraciones de los contrayentes⁵⁵ en la audiencia por separado ante el Encargado del RC, sobre hechos tales como el día o, la forma en que se conocieron, la profesión, la existencia de hijos anteriores al matrimonio u otras circunstancias personales y familiares; Las confesiones de los contrayentes, que presuman una confesión de la simulación del matrimonio⁵⁶ y/o la superficialidad de la relación, consecuencia de haberse conocido a través de un intermediario, o unos días antes de la celebración del matrimonio⁵⁷.

Además y como SÁNCHEZ LORENZO (2003, 264) apoyándose en las resoluciones de la DGRN, precisa que al encontrarse carentes de relevancia para apreciar la falta o inexistencia de consentimiento matrimonial, deben considerarse

intrascendentes entre otras circunstancias: «que el contrayente extranjero se encuentre en prisión⁵⁸, haberse conocido a través de internet⁵⁹, tener preparada la documentación para el expediente matrimonial antes de que el contrayente extranjero venga a España y conozca al contrayente español, o el hecho de contraer matrimonio por poderes⁶⁰». Y, adicionalmente a lo anterior, deberán tener la consideración de indicios probatorios de la validez del matrimonio, entre otros: la existencia de hijos comunes; el hecho de que la mujer esté embarazada; la residencia legal del contrayente extranjero en España o en cualquier otro país de la UE; el conocimiento, de circunstancias personales y familiares del otro contrayente⁶¹.

No obstante y, para finalizar, a lo anterior, no han faltado autores que, en relación con la transcendencia de todas estas presunciones, han puesto de manifiesto su disconformidad, en el entendido de que estos indicios se encuentran muy alejados de lo que dispone el CC para que un matrimonio sea válido⁶², debido a que se trata de cuestiones que siendo ajenas al matrimonio tradicional o clásico, no se encuentran exigidas por el texto legal y, por tanto, no deberían ser utilizadas como base argumentativa para impedir la celebración del matrimonio.

V. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA EVALUACIÓN DE UN MATRIMONIO DE CONVENIENCIA

Dentro de las consecuencias que pueden derivarse de estos enlaces matrimoniales se encuentran las consecuencias civiles, las registrales, las administrativas y, las penales⁶³ (GARCÍA HERRERA, 2016a, 107-114).

Desde el punto de vista civil, precisa el CC en sus arts. 45 y 73.1, respectivamente, que «no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial» y, que «es nulo el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial». De forma que, este tipo de matrimonios son nulos por ausencia de consentimiento matrimonial, nulidad que será absoluta, originándose con ello, que el matrimonio no proporcione efecto alguno.

En este sentido, en el ATS, Sala Segunda de lo Penal, 727/2020, de 08 de octubre 2020 [ECLI: ES:TS:2020:9418A] se precisa que: «La nulidad matrimonial es un remedio excepcional para las crisis matrimoniales (o para su declaración en evitación de fraude) y tan solo puede apreciarse cuando conste de manera inequívoca la concurrencia de condicionantes susceptibles de integrarse en las previsiones legales. La causa 1.ª del art. 73 CC, contempla el supuesto de ausencia total de consentimiento, causa en la que puede encajarse la simulación o reserva mental, que exigirá prueba plena de que la única y exclusiva razón para prestar el consentimiento matrimonial es la ya comentada, ajena a la voluntad de crear una sociedad de convivencia personal entre los cónyuges».

Asimismo, la sanción que en el ámbito civil comporta la celebración de este tipo de matrimonio celebrado en fraude de ley se concreta en la privación de la nacionalidad española que haya podido adquirirse como consecuencia del enlace matrimonial, así el art. 25.2 CC, precisa que: «La sentencia firme que declare que el interesado ha incurrido en falsedad, ocultación o fraude en la adquisición de la nacionalidad española produce la nulidad de tal adquisición, si bien no se derivarán de ella efectos perjudiciales para terceros de buena fe. La acción de nulidad deberá ejercitarse por el MF de oficio o en virtud de denuncia, dentro del plazo de quince años».

Por otra parte, las consecuencias registrales se concretan en la cancelación de los asientos registrales que se hayan practicado, siempre que el enlace matrimonial se haya declarado como fraudulento con posterioridad a su inscripción en el RC (arts. 41 LRC y 163 y 164 RRC).

Desde el punto de vista penal, este tipo de enlaces matrimoniales se encuentran carentes de consecuencias penales, debido a que «en principio» por sí solos no constituyen hecho delictivo alguno. Así, en la STS, Sala Segunda de lo Penal, 261/2017 de 06 de abril de 2017 [ECLI: ES:TS:2017:1486], se precisa que «los matrimonios de complacencia, los matrimonios interesados o los matrimonios de conveniencia no pueden dar lugar a falsedad alguna, ni en el celebrante ni en los contrayentes, aunque uno y otro conozcan y consientan las particularidades del acuerdo, del interés o de la ventaja que se quiere obtener con tal unión. Podrá tratarse de un ilícito civil con consecuencias civiles y matrimoniales, más nunca llegar a la incriminación de tal conducta en el contexto del CP»⁶⁴. De forma que, tal y como con acierto afirma la mejor doctrina⁶⁵, este tipo de enlace matrimonial tendrá la consideración de delito cuando se encuentre conectado a otros delitos, como sería el caso, por ejemplo, de la comisión de delitos de favorecimiento de la inmigración ilegal o; de falsedad documental o; el realizado contra las relaciones familiares.

Desde el punto de vista administrativo, la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁶⁶, considera como infracciones graves: «Contraer matrimonio, simular relación afectiva análoga o constituirse en representante legal de un menor, cuando dichas conductas se realicen con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente un derecho de residencia, siempre que tales hechos no constituyan delito» (art. 53.2.b)), sancionándolo de conformidad con lo previsto en su art. 55.1.b) con multa de 501 hasta 10.000 euros.

Previéndose la salida con carácter obligatorio, en caso de denegación administrativa de solicitudes formuladas por el extranjero para continuar permaneciendo en territorio español o; por la falta de autorización para encontrarse en España (art. 28.3.c)), por tanto, la revocación de la autorización de residencia

conlleve una orden de salida de carácter obligatorio del territorio español al no tener cobertura legal de permanencia.

Asimismo y, de conformidad con la Resolución del Consejo, de 04 de diciembre de 1997, si existen factores que hacen suponer que se trata de un matrimonio fraudulento, solamente se expedirá un «permiso de residencia o una autorización de residencia por causa de matrimonio al nacional del país tercero tras haber mandado comprobar a las autoridades competentes según el Derecho nacional que el matrimonio no es un matrimonio fraudulento y que se cumplen las demás condiciones de entrada y residencia» y, para el caso de que las autoridades competentes establezcan que el matrimonio se trata de un matrimonio fraudulento se procederá a la retirada, revocación o no renovación del «permiso de residencia o la autorización de residencia por causa de matrimonio del nacional del país tercero» (apdos. 3 y 4).

Para finalizar, en la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar⁶⁷, se prevé que los Estados miembros denieguen una solicitud de entrada y de residencia con fines de reagrupación familiar o; la renovación del permiso de residencia de los miembros de la familia, siempre que se demuestre que el matrimonio; la relación en pareja o; la adopción fueron formalizados únicamente para que la persona interesada pudiese entrar o residir en un Estado miembro. Pudiéndose tener en cuenta por los Estados miembros que, el matrimonio; la relación en pareja o; la adopción se formalizó con posterioridad a la obtención por el reagrupante del permiso de residencia (art. 16.1.b).

VI. CONCLUSIONES

En la actualidad, los «matrimonios de conveniencia», también intitulados de «complacencia» o «blancos» se configuran como aquellos en los que interviene la presencia de un elemento de extranjería. Su pretensión queda circunscrita al beneficio por parte de uno de ellos —ciudadano extranjero— de las ventajas que son reconocidas al otro —ciudadano español o, ciudadano extranjero residente en España— en el ámbito de la nacionalidad y de la extranjería y, no a la de «fundar y formar una familia» —concebida como la finalidad propia y específica de la institución matrimonial—, fomentándose con ello, «la inmigración ilegal, pues propician la entrada en España de sujetos que evitan las restricciones de entrada, estancia y residencia en España fijadas para los extranjeros en la normativa administrativa de extranjería» (Punto V de la Instrucción de la DGRN, de 31 de enero de 2006).

De esta forma, la pretensión perseguida con estos matrimonios en fraude de ley se concreta en obtener un beneficio de las consecuencias legales de la institución matrimonial que en el ámbito de la nacionalidad y de la extranjería, son adquirir de modo acelerado la nacionalidad española y, conseguir un permiso de residencia en España y/o la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados.

Con la Instrucción de la DGRN, de 31 de enero de 2005, se formulan cambios de carácter administrativo, previéndose de esta forma la posibilidad de denegar la celebración del matrimonio o, la inscripción de éstos en el RC y, además se incluye el trámite de la audiencia reservada, personal y por separado de los cónyuges siendo operativa en todos los supuestos en los que uno de los contrayentes se encuentra domiciliado en el extranjero, debido a que su pretensión es la de evitar el uso del matrimonio en fraude de ley. Denegación que requerirá de una certeza racional absoluta —no siendo suficiente la mera sospecha o apreciación de carácter subjetivo— por parte del Encargado del RC en relación con la ausencia del consentimiento matrimonial.

Por otra parte, varios han sido los indicios señalados por diversas resoluciones de la DGSJFP (DGRN) que en función del caso concreto, han permitido probar la calificación de un matrimonio como de conveniencia: La existencia de imposibilidad de comunicación, debido a que ambos cónyuges no hablan el mismo idioma; La existencia del cónyuge extranjero en situación de irregularidad en España; La existencia de notable diferencia de edad entre los cónyuges; El desconocimiento de las circunstancias personales y familiares del otro contrayente; [...].

En definitiva, este tipo de enlaces matrimoniales que solo constituyen ilícito civil, se encuentran carentes de consecuencias penales, debido a que «en principio» por sí solos no constituyen hecho delictivo alguno, de forma tal, que para que tengan la consideración de delito necesariamente deberán encontrarse conectados a otros delitos, como sería el caso, por ejemplo, de la comisión de delitos de favorecimiento de la inmigración ilegal o; de falsedad documental o; el realizado contra las relaciones familiares.

VII. RESOLUCIONES CITADAS

Tribunal Supremo

- ATS, Sala 2.^a de lo Penal, 727/2020, de 08 de octubre 2020 [ECLI: ES:TS:2020:9418A].
- STS, Sala 2.^a de lo Penal, 261/2017 de 06 de abril de 2017 [ECLI: ES:TS:2017:1486].

- STS, Sala 3.^a, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6.^a, de 10 de junio de 2004 [LA LEY 1695/2004].

Juzgado de Primera Instancia

- SJPI Núm. 75 de Madrid 393/2011, de 19 de julio de 2011 [ECLI: ES:-JPI:2011:46].

Audiencia Provincial

- SAP de Alicante, Sección 4.^a, 338/2021, de 14 de julio de 2021 [LA LEY 239345/2021].
- SAP de Barcelona, Sección 12.^a, 35/2018, de 17 de enero de 2018 [ECLI: ES:APB:2018:154].
- SAP de Barcelona, Sección 12.^a, 626/2017, de 22 de junio de 2017 [ECLI: ES:APB:2017:7177].
- SAP de Huesca, 186/2023, de 28 de septiembre de 2023 [ECLI: ES:APHU:2023:320].
- SAP de Lugo, Sección 1.^a, 437/2021, de 28 de octubre de 2021 [ECLI: ES:APLU:2021:676].
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.^a, 347/2010, de 15 de noviembre de 2010 [ECLI: ES:APTF:2010:2040].

Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGRN)

- Instrucción DGRN, de 09 de enero de 1995 [BOE, núm. 21, de 25 de enero de 1995].
- Instrucción DGRN, de 31 de enero de 2006 [BOE, núm. 41, de 17 de febrero de 2006].
- Resolución DGSJFP (DGRN), de 08 de febrero de 2023 [LA LEY 442319/2023].
- Resolución DGSJFP (DGRN), de 19 de julio de 2023 (1.^a) [LA LEY 442552/2023].
- Resolución DGSJFP (DGRN), de 03 de octubre de 2022 [LA LEY 465007/2022].
- Resolución DGSJFP (DGRN), de 05 de septiembre de 2022 [LA LEY 459294/2022].
- Resolución DGSJFP (DGRN), de 01 de agosto de 2022 (1.^a) [LA LEY 441191/2022].
- Resolución DGSJFP (DGRN), de 10 de agosto de 2022 (14.^a) [LA LEY 441205/2022].
- Resolución DGSJFP (DGRN), de 01 de noviembre de 2021 (15.^a) [LA LEY 334905/2021].
- Resolución DGSJFP (DGRN), de 26 de abril de 2021 (2.^a) [LA LEY 324740/2021].

- Resolución DGSJFP (DGRN), de 19 de abril de 2021 (60.^a) [LA LEY 324735/2021].
- Resolución DGSJFP (DGRN), de 04 de marzo de 2020 (17.^a) [LA LEY 259255/2020].
- Resolución DGSJFP (DGRN), de 04 de marzo de 2020 (55.^a) [LA LEY 259260/2020].
- Resolución DGSJFP (DGRN), de 11 de febrero de 2020 (14.^a) [LA LEY 258548/2020].
- Resolución DGSJFP (DGRN), de 01 de noviembre de 2021 (15.^a), [LA LEY 334905/2021].
- Resolución DGSJFP (DGRN), de 08 de febrero de 2021 (5.^a) [LA LEY 254770/2021].
- Resolución DGSJFP (DGRN), de 08 de febrero de 2021 (4.^a) [LA LEY 254769/2021].
- Resolución DGSJFP (DGRN), de 02 de febrero de 2021 (29.^a) [LA LEY 254762/2021].
- Resolución DGSJFP (DGRN), de 25 de enero de 2021 (7.^a) [LA LEY 251392/2021].
- Resolución DGRN, de 13 de diciembre de 2016 (3.^a) [LA LEY 239665/2016].
- Resolución DGRN, de 05 de Julio de 2013 (46.^a) [LA LEY 230840/2013].
- Resolución DGRN, de 05 de Julio de 2013 (22.^a) [LA LEY 230838/2013].
- Resolución DGRN, de 21 de julio de 2011 [LA LEY 296819/2011].
- Resolución DGRN, de 14 de junio de 2005 [LA LEY 12915/2005].
- Resolución DGRN, de 10 de octubre de 2001 [LA LEY 179724/2001].
- Resolución DGRN, de 26 de junio de 2001 [LA LEY 128335/2001].
- Resolución DGRN, de 30 de enero de 2001 [LA LEY 385/2002].
- Resolución DGRN, de 10 de junio de 2000 [LA LEY 11767/2000].
- Resolución DGRN, de 30 de mayo de 1998 [LA LEY 2603/1999].
- Resolución DGRN, de 30 de mayo de 1995 [LA LEY 12251/1995].
- Resolución DGRN, de 09 de octubre de 1993 [LA LEY 12059/1994].

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ACEDO PENCO, Á. (2013). *Derecho de Familia*. Madrid: Dykinson.
- AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y GRIEDER MACHADO, H. (2000). El matrimonio de conveniencia. *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 54, núm. 1879, 3213–3234.
- ARENAS GARCÍA, R. (2011). Algunos problemas relativos al consentimiento matrimonial en los supuestos internacionales (matrimonios blancos y matrimonios convenidos en DiPr.). En V. Almada Mozetic y J. Solé Resina (org.), *Reflexões e dimensões*

- do direito: uma cooperação internacional entre Brasil e Espanha. Brasil: Curitiba. Multideia (pp. 463–484).
- BENEDITO MORANT, V. (2012). Simulación del matrimonio. Aspectos registrales. *Revista Española de Derecho Canónico*, Vol. 69, núm. 172, 247–277.
- CALVO CARAVACA, A y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2007). Los matrimonios de complacencia y la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 1472–1488.
- CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2004). Matrimonios de complacencia y Derecho internacional privado. En A. L. Calvo Caravaca, E. Castellanos Ruiz (coord.). *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*. Madrid: Colex (pp.119–158).
- CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (1998). Matrimonio de conveniencia y turismo divorcista: práctica internacional española. *Actualidad Civil*, Vol. 1, núm. 1–15, 129–140.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2002). Matrimonios de conveniencia y nacionalidad española. *Anales de Derecho*, núm. 20, 7–34.
- CREMADES GARCÍA, P. (2006). Matrimonios de complacencia: una realidad, *Revista de Sociales y Jurídicas (Ejemplar dedicado a: La Inmigración)*, núm. 1, 12–28.
- DE LA IGLESIA MONJE, M.^a I. (2011). Nulidad del matrimonio de complacencia como supuesto de reserva mental. La doctrina de la DGRN. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 87, núm. 724, 1089–1101.
- DIAGO DIAGO, M.^a P. (2009). La nulidad de los matrimonios por conveniencia o la historia de los matrimonios que nunca existieron. En Á. G. Chueca Sancho, V. L. Gutiérrez Castillo, I. Blázquez Rodríguez (coords.). *Las migraciones internacionales en el Mediterráneo y Unión Europea*. Sevilla: Huygens. Fundación Tres Culturas del Mediterráneo (pp. 283–314).
- DIAGO DIAGO, M.^a P. (1996). Matrimonios por conveniencia. *Actualidad Civil*, Vol. 2.º, núm. 14–26, 329–347.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. (2014). *Memoria de extranjería de 2014*. Centro de estudios jurídicos, Madrid: Ministerio de Justicia, disponible en <https://blogextranjeriaprogestion.org/2015/10/26/memoria-fiscalia-de-extranjeria-2014/>
- GARCÍA HERRERA, V. (2016a). *Los matrimonios de conveniencia*. Madrid: Dykinson.
- GARCÍA HERRERA, V. (2016b). *Los matrimonios de conveniencia*. *Actualidad Civil*, núm. 4, 4–15.
- GARCÍA ZÚÑIGA, R. (2006). Los Matrimonios de Conveniencia Como Fraude de Ley. *PorticoLegal*, disponible en https://www.porticolegal.com/articulos-doctrinales/los-matrimonios-de-conveniencia-como-fraude-de-ley-294#_ftnref1
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (2003). *Elementos de Derecho civil. I. Parte general*, Vol. 3.º Madrid: Dykinson.
- LÓPEZ-LÓPEZ, A., MONTÉS-PENADÉS, V., & ROCA-TRÍAS, E. (1997). *Derecho de Familia*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, L. (2004). Matrimonios simulados: de conveniencia, blancos, nulos. Problemática sobre su inscribibilidad ante la duda de la

- falta de consentimiento. La doctrina de la DGRN en torno al tema. *AEQUALITAS. Revista Jurídica de Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 15, 48–56.
- MARTÍNEZ VAZQUÉZ DE CASTRO, L. (2018). *Los matrimonios de complacencia como instrumentos de política migratoria*. Madrid: Reus.
- MATEO Y VILLA, I. (2013). De la justificación de las resoluciones administrativas sobre matrimonios de conveniencia. En T. Echevarría de Rada, M.^a R. Martín Briceño, D. R. Guinea Fernández (coords.). *Cuestiones Actuales del Derecho de Familia*. Madrid: La Ley (pp. 37–70).
- MOCHOLI, E. (2021). El matrimonio de conveniencia o complacencia como problema jurídico en el fenómeno migratorio. *Razón Crítica*, núm. 10, 295–324.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. (2006). Tratamiento registral de los matrimonios de complacencia: lectura crítica de la instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 1547–1559.
- ORTEGA GIMÉNEZ, A. (2024). Los matrimonios por conveniencia en España: un viejo problema sin aparente solución. *UACJ. Revista Especializada en Investigación Jurídica*, año 8, núm. 14, 1–18.
- ORTEGA GIMÉNEZ, A. (2023). Los «matrimonios de conveniencia» en España, tras la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de enero de 2023. *Diario La Ley*, núm. 10328, 1–15.
- ORTEGA GIMÉNEZ, A. (2017a). El fenómeno de la inmigración y el problema de los denominados «matrimonios de conveniencia» en España. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, núm. 2, 465–481.
- ORTEGA GIMÉNEZ, A. (2017b). El derecho al matrimonio y a la familia: El problema de los denominados «matrimonios de conveniencia» en España. *Perfiles de las Ciencias Sociales*, Año 4, núm. 8, 259–284.
- ORTEGA GIMÉNEZ, A. y CASTELLANOS CABEZUELO, Á. M.^a (2019). Cómo identificar un Matrimonio de conveniencia en España. *BARATARIA. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 25, 179–197.
- PLASENCIA DOMÍNGUEZ, N. (2018). Aproximación al fenómeno de los matrimonios de conveniencia: aspectos civiles, penales y administrativos. *Diario La Ley*, Núm. 9185, 1–16.
- ROCA TRIAS, E. (1991). *Derecho de Familia*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- SÁNCHEZ LORENZO, S. (2003). La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia. En *Derecho registral internacional: homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*. Madrid: Iprolex (pp. 247–273).
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A. (2011). Los matrimonios simulados. En F. Lledó Yagüe, A. Sánchez Sánchez y, O. Monje Balmaseda (coords.). *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia. Tomo II. Parte registral y otros temas del procedimiento*. Madrid: Dykinson (pp. 157–182).
- VALENCIA ZEA, A. (1978). *Curso de derecho civil colombiano*. Bogotá: Librería Siglo XX.

NOTAS

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación del MICINN: «Ejes de la Justicia en tiempos de cambio» (IP Sonia Calaza), Proyecto I+D+i de generación de conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico del Ministerio de Ciencia e Innovación, con REF PID2020-113083GB-I00. y en el Proyecto I+D+i de generación de conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico, «Claves de una Justicia resiliente en plena transformación», (IP. Sonia Calaza), del Ministerio de Ciencia e Innovación, con REF PID2024-155197OB-I00

² CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ (2004, 119-158) utilizan siguiendo a la doctrina francesa esta denominación, debido a que «con ello se indica no que el matrimonio se ha celebrado «por conveniencia», sino que estos matrimonios son, realmente, matrimonios simulados». Así, en la Resolución de la DGRN, de 09 de octubre de 1993 [LA LEY 12059/1994], se precisa que: «El problema de los llamados matrimonios de complacencia —matrimonios «blancos» en la terminología francesa— es un fenómeno muy común en los países sometidos a fuerte inmigración y del que se han hecho eco a menudo los distintos medios de comunicación» y, véase (MOCHOLI, 2021, 299).

³ En este sentido, LÓPEZ-LÓPEZ; MONTÉS-PENADÉS, & ROCA-TRÍAS (1997, 145) precisan que: «Un matrimonio es simulado cuando los contrayentes de común acuerdo *consilium simulationis*, y según la apariencia de celebrar un matrimonio, excluyen deliberadamente los efectos propios del estado civil de casado». De forma que, el matrimonio será nulo por falta de verdadero consentimiento matrimonial. Así el art. 73.1 CC, indica que: «Es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración: 1.º El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial».

⁴ En este sentido, DE LA IGLESIA MONJE (2011, 1093) precisa que «mediante estos enlaces en realidad no se busca contraer matrimonio entre un nacional y un extranjero». Por su parte, CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ (2004, 120) indican que: «el verdadero objetivo de estos matrimonios es obtener determinados ‘beneficios’ en materia de nacionalidad y extranjería (=adquisición veloz y privilegiada de la nacionalidad española, obtención de un permiso de residencia en España, reagrupamiento familiar, ...)).».

⁵ Es de idéntica opinión, (DE LA IGLESIA MONJE, 2011, 1094).

⁶ [FIS-C-2002-00001]. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2002-00001>

⁷ En la actualidad, Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en adelante DGSJFP).

⁸ Así la Resolución de la DGSJFP (DGRN), 01 de agosto de 2022 (12.ª) [LA LEY 441205/2022].

⁹ [BOE, núm. 21, de 25 de enero de 1995, pp. 2316 a 2317].

¹⁰ En este punto y, desde una perspectiva amplia para DIAGO DIAGO (1996, 329) los matrimonios de conveniencia son: «aquellos que tienen su origen en un convenio previo o contemporáneo de las partes, siendo el objeto de dicho convenio conseguir un beneficio que aproveche al menos a una de las partes, pero excluyendo la producción de los efectos del matrimonio que aparentan contraer». Y, añade que dentro de esta acepción entrarían todos aquellos matrimonios que, mediante la apariencia matrimonial, pretenden conseguir un beneficio de cualquier tipo, así, por ejemplo, precisa este autor, el caso de matrimonio celebrado con el fin de que uno de los cónyuges sea llamado a la apertura de un testamento en que figura la condición de que el beneficiario esté casado.

¹¹ [BOE, núm. 41, de 17 de febrero de 2006, pp. 6330 a 6338].

¹² Así, la Resolución de la DGRN, de 30 de mayo de 1995 [LA LEY 12251/1995].

¹³ (CALVO CARAVACA, A y CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2007, 1473). GARCÍA ZÚÑIGA (2006) precisa que «resulta bastante frecuente entre los contrayentes, la existencia de un acuerdo —expreso o tácito— de que una vez producido el matrimonio no habrá convivencia marital, no formarán una familia y pasado el tiempo que se estipule, se instará la separación judicial o el divorcio». Disponible en https://www.porticolegal.com/articulos-doctrinales/los-matrimonios-de-conveniencia-como-fraude-de-ley-294#_ftnref1

¹⁴ Resolución de la DGRN, de 30 de enero de 2001 [LA LEY 385/2002].

¹⁵ Así se precisa en la ya mencionada Resolución de la DGRN, de 30 de mayo de 1995 [LA LEY 12251/1995].

¹⁶ Resolución de la DGRN, de 14 de junio de 2005 [LA LEY 12915/2005].

¹⁷ Así, (MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, 2004, 48); (AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO—GRIEDER MACHADO, 2000, 3215).

¹⁸ En este sentido, BENEDITO MORANT (2012, 249), precisa que: «El CC, en su regulación del objeto del consentimiento matrimonial contempla distintos derechos y deberes que escapan a un simple asentimiento formal y externo. El consentimiento a las obligaciones como el respeto y ayuda mutuos o, aún más, a guardarse fidelidad, socorrerse y actuar en interés de la familia, requieren de una anuencia y disposición interior más allá de la mera verbalización».

¹⁹ Es de esta opinión (DÍEZ-PICAZO, y GULLÓN BALLESTEROS, 1986, 93).

²⁰ Así, por acuerdo simulatorio VALENCIA ZEA (1978, 461) de manera general entiende que es «la concertación de las voluntades de las partes previa o concomitantemente para la realización del acto aparente, con el fin de idearlo y construirlo». Y, añade que: «Es el concierto para llevar a cabo una declaración de voluntad que configura el negocio aparente y una declaración de voluntad discordante de la anterior, secreta entre los contratantes, que tiene por objeto evitar que tenga existencia cualquier negocio jurídico entre las partes (simulación absoluta) o que constituye un negocio jurídico diverso (simulación relativa)».

²¹ Véase la SAP de Barcelona, Sección 12.ª, 626/2017, de 22 de junio de 2017 [ECLI: ES:APB:2017:7177]. Y, véase en doctrina (CREMADES GARCÍA, 2006, 12–28) y, (GARCÍA HERRERA, 2016b, 3–6).

²² MARTÍNEZ VAZQUÉZ DE CASTRO (2018, 7) lo define como aquel «que se presenta como un medio o instrumento al servicio de unos fines distintos de los característicos e inherentes al matrimonio sirviéndose para ello de un supuesto de simulación que se manifiesta en la contradicción entre la verdad real encubierta y la voluntad declarada, aparente y simulada». Respecto a la distinción entre matrimonio simulado y matrimonio de conveniencia, MATEO Y VILLA (2013, 39) —para quien los matrimonios de conveniencia pueden perseguir otros beneficios además de la nacionalidad o de la residencia—, indica que: «los matrimonios simulados se denominan también de conveniencia o blancos. Si bien todos ellos son matrimonios en los que interviene la simulación, en los de conveniencia, esta simulación es compartida por ambos cónyuges. Ahora bien, también es posible que en un matrimonio sólo uno de los cónyuges haya simulado y no el otro. En este último caso, estaríamos ante un matrimonio simulado (por uno sólo de los cónyuges), pero no ante un matrimonio de conveniencia. Por último, los matrimonios blancos, que son todos los simulados y de conveniencia, son aquellos que persiguen, de mutuo acuerdo entre ambos cónyuges, que uno de ellos obtenga la nacionalidad o la residencia habitual del otro; pero los matrimonios de conveniencia pueden tener un objeto más amplio que el de conseguir la nacionalidad o la residencia [...]. En consecuencia, todo matrimonio de conveniencia es simulado, pero no todo matrimonio simulado lo es de conveniencia; y todo matrimonio blanco lo es de conveniencia, pero no todo matrimonio de conveniencia lo es blanco».

²³ En este punto, ARENAS GARCÍA (2011, 483) indica que «en principio los matrimonios convenidos pueden resultar tan válidos y eficaces como aquellos que surgen del enamoramiento casual o de cualquier otra forma habitual de establecer relaciones personales».

²⁴ En este sentido, véase (GARCÍA HERRERA, 2016a, 30) y, (ARENAS GARCÍA, 2011, 483).

²⁵ En este sentido, véase la Resolución de la DGRN, de 30 de mayo de 1998 [LA LEY 2603/1999].

²⁶ [BOE, núm. 51, de 28 de febrero de 2007]. El RD 240/2007, de 16 de febrero, incorpora al OJ español el contenido de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) No. 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (Texto pertinente a efectos del EEE) [DOUE L158/77, de 30 de abril de 2004].

Con esta Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, se regula el derecho de entrada y salida del territorio de un Estado miembro; el derecho de residencia de los Ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia, así como los trámites administrativos que deben realizar ante las Autoridades de los Estados miembros y; el derecho de residencia permanente y, además, y respetando el principio básico de no discriminación establece limitaciones a los derechos de entrada y de residencia por motivos de orden público; de seguridad pública y/o; de salud pública.

²⁷ Sentencia que también ha precisado que no será preciso acreditar, para la obtención de la exención de visado, la «convivencia en España al menos durante un año».

²⁸ Dice el precepto que: «[e]l extranjero podrá reagrupar con él en España a los siguientes familiares: a) Su cónyuge, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley [...]».

²⁹ [BOE, núm. 103, de 30 de abril de 2011].

³⁰ Véase la Exposición de Motivos de la Instrucción de la DGRN, de 09 de enero de 1995.

³¹ DE LA IGLESIA MONJE (2011, 1095) puntualiza que, a través de este trámite «puede descubrirse el verdadero propósito fraudulento de las partes, que no desean en realidad ligarse con el vínculo matrimonial, sino aprovecharse de la apariencia matrimonial para que el promotor extranjero obtenga las ventajas que el matrimonio puede proporcionar» y, añade que: «Si a través de este trámite o de otros medios objetivos, el encargado llega a la convicción de que existe simulación, no debe autorizar un matrimonio nulo por falta de verdadero consentimiento matrimonial (arts. 45 y 73.1 CC)».

³² Así, (AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, y GRIEDER MACHADO, 2000, 3224).

³³ Véase, la Resolución DGSJFP (DGRN), de 08 de febrero de 2023 [LA LEY 442319/2023].

³⁴ Véase, la Resolución de la DGSJFP (DGRN), de 05 de septiembre de 2022 [LA LEY 459294/2022].

³⁵ Entre otras, véase la Resolución de la DGRN, de 26 de junio de 2001 [LA LEY 128335/2001] y, de 10 de junio de 2000 [LA LEY 11767/2000].

³⁶ Añade este autor que, la Instrucción de la DGRN, de 09 de enero de 1995, tiene por objeto, dar mayor publicidad a unas normas contenidas en el Reglamento del Registro Civil, con la finalidad de evitar matrimonios nulos (DIAGO DIAGO, 1996, 329–347).

³⁷ Así, la Resolución del Consejo, de 04 de diciembre de 1997, precisa en su núm. 3, que: «Cuando existan factores que hagan presuponer que se trata de un matrimonio fraudulento, los

Estados miembros sólo expedirán un permiso de residencia o una autorización de residencia por causa de matrimonio al nacional del país tercero tras haber mandado comprobar a las autoridades competentes según el Derecho nacional que el matrimonio no es un matrimonio fraudulento y que se cumplen las demás condiciones de entrada y residencia. Dicha comprobación podrá conllevar una entrevista por separado con cada uno de los cónyuges».

³⁸ En este sentido, GARCÍA HERRERA (2016b, 7), precisa que «prueba de ello es el número de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado dictadas en relación con tales matrimonios, que a partir del año 1995 es prácticamente incontable».

³⁹ Véase el Apartado IV de la Instrucción de la DGRN, de 31 de enero de 2006.

⁴⁰ En este sentido, véase las aportaciones de (MOCHOLI, 2021, 303).

⁴¹ Respecto a la apreciación de la prueba de presunciones debe precisarse que, aunque la Instrucción de la DGRN, de 31 de enero de 2006 narra un elenco de orientaciones prácticas, lo lógico sería analizar «los datos particulares y concurrentes de cada caso» (CREMADES GARCÍA, 2006, 24). Por su parte, ORTEGA GIMÉNEZ y CASTELLANOS CABEZUELO (2019, 186) puntualizan que, tras la audiencia de las partes —de las Instrucciones de la DGRN, de 09 de enero de 1995 y, de 31 de enero de 2006—, dentro de los indicios para la determinación de un matrimonio celebrado por conveniencia, entre otros, se encuentran: «existe cierta imposibilidad de comunicación entre ambos cónyuges, debido a que no hablan el mismo idioma; se desconocen ciertas circunstancias personales y familiares de la vida del otro cónyuge; existe una cierta irregularidad en España del cónyuge extranjero; existe una notable diferencia de edad entre ambos cónyuges; o cuando alguno de los cónyuges manifieste su intención de haber contraído matrimonio por conveniencia».

⁴² En relación con las presunciones, como medio de acreditación de la existencia de un matrimonio simulado, conforme al texto contenido en la Instrucción de la DGRN, de 31 de enero de 2006: «se considera cuestión esencial la de la forma en que se debe realizar dicho control. Comienza por reconocer que la normativa española guarda silencio sobre esta cuestión; por lo que, se dice que, al no existir normalmente pruebas directas de la voluntad simulada de los contrayentes procede acudir al sistema de las presunciones judiciales. Lo que se denuncia o define, a partir del contenido del art. 386 LEC, en los siguientes términos: «a partir de un hecho admitido o probado se puede presumir la certeza de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano». El hecho presunto en este caso es la concurrencia o no concurrencia de un auténtico consentimiento matrimonial según la Ley española, mientras que los datos de hecho objetivos que han de emplearse para acreditar la existencia o inexistencia de dicho consentimiento, a través de las presunciones, pueden desprenderse de las declaraciones de los contrayentes y de cualquier otro dato obtenido durante la investigación» (SÁNCHEZ SÁNCHEZ, 2011, 169).

⁴³ En esta materia véase (PLASENCIA DOMÍNGUEZ, 2018, 1–16).

⁴⁴ Dice el art. 3.2 CC: «La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita».

⁴⁵ Véase, en este sentido, la Resolución de la DGRN, de 09 de octubre de 1993 [LA LEY 12059/1994].

⁴⁶ Así (PLASENCIA DOMÍNGUEZ, 2018, 6).

⁴⁷ Véase, (ORTEGA GIMÉNEZ, 2017b, 259–284) y, (MARTÍNEZ VAZQUÉZ DE CASTRO, 2018, 10).

⁴⁸ En esta materia, véase las aportaciones en sentido amplio de (SÁNCHEZ LORENZO, 2003, 247–273).

⁴⁹ En este sentido, véase la SAP de Barcelona, Sección 12.ª, 35/2018, de 17 de enero de 2018 [ECLI: ES:APB:2018:154].

⁵⁰ Véase, (ORTEGA GIMÉNEZ, 2023, 10).

⁵¹ En este sentido, véase las resoluciones de la DGSJFP (DGRN), de 01 de noviembre de 2021 (15.ª) [LA LEY 334905/2021]; de 25 de enero de 2021 (7.ª) [LA LEY 251392/2021]; de 04 de marzo de 2020 (17.ª) [LA LEY 259255/2020] y, de 21 de julio de 2011 [LA LEY 296819/2011].

⁵² Véase, las resoluciones de la DGSJFP (DGRN), de 11 de febrero de 2020 (14.ª) [LA LEY 258548/2020] y, de 19 de abril de 2021 (60.ª) [LA LEY 324735/2021].

⁵³ Véase, la Resolución de la DGRN, de 13 de diciembre de 2016 (3.ª) [LA LEY 239665/2016].

⁵⁴ Entre otras, véase la Resolución de la DGSJFP (DGRN), de 04 de marzo de 2020 (55.ª) [LA LEY 259260/2020] y, de 05 de Julio de 2013 (46.ª) [LA LEY 230840/2013].

⁵⁵ En este sentido, véase la Resolución de la DGSJFP, de 01 de agosto de 2022 (1.ª), [LA LEY 441191/2022].

⁵⁶ Véase la Resolución de la DGRN, de 05 de Julio de 2013 (22.ª) [LA LEY 230838/2013].

⁵⁷ En este sentido, *vid.*, la Resolución de la DGSJFP (DGRN), de 08 de febrero de 2021 (4.ª) [LA LEY 254769/2021].

⁵⁸ *Vid.*, la Resolución de la DGSJFP (DGRN), de 02 de febrero de 2021 (29.ª) [LA LEY 254762/2021].

⁵⁹ En este sentido, véase la Resolución de la DGSJFP (DGRN), de 26 de abril de 2021 (2.ª) [LA LEY 324740/2021].

⁶⁰ Véase la Resolución de la DGSJFP (DGRN), de 08 de febrero de 2021 (5.ª) [LA LEY 254770/2021].

⁶¹ Así, por ejemplo, un caso de autorización porque no hay datos objetivos bastantes para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial, se encuentra en la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGRN), de 10 de agosto de 2022 (14.ª) [LA LEY 441205/2022].

⁶² Es de esta opinión (MATEO Y VILLA, 2013, 60).

⁶³ En este sentido, véase también las aportaciones de (ORTEGA GIMÉNEZ, 2024, 1–18).

⁶⁴ Así, en la Memoria de Extranjería 2014 se precisa que: «Desde una perspectiva penal, las Fiscalías territoriales insisten en la dificultad de perseguir criminalmente estas conductas si no existe falsedad en los documentos presentados ante el RC para la celebración del matrimonio o, como ha ocurrido en Granada, como delitos cometidos por funcionario público por ausencia del procedimiento legalmente establecido para la tramitación del matrimonio» (FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, 2014, 453-454).

⁶⁵ En este sentido, ORTEGA GIMÉNEZ (2024, 12) precisa que «si los interesados en simular dicho matrimonio incurriesen en falsificación de documentos, o bien se tratase de un grupo organizado con este fin, sería un delito». Véase también en esta materia las aportaciones de (GARCÍA HERRERA, 2016b, 12–15).

⁶⁶ [BOE, núm. 10, de 12 de enero de 2000].

⁶⁷ [DOUE, núm. 251, de 03 de octubre de 2003].

El sistema registral español tras la ley 11/2023, de 8 de mayo: principios que lo identifican

The spanish registry system after Law 11/2023, of May 8: principles that identify it

por

BASILIO JAVIER AGUIRRE FERNÁNDEZ

Doctor en Derecho

Registrador de la Propiedad

RESUMEN: El presente trabajo trata de analizar las principales novedades que ha introducido en el sistema registral español la reforma operada por la Ley 11/2023. Nuestro sistema registral ha incorporado los principios de la administración electrónica, transformando la manera de trabajar en las oficinas registrales, que ya extenderán todos los asientos exclusivamente en formato electrónico. Todo ello se ha realizado, como se trata de demostrar a lo largo de estas páginas, respetando y reforzando los principios que tradicionalmente han caracterizado al sistema registral español como uno de los mejor valorados en el panorama internacional.

ABSTRACT: *This paper analyzes the main changes introduced into the Spanish registry system by the reform implemented by Law 11/2023. Our registry system has incorporated the principles of electronic administration, transforming the way registry offices work, which will now issue all entries exclusively in electronic format. All of this has been done, as demonstrated throughout these pages, while respecting and reinforcing the principles that have traditionally characterized the spanish registry system as one of the most highly regarded in the international panorama.*

PALABRAS CLAVE: Sistema registral, registro electrónico, principios registrales.

KEYWORDS: *Registration system, electronic registry, registration principles.*

SUMARIO: I. EL SISTEMA REGISTRAL ESPAÑOL.—II. PRINCIPIOS HIPOTECARIOS DEL SISTEMA REGISTRAL ESPAÑOL.—III. LA LEY 11/2023, DE 8 DE MAYO: SENTIDO Y FINALIDAD DE LA REFORMA. —IV. INCORPORACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA.—V. ASPECTOS CONCRETOS AFECTADOS POR LA REFORMA.—VI. EL NUEVO MODELO DE OFICINA REGISTRAL: A) ASPECTOS ORGANIZATIVOS QUE SE MANTIENEN: 1. *Archivo independiente*. 2. *Registro de inscripción*. 3. *Registro de folio real*. B) ASPECTOS ORGANIZATIVOS QUE SÍ SE MODIFICAN: 1. *Formato electrónico*. 2. *Firma electrónica del registrador*. 3. *Perdurabilidad y conservación de los datos*. 4. *Sede electrónica de los registradores*. 5. *Posibilidad de relacionarse con el Registro en papel*.—VII. LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS AFECTADOS POR LA REFORMA: A) PRINCIPIOS DE ROGACIÓN Y VOLUNTARIEDAD DE LA INSCRIPCIÓN: 1. *Instancia de presentación*. 2. *Funciones del presentante*. 3. *Retirada del título*. 4. *Alcance de la solicitud de presentación*. 5. *Desistimiento del asiento de presentación*. 6. *Información actualizada del estado del procedimiento*. 7. *Videoconferencia*. B) PRINCIPIO DE ORGANIZACIÓN DE LOS REGISTROS EN RÉGIMEN DE COMPETENCIA TERRITORIAL. C) PRINCIPIO DE INSCRIPCIÓN DE BASES GRÁFICAS. D) PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL: 1. *El asiento de presentación*. 2. *Libro de Entrada*. 3. *Actualización del Libro Diario*. 4. *Procedimiento de extensión del asiento de presentación*. 5. *Presentación por fax*. 6. *Denegación de la práctica del asiento de presentación*. 7. *Prórroga del asiento de presentación en los casos de retirada del título*. 8. *Coordinación entre el Diario y el Libro de Inscripciones*. E) PUBLICIDAD FORMAL: 1. *Modalidades de publicidad formal*. 2. *Formas de expedir la publicidad formal*. 3. *Formas de solicitar la publicidad formal*. 4. *Necesidad de intermediación del registrador*.—VIII. CONCLUSIONES.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL SISTEMA REGISTRAL ESPAÑOL

Si queremos definir las características esenciales de nuestro sistema registral hay que hacer una referencia a los llamados “principios hipotecarios”. Para hablar de los principios hipotecarios en España es obligado citar a don Jerónimo González¹, que comienza señalando que «*suele entenderse por principio, en toda investigación de tipo filosófico, el punto de partida o base discursiva que, si es fundamental para las demás verdades estudiadas, no tiene fundamento dialéc-*

tico o no lo necesita por su propia evidencia». Afirmaba este autor allá por el año 1931 que «no puede negarse que en la técnica jurídica de estos últimos cien años se ha desenvuelto una corriente metódica que busca en los grupos de preceptos de derecho privado, si no normas absolutas o axiomas que dominen la institución respectiva, por lo menos orientaciones generales o direcciones fundamentales que, jugando a modo de principios, informan la disciplina estudiada y sirven para resolver los problemas concretos».

Más recientemente GARCÍA GARCÍA² declara que *«podemos definir los principios hipotecarios como las notas, caracteres o rasgos básicos que tiene o debe tener un determinado sistema hipotecario»*. Considera este autor³ que los principios hipotecarios tienen tres grandes funciones. Desde el punto de vista científico, la teoría de los principios fomenta la construcción jurídica y facilita la exposición y comprensión de la materia hipotecaria. Desde el punto de vista del derecho positivo pueden ayudar a la interpretación de la legislación vigente. Y, desde el punto de vista del derecho comparado, son las notas básicas que permiten ofrecer una panorámica del derecho hipotecario.

En definitiva, los principios hipotecarios definen las líneas generales que identifican un sistema hipotecario. Al mismo tiempo constituyen una referencia que ha de tenerse en cuenta cuando interpretamos las concretas normas de nuestra legislación registral.

Sin embargo, no se puede mantener que los principios hipotecarios sean principios de derecho natural ni que resulten inmutables. Todo lo contrario, solo cabe hablar de un principio hipotecario si está sustentado en normas concretas. Los principios son abstracciones teóricas que se extraen de las leyes vigentes. Por tanto, primero hay que analizar las normas legales y luego hacer la construcción teórica de los principios. Consecuentemente, cada principio hipotecario puede verse modificado o, incluso, eliminado de un concreto sistema registral, si una reforma legal altera sustancialmente las normas que son plasmación concreta de esa construcción abstracta.

El objeto de estas notas es analizar si la reciente reforma de nuestra Ley Hipotecaria, operada por la Ley 11/2023, de 8 de mayo, ha supuesto una alteración de reglas o normas esenciales de nuestra legislación que implique una modificación de alguno de los principios hipotecarios que definen el sistema registral español.

II. PRINCIPIOS HIPOTECARIOS DEL SISTEMA REGISTRAL ESPAÑOL

Los autores que han estudiado la doctrina de los principios hipotecarios en España no han seguido el mismo criterio a la hora de su clasificación. Se puede

mantener una línea que podríamos denominar clásica, basada en la doctrina tradicional alemana, que agrupa los principios hipotecarios en dos categorías. Por un lado, estarían los principios sustantivos o materiales, que son los referidos a la configuración de los derechos inscritos y a los efectos que la publicidad registral produce. Por otro, tendríamos los principios adjetivos o de procedimiento, que regularían el procedimiento registral y la organización del Registro.

Pero también hay autores que usan otros criterios de clasificación. En este sentido, siempre me ha parecido más sugerente la distribución de los principios hipotecarios que hace GARCÍA GARCÍA⁴. Estructura este autor los citados principios en dos grandes categorías: A) Principios que se refieren a los efectos de la inscripción: inscripción, legitimación registral, inoponibilidad, fe pública registral, prioridad, usucapión *secundum tabulas* y limitación a la usucapión *contra tabulas*; B) Principios que se refieren a los requisitos de la inscripción: rogación o instancia, voluntariedad de la inscripción, negocio causal, tracto sucesivo, legalidad en su modalidad de titulación auténtica, legalidad en su modalidad de calificación registral, especialidad o determinación.

Voy a tratar de analizar la incidencia de la Ley 11/2023 sobre estos principios hipotecarios teniendo muy presente el esquema de clasificación que propone GARCÍA GARCÍA. Aunque conviene hacer dos advertencias. Primera: no se trata de hacer una exposición general del significado y alcance de cada uno de estos principios, sino de ver si se ha visto afectado en alguna medida por esta reforma legal. Segunda: la Ley 11/2023 regula cuestiones que esencialmente se relacionan con los principios referidos a los requisitos de la inscripción, sin perjuicio de que, de forma indirecta se refuercen los relativos a los efectos.

III. LA LEY 11/2023, DE 8 DE MAYO: SENTIDO Y FINALIDAD DE LA REFORMA

La Exposición de Motivos de la Ley 11/2023 fundamenta la procedencia de la reforma en la necesidad de dar cumplimiento al derecho comunitario:

«De igual modo, en cumplimiento de la normativa europea, se procede mediante el título IV a reformar la Ley Hipotecaria y la Ley del Notariado a fin de habilitar la intervención telemática notarial y registral con el objetivo de facilitar la prestación de los servicios notariales y registrales sin necesidad de presencia física, dando cumplimiento así a lo previsto en la disposición final decimoprimera de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. En cuanto a la Ley Hipotecaria, las modificaciones se centran, fundamentalmente, en regular la sede electrónica general, la posibilidad de las

comunicaciones de la ciudadanía y con otros organismos por medios electrónicos, la publicidad registral por estos mismos medios, la creación de un sistema informático registral adicional y un repositorio electrónico con información actualizada de las fincas».

Sin embargo, lo cierto es que la transformación tecnológica y la digitalización del sistema registral es una exigencia del proceso general de transformación que está sufriendo toda la administración pública española y, en realidad, toda nuestra sociedad. Como apunta muy certeramente DE PABLOS O'MULLONY⁵: *«la realidad es que nos encontrábamos a mitad de camino; el Registro de hoy no es completamente electrónico porque los libros en papel tienen que imprimirse y la fe pública está depositada en esos libros en papel; los asientos registrales son completamente independientes de la base de datos registral, de forma que no necesariamente existe coherencia entre una y otros, lo cual perjudica seriamente la explotación y fiabilidad de los datos, que deben ser reintroducidos una y otra vez; pero por otra parte tenemos presentaciones electrónicas, comunicaciones electrónicas, y tenemos documentos registrales electrónicos, como las certificaciones o las notas de calificación de los documentos presentados electrónicamente. Lo cierto es que vivimos en una especie de esquizofrenia entre el mundo electrónico y el del papel; en una de tierra de nadie en la que se presentan y tenemos que resolver problemas técnicos y jurídicos ya del mundo electrónico con los escasos medios que la legislación registral específica existente hasta la actualidad nos brindaba».*

El sistema registral es una herramienta que el legislador diseñó para hacer efectivo el principio de seguridad jurídica. Como señala PRETEL SERRANO⁶, el procedimiento registral *«es una sucesión reglada de actos, tendentes a la práctica de un asiento en el Registro para proclamar oficialmente la situación jurídica de un inmueble»*. Es cierto que el procedimiento registral no es un procedimiento administrativo y que, tanto el Tribunal Supremo⁷, como la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (antes Dirección General de los Registros y del Notariado)⁸ han reconocido que la función de la calificación registral presenta particularidades de notoria importancia respecto del régimen de las actividades de las administraciones públicas, particularidades que justifican su tratamiento específico desde el punto de vista científico, normativo y jurisdiccional⁹. De ahí que no sea posible aplicar de forma supletoria la legislación de procedimiento administrativo, salvo en los casos en los que exista una remisión específica. Sin embargo, esta especificidad no justifica que el Registro se mueva al margen de la tendencia que nuestro ordenamiento jurídico está estableciendo en toda la actividad administrativa e, incluso, en la jurisdiccional.

Esa y no otra es la razón de ser de la reforma que ahora analizamos. España necesitaba que su sistema registral se adaptase a los tiempos y se convirtiera en un

verdadero registro electrónico. Para ello es necesario que el sistema fundamente sus efectos de fe pública en los libros electrónicos y no en formato papel. Este salto exigía además una serie de adaptaciones de todo el procedimiento registral, así como el establecimiento de medidas que garanticen la custodia y conservación segura de los datos plasmados en esos folios electrónicos. Los ciudadanos tienen derecho a relacionarse de forma totalmente electrónica con cualquier parte de la administración pública y el sistema registral no podía ser una excepción.

IV. INCORPORACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA

El hecho de que, como ya se ha señalado antes, el procedimiento registral no tenga carácter de procedimiento administrativo y que las normas de la Ley de Procedimiento Administrativo no sean supletoriamente aplicables a dicho procedimiento registral, no significa que pueda vivir al margen de los valores que en el ámbito electrónico se han reconocido como fundamentales en nuestra legislación.

La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, inició el camino para el establecimiento de unos principios de la administración electrónica. Posteriormente, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, derogó la Ley 11/2007, pero incorporando todos esos principios como esenciales en el procedimiento administrativo.

Esos principios básicos de la administración electrónica, que ya recogía el artículo 6 de la mencionada Ley 11/2007, se han trasladado ahora a la Disposición Adicional Primera que la Ley 11/2023 ha introducido en la Ley Hipotecaria. Cabe resumirlos de la siguiente forma: Las personas naturales y jurídicas tendrán en relación con la utilización de los medios electrónicos en la actividad registral, y en los términos previstos en esta ley, los siguientes derechos:

- Principio de igualdad de los ciudadanos en el acceso electrónico, plasmado en los apartados 2. a) y 2. c) de la Disposición Adicional: «relacionarse directamente con el Registro de la Propiedad y con el Registro Mercantil y de Bienes Muebles por medios electrónicos y así podrán presentar documentos, obtener informaciones y certificaciones, realizar consultas, formular solicitudes, manifestar consentimientos, efectuar pagos, y recurrir los actos registrales de acuerdo con lo dispuesto en esta ley»; «A la igualdad en el acceso electrónico a los servicios de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles».
- Principio de garantía de la seguridad en el ámbito electrónico, recogido en los puntos f), g) y h) del apartado segundo de la Disposición Adicio-

nal: «f) A la conservación en formato electrónico por los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de los documentos electrónicos que formen parte de un procedimiento registral, por el tiempo y en los términos que, de acuerdo con la normativa, señale la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública; g) A la utilización de sistemas que resulten adecuados para garantizar la identificación de los interesados y, en su caso, la autenticidad, integridad, confidencialidad y no repudio de los documentos electrónicos suscritos o para cualquier trámite electrónico con cualquier Registro de la Propiedad, Mercantil o de Bienes Muebles, pudiendo las personas físicas utilizar en todo caso los sistemas de firma electrónica previstos en la legislación vigente; h) A la garantía de la seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de los Registros, sin perjuicio de la publicidad registral en los términos previstos por la normativa vigente».

- Principio de accesibilidad, recogido en el apartado 2. i) de la Disposición Adicional: «A que se garantice la accesibilidad universal a la información y a los servicios registrales electrónicos en los términos establecidos por la normativa vigente en esta materia, con objeto de que todas las personas puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones, incorporando las características necesarias para garantizar la accesibilidad de aquellos colectivos que lo requieran».
- Principio de la simplificación administrativa, establecido en el punto 2. b) de la Disposición Adicional: «A no aportar los datos y documentos que obren en otros registros jurídicos, pudiendo los Registradores, en interés y por cuenta de los interesados, utilizar medios electrónicos para recabar dicha información, la cual sólo podrá ser utilizada en el concreto ámbito del procedimiento registral para el que haya sido obtenida y con la finalidad a que legalmente responda tal procedimiento».
- El principio de interoperabilidad del sistema registral en su relación con otros sistemas electrónicos, recogido en el apartado b) del punto segundo, transcrito en el punto anterior, y en el apartado 1 de la Disposición Adicional: «Los Registradores de la Propiedad y Mercantiles utilizarán las tecnologías de la información, garantizando la seguridad, la disponibilidad, el acceso, la integridad, la autenticidad, la interoperabilidad, la confidencialidad y la conservación de los datos, informaciones y servicios que gestionen en el ejercicio de sus competencias».
- El principio de transparencia, que permite conocer en línea el estado de cualquier procedimiento registral, y que se recoge en el punto 2. d) y e): «d) A conocer por medios electrónicos el estado de tramitación de los procedimientos registrales en los que sean interesados, salvo en los

supuestos en que la normativa de aplicación establezca restricciones al acceso a la información sobre aquéllos; e) A obtener certificaciones electrónicas de los documentos que formen parte de procedimientos registrales en los que tengan la condición de interesado y a solicitar información por medios telemáticos de cuantas vicisitudes afecten a sus derechos inscritos».

Para el sistema registral español resulta esencial que todos estos principios, que hasta ahora no estaban debidamente recogidos en nuestra legislación hipotecaria, se hayan traspuesto de esta forma tan clara. De esta forma, y aun cuando el procedimiento registral no tiene naturaleza administrativa, sí que se reconoce a todos los ciudadanos en dicho procedimiento los mismos derechos que ya tenían legalmente establecidos para todas sus actuaciones con las administraciones públicas.

V. ASPECTOS CONCRETOS AFECTADOS POR LA REFORMA

La Ley 11/2023 no realiza una reforma integral de nuestra la Ley Hipotecaria ni, por ende, de nuestro sistema registral. Así, podemos afirmar que los principios que se refieren a los efectos de la inscripción apenas se ven afectados por esta modificación legal. Si exceptuamos algunos aspectos relacionados con el principio de prioridad, más encaminados a aclarar y regular con rango legal cuestiones que hasta ahora solo se hallaban tratadas por el Reglamento Hipotecario o por la doctrina de la Dirección General, la única variación radica en el hecho de que, desde el 9 de mayo de 2024 todos los efectos del sistema (legitimación prioridad, fe pública...) ya no van a ser sustentados por las inscripciones recogidas en los libros en papel sino por los asientos practicados en formato electrónico.

Por el contrario, los principios que se refieren a los requisitos de la inscripción sí que se ven claramente afectados por esta reforma legal. Principios como el de rogación o instancia, voluntariedad de la inscripción, legalidad, tanto en su modalidad de titulación auténtica como en su vertiente de calificación registral, especialidad o determinación reciben la incidencia de los cambios establecidos en la Ley 11/2023. Pero, como tendremos ocasión de demostrar, la reforma no menoscaba el alcance de estos clásicos principios de nuestro sistema registral, sino más bien al contrario, los regula con mayor claridad y reafirma su alcance y efectos.

La clave de bóveda de toda la reforma radica en el cambio de organización material y de funcionamiento de nuestras oficinas registrales. Por ello consideramos esencial comenzar por el análisis precisamente del nuevo modelo de Registro, para luego pasar a estudiar las consecuencias que este nuevo modelo tiene respecto de todos los principios hipotecarios que hemos enunciado.

VI. EL NUEVO MODELO DE OFICINA REGISTRAL

La Ley 11/2023 diseña un nuevo modelo de oficina registral basado en la utilización de los medios electrónicos. El producto resultante de este diseño es un sistema registral que, manteniendo todas las características jurídicas que hasta ahora conocíamos, cambia sus métodos de trabajo y de archivo de la información y los datos. Por esta razón vamos a exponer primero los aspectos organizativos que no cambian, para, a continuación, analizar los que sí se modifican.

A) ASPECTOS ORGANIZATIVOS QUE SE MANTIENEN

1. *El archivo de cada Registro seguirá siendo independiente y se gestionará íntegramente en cada oficina registral bajo la exclusiva responsabilidad del registrador.*

El legislador ha tenido especial empeño en recalcar, con el fin de alejar el temor de un cambio hacia un sistema de agencia registral centralizada, que cada oficina registral seguirá siendo totalmente independiente en su organización y en el control absoluto de su respectivo archivo de libros, aunque ahora estos tengan formato electrónico. El artículo 238.1 establece: «Se entenderá por sistema informático registral el conjunto de elementos informáticos, físicos y lógicos, situados en cada oficina registral, debidamente interconectados entre sí y con los servicios centrales del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, a través de la correspondiente red corporativa».

El mismo artículo 238, en el último párrafo del punto segundo dispone: «Todas las diligencias judiciales o extrajudiciales que exijan la visualización o cotejo de los asientos registrales se practicarán en la oficina del Registro». Este aserto tiene una particular importancia y trascendencia. No solo reafirma esa idea de la oficina registral como eje del sistema, sino que atribuye al registrador el pleno control de los libros registrales. Obsérvese que, incluso aunque se trate de diligencias judiciales, no se permite el acceso remoto al contenido de los libros, siendo necesario su cotejo en la propia oficina del Registro. Veremos la importancia de este apartado del artículo 238 en materia de publicidad registral.

Las copias electrónicas de respaldo que mediante un sistema seguro de replicación se archivan en al menos dos centros de procesos de datos distantes geográficamente entre sí, llegarán encriptadas en origen mediante un certificado electrónico exclusivo de cada oficina registral a cargo del registrador titular del distrito hipotecario en cada momento, que será el único que podrá autorizar su descryptado y uso (artículo 239, párrafo tercero). Por tanto, también en esta materia atinente a la seguridad electrónica y que persigue garantizar la adecuada conservación de la información con copias de respaldo, vuelve a destacarse el

control directo por parte del registrador titular del Registro al que corresponden esos datos.

Se garantiza la correspondencia entre la base de datos auxiliar y el contenido de los asientos de los libros con la necesaria intervención del registrador para realizar cualquier cambio. Así lo prevé el artículo 242 cuando señala: «Firmado el asiento no podrá alterarse la base de datos sin rectificar el asiento, conforme a la legislación hipotecaria». Incluso el mismo artículo prevé que «El Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España determinará los campos de la base de datos que se consideren de cumplimentación obligatoria, conforme a un modelo semántico común a todos los Registros de la Propiedad e interoperable que deberá ser aprobado por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. En todo caso se considerarán datos esenciales a los efectos de lo dispuesto en este artículo los relativos a los nombres, apellidos o denominaciones y documentos identificativos de los titulares registrales, el carácter y porcentaje de su titularidad, así como las responsabilidades por cantidades y plazos de las garantías dinerarias».

La base de datos auxiliar a que se refiere este artículo viene existiendo en los Registros desde hace décadas, en concreto, desde que se empezó a utilizar la informática en la gestión de las oficinas. Esta base de datos permite un adecuado tratamiento de la información recogida en los libros registrales y facilita el tratamiento profesional de dicha información y la emisión de publicidad. Ni la legislación de protección de datos ni la necesidad de obtener una información tratable y eficiente permitían ofrecer la publicidad registral mediante la reproducción literal de los asientos registrales. Lo que la reforma aporta en este terreno es la garantía de que la base de datos siempre va a responder con fidelidad al contenido de los libros registrales, imponiendo que la modificación de aquella deba necesariamente hacerse mediante la rectificación de los correspondientes asientos.

2. *El registro seguirá siendo un registro de inscripción.* Existen diferentes tipos de registro en el panorama comparado¹⁰. Están los sistemas de archivo de títulos o de transcripción, en los cuales el registro se limita a recoger y archivar los títulos presentados o a reproducirlos en los asientos de forma íntegra. En segundo lugar, están los sistemas de encasillado, propios de ordenamientos que aplican el criterio del *numerus clausus*, en los que los asientos se extienden mediante un encasillado o plantilla de datos estructurada y preestablecida. Y, por último, los sistemas de inscripción, en los cuales los asientos se hacen a base de extraer y a veces transcribir algunos aspectos del título, pero no su totalidad, pues existen partes que no tienen trascendencia registral. En esta última categoría se encuadra el sistema español.

Así lo ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia 87/1997, de 24 de abril (RTC 1997/87). Ya analicé esta cuestión en su momento¹¹, destacando como esta Sentencia, referida al Registro Mercantil, pero con conclusio-

nes trasladables a todo el sistema registral español, realizaba en su quinto fundamento de derecho afirmaciones del siguiente tenor: *«en efecto, en un sistema de registro de inscripción y no de transcripción, como el que tradicionalmente ha imperado e impera en España, los documentos en virtud de los que se practican los asientos, en expresión reiterada del RRM, agotan sus efectos ante el Registro al servir de base para la calificación e inscripción registral. A partir de este momento, al practicarse el asiento, es este acto el que produce los efectos propios del Registro Mercantil (constitutivos, de presunción de exactitud, de publicidad, de fe pública registral, de inoponibilidad, etc.). Es cierto que una parte de los asientos que se practican en el Registro son simple traslación, parcial e incluso íntegra de los documentos presentados a registro; es más, en algunos relevantes casos —estatutos de sociedades, poderes, capitulaciones matrimoniales, etc.—, esos documentos en la actualidad se inscriben, si están redactados en castellano, mediante fotocopia o archivo informático por medio de lector óptico. Sin embargo, esta constatación no debe llevar a la conclusión de que lo que produce los efectos registrales son directamente los documentos presentados al Registro o que los asientos no constituyen ningún nuevo documento: en primer lugar, debe advertirse que de las cinco clases de asientos previstas en el artículo 33 del RRM los de presentación y las notas marginales son creación prácticamente ex novo del registrador; en segundo término debe tenerse presente respecto de las inscripciones, anotaciones preventivas y cancelaciones que una parte del asiento constituyen lo que el artículo 37 del RRM denomina «circunstancias generales» que tampoco suponen transcripción alguna de los documentos presentados al Registro; por otra parte, como señala el preámbulo del RRM, en su articulado, a diferencia de lo que sucedía en el Reglamento de 1956, se contemplan separadamente las diversas circunstancias que deben figurar en los documentos y en los asientos, de modo que, en la práctica, ni todo lo que figura en los documentos suele ser objeto de asiento, ni el contenido de estos se ciñe exclusivamente a lo establecido en aquellos. Y, por fin, lo que es más relevante, aun en los casos en los que los documentos se incorporan íntegramente a los asientos, como queda dicho, los efectos registrales los producen estos últimos o su publicación (art. 9 RRM), no los documentos de los que traen causa, como lo demuestra el reconocimiento de que estos efectos continúan produciéndose incluso en supuestos de inexactitud o nulidad del asiento por discrepancia entre este y el documento (arts. 7 a 9 RRM). En definitiva, aunque el contenido de determinados asientos sea simple reflejo del contenido de los documentos, la transcripción, incluso literal, de los mismos, tiene lugar mediante un acto que cobra vida jurídica propia y produce unos efectos relativamente autónomos».*

Y con la reforma introducida por la Ley 11/2023 así va a seguir siendo. Por un lado, el artículo 252, al regular las formas de aportación de los títulos inscri-

bibles, y refiriéndose específicamente a los que se presentan electrónicamente, señala: «En caso de presentación electrónica, el documento deberá presentarse en un formato de lenguaje natural legible por el ser humano y se acompañará o estará incluido en un fichero en formato estructurado con los datos esenciales de aquel a los efectos de su proceso electrónico, previa comprobación por el registrador. En todo caso el objeto de la calificación será el documento legible presentado siendo el fichero estructurado un elemento auxiliar, de forma que, si existiera discordancia entre ellos, prevalecerá aquel». Queda claro que el fichero con la información estructurada es meramente auxiliar. Lo que permite la práctica del asiento es el documento legible. Ello es así porque el registrador será el que, mediante el juicio de legalidad que la calificación implica, decidirá que partes del contenido de dicho documento se transcribirán en el asiento.

Por otro lado, aunque el nuevo modelo de llevanza del registro resalta la importancia de la base de datos que cada oficina tiene, se deja bien claro que lo determinante será siempre el contenido de los libros, es decir, los asientos registrales. Por eso se exige la correspondencia exacta y actualizada entre dicha base de datos y los asientos registrales. Así resulta del artículo 242, párrafo segundo. Y, por si quedaba alguna duda sobre el contenido de los asientos registrales, el nuevo artículo 244 sigue manteniendo la distinción entre inscripciones concisas y extensas, reemitiéndose en cuanto al contenido de estas últimas a las circunstancias prescritas en el artículo noveno de la Ley.

En definitiva, la Ley 11/2023 no ha venido a implantar un modelo de registro de encasillado ni nada parecido. Nuestro sistema registral sigue siendo de inscripción y en los asientos solo se recogen aquellos extremos del título inscribible que, según el juicio de legalidad del registrador, tienen trascendencia real y cumplen con nuestro ordenamiento jurídico.

3. *El registro en España seguirá organizado bajo el principio de folio real.* También en este aspecto la reforma no deja ninguna sombra de duda. El artículo 243 comienza diciendo: «El Registro de la Propiedad se llevará por fincas, abriendo un folio real en soporte electrónico particular a cada una de ellas». Y el artículo 238 recalca que «El Registro de la Propiedad se llevará bajo la técnica del folio real en formato y soporte electrónico, mediante un sistema informático registral». El mantenimiento del sistema de folio real es esencial para la correcta organización de la información y para que se siga aplicando la competencia territorial en la gestión de los Registros.

B) ASPECTOS ORGANIZATIVOS QUE SÍ SE MODIFICAN

El único cambio organizativo esencial que la Ley 11/2023 ha introducido en nuestro sistema registral es el de la sustitución del formato tradicional en papel

por un formato de carácter electrónico. La transformación en este sentido es total y plena. Todos los pasos del procedimiento registral se realizarán a partir de la entrada en vigor de la reforma en un formato electrónico. No obstante, para no perjudicar a los ciudadanos y evitar cualquier discriminación derivada de la llamada *brecha digital*, se mantiene la posibilidad de relacionarse con el Registro por medio de la presentación física o en papel. Veamos algunas referencias concretas que aclaran el alcance de esta modificación:

1. *El Registro se llevará en formato y soporte electrónico, mediante un sistema informático registral (artículo 238.1)*. La apuesta del legislador en este aspecto ha sido plena. Aunque se barajaron propuestas que pretendían la llevanza de los libros en doble soporte, electrónico y papel, la Ley ha optado sin ambages por el formato exclusivamente electrónico. Ello quiere decir que solo producirán efectos los libros en dicho formato.

2. *Todo el sistema descansa en el empleo de la firma electrónica*. El artículo 238.3 así lo consagra: «Los asientos registrales de los libros de inscripciones constarán en soporte digital, firmado electrónicamente por el registrador. El asiento digital será firmado electrónicamente con su certificado con firma electrónica cualificada, haciendo constar, la identificación del registrador firmante, la fecha de su firma, la huella digital y otros elementos relacionados con dicha firma electrónica que permitan comprobar la trazabilidad e integridad del asiento practicado. Dicha huella digital deberá incluirse también en el asiento relacionado con el asiento de presentación a que se refiere el artículo 249 de esta ley. Sólo los asientos extendidos conforme a lo dispuesto en este artículo producirán los efectos que les atribuyen las leyes».

Debe insistirse en que, a partir de la entrada en vigor de la reforma, carecerán de validez y no producirán efecto alguno, ni siquiera a efectos de la eventual recuperación de datos en caso de pérdida del archivo electrónico, cualesquiera libros o folios impresos. Así mismo, el primer inciso del artículo 241.1 dispone: «Las resoluciones registrales, las certificaciones registrales, diligencias de cierre del Diario y en general cualquier documento que deba ser firmado por el registrador, así como los asientos electrónicos, se firmarán con su firma electrónica cualificada».

También para la llevanza del Libro Diario es esencial la firma electrónica. Así, el artículo 249 establece: «Todos los días no feriados, a la hora previamente señalada para cerrar el Registro, se cerrará el Diario por medio de una diligencia que extenderá y firmará electrónicamente el registrador inmediatamente después del último asiento que hubiere hecho». Y también dispone: «Cuando el registrador extienda el asiento que corresponda en el libro de inscripciones lo expresará en un asiento electrónico relacionado con el Libro Diario. Estos asientos se firmarán electrónicamente e incluirán necesariamente los datos específicos de cada

inscripción, la huella digital y código electrónico de verificación de todas las inscripciones que hubiera causado el título».

Incluso para las comunicaciones que el registrador haya de realizar hacia el exterior se acude a la firma electrónica, al preverse el uso del sistema de certificaciones: «Todas las comunicaciones, cualquiera que sea su forma y objeto, que como consecuencia de los diferentes procedimientos registrales hayan de realizar los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles comprenderán certificación de los extremos que hayan de ser objeto de aquellas y se realizarán preferentemente por vía telemática» (artículo 240, párrafo segundo).

Finalmente, hay que resaltar que la reforma introduce un nuevo artículo 111 bis en la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que permite que los registradores utilicen sistemas de videoconferencia para el ejercicio de sus respectivas funciones públicas establecidas en la Ley Hipotecaria y demás leyes que le sean de aplicación.

3. *La importancia de la perdurabilidad y la conservación de los datos.* Un sistema de registro en formato electrónico tiene que garantizar dos extremos esenciales: que los datos se guardan de forma segura y que los futuros cambios tecnológicos no impedirán la lectura y el uso de la información. De hecho, la Disposición Adicional Primera que la Ley 11/2023 introduce en la Ley Hipotecaria, y que ya hemos analizado en apartados anteriores, al definir la incorporación de los principios de la administración electrónica a los procedimientos y actuaciones en la legislación hipotecaria y la aplicación a los Registros Mercantiles y de Bienes Muebles de los procedimientos electrónicos, establece en su primer apartado: «*Los Registradores de la Propiedad y Mercantiles utilizarán las tecnologías de la información, garantizando la seguridad, la disponibilidad, el acceso, la integridad, la autenticidad, la interoperabilidad, la confidencialidad y la conservación de los datos, informaciones y servicios que gestionen en el ejercicio de sus competencias*». Se trata de un delicado equilibrio en el que han de hacerse conciliar objetivos no siempre fácilmente compatibles. Así, por un lado, se exige que se garantice la seguridad, la conservación, la confidencialidad y la integridad de los datos, pero también que el registro pueda interoperar con otros sistemas electrónicos y que sea accesible.

A la seguridad informática en el archivo de los datos da respuesta el artículo 239, obligando a los registros a disponer de un esquema de seguridad electrónica que, a la postre, va a ser el esquema nacional de seguridad diseñado y adaptado a las peculiaridades del sistema registral bajo la tutela del Centro Criptológico Nacional. Los documentos registrales electrónicos tendrán un formato que garantice que se recoge en cada momento la correspondiente norma técnica de interoperabilidad.

Y también se determina en este precepto la forma de organizar las copias de seguridad de toda la información: «Tanto la base de datos de cada Registro como

el archivo conformado por los asientos registrales, del que derivan los efectos previstos por las leyes y reglamentos debe radicar en la oficina registral, bajo la custodia del registrador. No obstante, los datos y asientos en soporte electrónico deberán replicarse de la forma más inmediata posible en al menos dos centros de proceso de datos seguros, distantes geográficamente entre sí, establecidos bajo la responsabilidad del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, a donde llegarán encriptados en origen mediante un certificado electrónico exclusivo de cada oficina registral a cargo del registrador titular del distrito hipotecario en cada momento, que será el único que podrá autorizar su desencriptado y uso. El protocolo técnico de replicación se establecerá por el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España previo informe favorable de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública y será idéntico y obligatorio para todos los Registros, debiendo prever los casos de división personal, accidentalidades, interinidades, cese fallecimiento o incapacidad del registrador titular. Los asientos electrónicos perdidos o deteriorados se restaurarán con su correspondiente copia de seguridad electrónica. En caso de que no fuera posible su restauración con dicha copia de seguridad electrónica, se restaurarán a partir de la información que resulte del título presentado».

Las dudas sobre la posibilidad de mantener una copia de los asientos en papel como último recurso ante una pérdida de información creo que queda absolutamente descartada, a la luz de lo que establece este precepto. La Ley deja claro que los asientos en papel carecerán de efecto alguno, incluso aunque hayan sido previamente firmados de forma electrónica. Pensemos que un asiento firmado electrónicamente, si se imprime, no es más que una especie de fotocopia de un documento público, que carece de fehaciencia y de autenticidad. El artículo 238.5 es terminante: «Harán fe los libros y asientos en soporte digital que lleven los registradores conforme a lo dispuesto en esta ley». Por otro lado, tampoco cabría crear una especie de legajo que recogiera una copia en papel del historial registral electrónico de cada finca, porque el artículo 245 in fine establece un solo legajo, el electrónico: «Los documentos electrónicos presentados en el Registro y las copias digitalizadas de los documentos presentados en formato papel, se archivarán electrónicamente en el Registro a los efectos de su conservación y custodia en un solo legajo electrónico ordenado por número de entrada».

Además, el citado artículo 239 también prevé la adopción de las medidas necesarias para la perdurabilidad y accesibilidad permanente de los archivos electrónicos: «Se atenderá especialmente a garantizar la lectura y verificación de los asientos y documentos registrales en el tiempo, con los procesos necesarios para la actualización periódica de los sistemas, aplicaciones y datos, de forma que se asegure la permanencia de estos en el largo plazo, incluyendo cuando proceda

el resellado electrónico de los documentos o técnicas similares que puedan desarrollarse».

La cuestión relativa a la posibilidad de mantener un sistema paralelo de impresión de los asientos electrónicos, como una suerte de copia de seguridad en papel para casos en los que la copia electrónica quedare inhabilitada, fue planteada mediante una consulta a la DGSJFP. La respuesta del Centro Directivo, como no podía ser de otra forma, fue en la línea de lo que acabo de exponer, rechazando en Resolución de 3 de mayo de 2024 el planteamiento de los consultantes en los siguientes términos: *«Ni la dicción literal del artículo 239 ni la del artículo 241, en su redacción dada por la Ley 11/2023, de 8 de mayo, ni su interpretación sistemática en relación con el resto de las normas de la Ley Hipotecaria, en particular el artículo 238, permiten llegar a una interpretación en relación con ambas normas que justifique, como pretenden los consultantes, tener “en la oficina y bajo su custodia, adicional y complementariamente, una copia en formato no electrónico firmada por el registrador del historial registral de los asientos electrónicos para estos exclusivos efectos y finalidad de poder garantizar el servicio público registral en el supuesto del artículo 241 LH —así como para la del art. 239 (...) para la restauración de los asientos electrónicos—. Además, la copia impresa de los asientos electrónicos, al no poder ser comprobada su autenticidad, carecería completamente de valor y eficacia, suponiendo un potencial riesgo de custodia no previsto en la ley, incluso desde el punto de vista de la protección de datos personales».*

4. *También se regula la sede electrónica de los registradores.* El artículo 240 de la Ley Hipotecaria prevé «Los registradores dispondrán de una sede electrónica general y única a nivel nacional cuya titularidad, desarrollo, gestión y administración corresponderá al Colegio de Registradores de la Propiedad Mercantiles y de Bienes Muebles de España, disponible para las personas a través de redes de comunicación y por medio de la cual puedan, en sus relaciones con los Registros, presentar, tramitar y acceder a toda la información y a los servicios registrales disponibles».

Después de un año de funcionamiento de esta sede electrónica, son ya infinidad de servicios los que se ha incorporado, permitiendo, no solo que los ciudadanos y empresas puedan realizar todas sus gestiones de forma telemática, sino que se cumpla en materia mercantil las exigencias establecidas por la normativa de datos abiertos y que pueda accederse a los distintos campos de la estadística registral de una manera ágil y visualmente muy atractiva.

5. *Posibilidad de relacionarse con el Registro por medio de papel.* La reforma ha sido consciente de que en España sigue existiendo una brecha digital que hace especialmente complicado para algunas personas el uso de medios electrónicos en sus actuaciones con la Administración o con los Registros. Por eso, el

artículo 252.1 prevé: «Los documentos en soporte papel podrán ser aportados al Registro dentro de las horas de apertura al público de la oficina, acudiendo personalmente o remitiéndolos por correo postal o servicio de mensajería. Efectuada la presentación de cada documento se procederá a su digitalización y vinculación electrónica al correspondiente asiento de presentación y a las fincas en él contenidas y también cuando el documento deba incorporarse a un archivo electrónico o así se establezca reglamentariamente».

Es más, para facilitar la interconexión entre el formato presencial y el formato digital de la llevanza del Registro, el artículo 250.1, al regular la retirada del documento presentado en formato papel, establece que: «La firma o conformidad de presentantes e interesados podrá recibirse en todo caso mediante tabletas digitalizadoras de firma o huella, u otros dispositivos biométricos que aseguren su autenticidad».

Estas previsiones son coherentes con la configuración que la Disposición Adicional Primera de la propia Ley hace del uso de los medios electrónicos. No se impone al ciudadano el acceso electrónico al sistema registral, sino que se le reconoce el derecho a hacerlo.

VII. LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS AFECTADOS POR LA REFORMA

Como ya señalé anteriormente, la Ley 11/2023 trata fundamentalmente cuestiones relacionadas con los principios hipotecarios que se refieren a los requisitos para practicar la inscripción, y solo tangencialmente toca aspectos atinentes a los principios referidos a los efectos de la inscripción. Haré un recorrido por todos los principios registrales afectados, tratando de aclarar el alcance de dicha afectación.

A) PRINCIPIO DE ROGACIÓN Y VOLUNTARIEDAD DE LA INSCRIPCIÓN

Constituye uno de los principios clásicos de nuestro sistema registral el de que la inscripción es, como regla general, voluntaria y que toda actuación registral ha de ser solicitada por persona legitimada para ello, siendo este solicitante quien controla el desarrollo del procedimiento hasta su finalización. Así lo señalaba JERÓNIMO GONZÁLEZ¹² diciendo que los procedimientos registrales *«se inician a instancia de parte, y el registrador, solamente en casos excepcionales, practica de oficio los asientos reglamentarios en los libros principales»*. Ambos extremos salen reforzados de la reforma. Así se deduce de una serie de aspectos concretos:

1. *Instancia de presentación*: El artículo 245 comienza diciendo: «El procedimiento registral se iniciará mediante la presentación presencial o telemática en el Registro de la correspondiente solicitud, en la que figurará una dirección

postal o electrónica a efectos de notificaciones y a la que se acompañará el documento que se trate de presentar. El modelo de solicitud de presentación será accesible, para los casos de presentación telemática, desde la Sede Electrónica del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, para ser cumplimentado y firmado electrónicamente. También podrá cumplimentarse la solicitud en la sede electrónica para ser impresa con un código de identificación que permita la carga automática en el momento de la presentación presencial de los datos ya introducidos, e igualmente podrá descargarse el modelo sin cumplimentar, para completarlo de forma manual».

Sin duda, el precepto supone un refuerzo de la figura del presentante del título y recalca la necesidad de su identificación y de su solicitud expresa firmada manual o electrónicamente. No basta con aportar el título inscribible, sino que habrá que presentar también la oportuna instancia. La principal duda que se puede plantear es qué ocurre si solo se aporta el documento inscribible y no se acompaña la instancia. No parece que esta circunstancia sea impedimento para dar entrada y practicar el asiento de presentación. No debemos olvidar que la prioridad registral no puede quedar condicionada al cumplimiento de requisitos complementarios. De hecho, cuando el artículo 246.3 especifica las causas que impiden la práctica de un asiento de presentación no incluye entre ellas la falta de aportación de la instancia del artículo 245.

Ahora bien, una vez practicado el asiento de presentación, el registrador deberá suspender la calificación hasta tanto se aporte la correspondiente instancia. La solución propuesta es semejante a la que se aplica en los casos de falta de acreditación del cumplimiento de los requisitos fiscales (artículos 254 y 255 de la Ley Hipotecaria). Se trata de una obligación que ha impuesto la Ley para la entrada de documentos al Registro y para la iniciación del procedimiento registral. Por la trascendencia que tiene, a pesar de que se ha incumplido dicha obligación, se accede a practicar el asiento de presentación, pero lo razonable es paralizar el procedimiento registral hasta que se subsane dicho impedimento. Además, la perfecta identificación del presentante y el señalamiento de una dirección postal o electrónica a efectos de notificaciones es fundamental para el correcto desarrollo del referido procedimiento. Por eso considero como mejor solución la suspensión de cualquier actuación posterior a la práctica del asiento de presentación sin que se aporte la preceptiva instancia. Sí que debe advertirse que esta situación solo cabe que se plantee en los casos de presentación física, especialmente cuando se remiten los documentos por correo. Si la presentación es en ventanilla, ya se cuidarán los auxiliares y oficiales de la oficina de exigir que se rellene la solicitud. Y en el caso de la presentación electrónica, el fichero en formato estructurado con los datos esenciales que exige el artículo 252.1 de la LH, ya incorporará los datos propios de la instancia de presentación.

2. *Funciones del presentante*: El presentante tiene un papel muy relevante en el procedimiento. Por eso se le entrega el recibo de presentación y se le permite hacer diferentes actuaciones que dejarán el oportuno reflejo en el sistema informático y en el asiento de presentación. El artículo 248.2 prevé: «Se expedirá al presentante un recibo para cada documento presentado, en el que se expresará la clase de título recibido, el día y hora de su presentación y, si procede, los datos registrales. Todas las actuaciones del presentante en relación con el asiento de presentación se entenderán suficientemente acreditadas a los efectos del procedimiento registral a través de su oportuno reflejo en el sistema informático y en el asiento relacionado con el de presentación correspondiente». Obsérvese que el recibo ha de entregarse obligatoriamente al presentante, a diferencia de lo que hasta ahora establecía el artículo 419 del Reglamento Hipotecario («Al presentante de un título se le entregará, si lo pidiere, recibo del mismo»).

Otra de las novedades que incorpora este artículo y que hasta esta reforma no estaba claramente reflejada en nuestra legislación registral, es la exigencia de que las diferentes actuaciones procedimentales que pueda realizar el presentante tengan reflejo en el sistema informático y en el asiento relacionado con el de presentación correspondiente. Esta cuestión es clave porque muchas de estas actuaciones van a incidir en los plazos de calificación y despacho e, incluso, en la vigencia del asiento de presentación. El legislador quiere que no haya ninguna incidencia procedimental que no se plasme en el sistema informático registral.

3. *Retirada del título presentado*: Se regula también de forma minuciosa el régimen de la retirada de los títulos presentados, tanto a solicitud del presentante como del interesado. Se aclara que también los títulos presentados de forma electrónica pueden entenderse retirados mediante la firma de un formulario electrónico disponible en la sede electrónica del Colegio de Registradores (artículo 250.1).

Como principales novedades respecto a la redacción contenida en el artículo 427 del RH hay que destacar la regulación de la retirada de los títulos que se han presentado electrónicamente. Igualmente se prevé la posibilidad de que en los casos en que esta solicitud se realice presencialmente en el Registro, la firma del presentante o interesado que solicita la retirada se pueda recoger mediante tabletas digitalizadoras de firma u otros dispositivos biométricos que aseguren la identidad. Naturalmente, sigue siendo posible que la solicitud de retirada del título se haga en papel y con firma manual. En este caso, aplicando lo establecido en el artículo 252.1, se procederá a su digitalización y vinculación electrónica al correspondiente asiento de presentación y a las fincas en él contenidas.

4. *Alcance de la solicitud de presentación*: Se mantiene el principio general de que «Presentado un título se presumirá la solicitud de inscripción de todo el documento salvo desistimiento o solicitud de inscripción parcial del interesado o su representante o de la autoridad presentante» (artículo 250.1).

Supone este párrafo consagrar con rango de ley lo que establecía el artículo 425 del RH. De hecho, la más reciente doctrina de la Dirección General ha aclarado el alcance de este artículo en relación con la inscripción de la representación gráfica de las fincas. Podemos citar en este sentido la Resolución de 29 de noviembre de 2023 (BOE de 28 de diciembre), que resume con bastante precisión la cuestión: *«Indudablemente, la Ley 13/2015 ha completado la fase de calificación del procedimiento registral con una parte referida a la descripción de la finca, que incluye su georreferenciación, lo que la doctrina registral denomina calificación registral gráfica integrada por tres operaciones diferentes, que deben terminar con tres decisiones del registrador: la inscripción de la referencia catastral, la incorporación de la georreferenciación y la constancia del estado de coordinación de la finca con la parcela catastral. Como operación del procedimiento registral, esta fase no puede ser excluida por la voluntad de los particulares. Así, como declararon las Resoluciones de este Centro Directivo de 6 de mayo y 3 de octubre de 2014, el principio de voluntariedad de la inscripción no significa que el interesado pueda elegir a su voluntad qué normas del procedimiento registral le son más favorables aplicando solo éstas. Y según las de 8 de mayo y 2 de junio de 2017, la sola presentación del título en el Registro implica la petición de extensión de todos los asientos que puedan practicarse, siendo competencia del registrador determinar cuáles sean éstos, sin imponerse exigencias formales añadidas. Así lo entendió en su fundamento de Derecho tercero la última de las Resoluciones citadas, cuando declaró: «En cuanto al fondo del asunto, se plantea si se cumple el principio de rogación para proceder a la rectificación de la descripción de la finca, incluida la modificación y ampliación de la edificación que consta inscrita. Debe recordarse que, conforme al artículo 425 del Reglamento Hipotecario, «presentado un título, se entenderá, salvo que expresamente se limite o excluya parte del mismo, que la presentación afecta a la totalidad de los actos y contratos comprendidos en el documento y de las fincas a que el mismo se refiera siempre que radiquen en la demarcación del Registro, aun cuando materialmente no se haya hecho constar íntegramente en el asiento, pero en la nota de despacho se hará referencia en todo caso, a esa circunstancia». Como ya ha indicado este Centro Directivo, en base a este precepto, la sola presentación de un documento en el Registro implica la petición de la extensión de todos los asientos que en su virtud puedan practicarse, siendo competencia del registrador la determinación de cuáles sean éstos, sin que el principio registral de rogación imponga otras exigencias formales añadidas». Por tanto, del hecho de la incorporación de una georreferenciación al título inscribible, aunque en el caso de la catastral, sea obligatoria, se deriva la obligación del registrador de calificarlas y tomar las decisiones correspondientes sobre ella. (...). En caso de calificación positiva, existiendo declaración de coincidencia de*

la georreferenciación catastral con la realidad física del inmueble y describiendo la finca según resulte de ella, el registrador inscribirá la georreferenciación, aunque su petición no sea expresa o exista declaración de voluntad de excluir la inscripción de la georreferenciación o de iniciar el procedimiento de coordinación gráfica con Catastro, pues no son aspectos que estén en el ámbito del principio de rogación, que no puede decidir cómo ha de practicarse la inscripción en aspectos tan trascendentales como el objeto del derecho real, cuya descripción debe ser precisa, dado que el Registro de la Propiedad es una institución que controla la legalidad del tráfico jurídico y se presume exacto».

5. *Desistimiento del asiento de presentación:* Igualmente se regula con rango legal el desistimiento del asiento de presentación (artículo 250.2), que hasta ahora solo se hallaba recogido en el artículo 433 del Reglamento Hipotecario.

La primera novedad que se aprecia al comparar el nuevo texto legal y el reglamentario es la aclaración de que solo cabe solicitar el desistimiento antes del efectivo despacho del título. Lógicamente, si ya se ha practicado la inscripción, no cabe desistimiento alguno, dado que habrá entrado a funcionar el principio de legitimación registral y los asientos estarán bajo la salvaguardia de los tribunales (artículo 1.3 LH). Si que sería posible si el documento ha sido calificado desfavorablemente y todavía se encuentra vigente el asiento de presentación.

También aclara con mucho acierto el artículo 250 que el desistimiento no solo podrá pedirse por medio de documento público o por documento privado con firma legitimada notarialmente o ratificada ante el registrador, sino también a través de documento privado suscrito con firma electrónica.

No aclara el artículo 250, a diferencia de lo que hace el 433 del Reglamento, que frente a la negativa del registrador a aceptar el desistimiento solicitado quepa recurso gubernativo. La duda que se plantea es si el régimen de recursos frente a esta decisión será el general establecido en los artículos 327 y siguientes de la LH para cualquier calificación negativa, o, por el contrario, podríamos entender aplicable el recurso expreso que regula el punto tercero del artículo 246 para los casos de denegación del asiento de presentación. Quizá hubiera sido apropiado que la reforma hubiera optado por esta segunda posibilidad, puesto que quien solicita el desistimiento necesita una respuesta inmediata sobre la cuestión.

6. *Información actualizada del estado del procedimiento:* También hay que destacar, como ya se analizó en apartados anteriores, que en la Disposición Adicional Primera de la Ley 11/2023 se reconoce en su letra d) a los ciudadanos el derecho «A conocer por medios electrónicos el estado de tramitación de los procedimientos registrales en los que sean interesados, salvo en los supuestos en que la normativa de aplicación establezca restricciones al acceso a la información sobre aquéllos».

Sin duda esta medida supone un gran acierto y va en la línea de atribuir al Registro y al procedimiento registral el más alto índice de transparencia. Para este acceso en tiempo real al procedimiento será necesario la oportuna identificación por parte del presentante o del interesado, para lo cual servirá el recibo que se ha de entregar al presentar el título, conforme a lo establecido en el artículo 248.1 de la LH.

7. *Videoconferencia*: Por último, la reforma introduce un nuevo artículo 111 bis en la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que permite que los registradores utilicen sistemas de videoconferencia para el ejercicio de sus respectivas funciones públicas establecidas en la Ley Hipotecaria y demás leyes que le sean de aplicación, permitiendo al interesado acceder a la aplicación abierta en la sede electrónica de los registradores utilizando los sistemas de identificación electrónica previstos en el artículo 9 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las administraciones públicas.

Incluso se prevé que, si los documentos resultantes de la actuación realizada por videoconferencia debieran ser presentados en el Registro, la presentación podrá realizarse en el mismo acto por el registrador, actuando por cuenta del interesado. Se trata de una medida innovadora que puede plantear alguna duda acerca del papel que desempeña el registrador. En mi opinión, el registrador se ha de limitar a realizar la gestión inicial, previa solicitud del interesado, de presentar el título en el Registro, pero con la particularidad de que esta gestión no le atribuirá las responsabilidades y la capacidad de decisión en el procedimiento que la ley reconoce con carácter general a los presentantes. En realidad, más bien estamos ante una presentación hecha por un representante. Una vez el documento tiene entrada en el Registro, todas las actuaciones posteriores han de entenderse con el interesado que encargó al registrador la presentación. Y, por supuesto, el registrador mantiene su plena independencia para calificar el documento, tanto para la práctica del asiento de presentación, como para la de los asientos que en su caso hayan de realizarse en los libros de inscripciones.

B) PRINCIPIO DE ORGANIZACIÓN DE LOS REGISTRO EN RÉGIMEN DE COMPETENCIA TERRITORIAL

Es cierto que con la implantación de un sistema de registro electrónico hubiera sido posible la relajación del principio de competencia territorial en la gestión registral. Es evidente que, con un sistema interconectado cada registrador podría acceder al archivo de cualquier registro para la calificación y despacho de los títulos inscribibles o para la gestión de la publicidad formal.

Como ya señalé en su momento¹³, no debemos olvidar que los asientos en un Registro de derechos no reflejan o publican procesos de constitución, trans-

misión, modificación o extinción de derechos reales consumados extra-registralmente, sino que forman parte del proceso adquisitivo, pues incorporan una resolución del Estado asignando la titularidad de los derechos reales inmobiliarios, así como estableciendo su delimitación conforme a las reglas dispuestas por el propio Estado. Esta titularidad asignada por el Estado será inatacable respecto a incidencias o circunstancias que no resultaran del contenido del propio Registro. La inscripción se convierte así en un título de propiedad de eficacia universal, siempre que se cumplan dos requisitos: a) Uno *ex ante*, cual es haber adquirido negocialmente de un titular con poder de disposición reconocido como tal por el Estado a través de la inscripción correspondiente, y b) otro *ex post*, cual es obtener el reconocimiento por el Estado del derecho negocialmente adquirido del anterior titular reconocido por el Estado, mediante la obtención, a su vez, de la correspondiente inscripción. Ello se consigue mediante la atribución a la inscripción del efecto de la fe pública registral o de incorporación del derecho al asiento, en cuya virtud, en las relaciones *inter tertios*, el derecho existe en los términos en los que aparece reconocido y descrito por los asientos registrales, es decir, por el Estado, sin que puedan afectar al adquirente a título oneroso y de buena fe circunstancias relativas a la titularidad y extensión del derecho inscrito, distintas de las que consten en la misma inscripción, salvo las excepciones que puedan establecerse expresa y claramente en una norma con rango de ley. Por ello, con independencia de que se reconozca o no que la inscripción sea constitutiva *inter partes*, es evidente que la titularidad reconocida por el Estado a través de la inscripción, es distinta de la puramente negocial.

Por esa razón, la calificación del registrador se convierte en el eje fundamental sobre el que pivota todo el sistema registral. Consecuentemente, el legislador ha querido que esta función siga manteniendo los rasgos esenciales que aseguran su rigor, su imparcialidad y su independencia. Y uno de esos rasgos es precisamente el de que los registradores, al igual que los jueces, actúan bajo el principio de la competencia territorial, como premisa esencial de su imparcialidad. Si se hubiera atenuado este principio, introduciendo opciones de libre elección del registrador, se habría deteriorado enormemente la independencia de actuación y, por ende, el rigor de dicha calificación.

Veamos algunos ejemplos del respeto que la Ley 11/2023 ha tenido hacia esta regla de la competencia territorial:

- El artículo 238.1 hace una proclamación general: «Solo los asientos registrales, extendidos y firmados por el registrador competente y la publicidad registral expedida en la forma y con los medios previstos en esta ley y demás normas concordantes, tendrán los efectos previstos en esta ley».

- Como ya vimos antes, el archivo de cada Registro seguirá siendo independiente y se gestionará íntegramente en cada oficina registral bajo la exclusiva responsabilidad del registrador. Hasta tal punto es garantista de esta regla la Ley, que el artículo 238.2 dispone: «Todas las diligencias judiciales o extrajudiciales que exijan la visualización o cotejo de los asientos registrales se practicarán en la oficina del Registro».
- Solo el registrador competente tendrá el control y el acceso a su base de datos y a los libros registrales electrónicos. El artículo 239 también aclara que: «los datos y asientos en soporte electrónico deberán replicarse de la forma más inmediata posible en al menos dos centros de proceso de datos seguros, distantes geográficamente entre sí, establecidos bajo la responsabilidad del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, a donde llegarán encriptados en origen mediante un certificado electrónico exclusivo de cada oficina registral a cargo del registrador titular del distrito hipotecario en cada momento, que será el único que podrá autorizar su desencriptado y uso».
- Para garantizar que el registrador que autoriza los respectivos asientos sea siempre el competente, el artículo 241.3 señala: «Al final del asiento figurará el nombre, apellidos y DNI del registrador firmante y la denominación del distrito del que sea titular, todo ello extraído del certificado de firma del registrador, así como el código electrónico de verificación del asiento y la huella digital del asiento firmado electrónicamente y su fecha, suministrada por los servidores de tiempo correspondientes».
- El artículo 243 hace toda una declaración general de principios: «El Registro de la Propiedad se llevará por fincas, abriendo un folio real en soporte electrónico particular a cada una de ellas. La calificación de los títulos referentes a una finca, la gestión, modificación y publicidad formal del contenido de dicho folio real se realizará por el registrador competente en cada caso, en función de la ubicación de la finca y la demarcación del Registro de la Propiedad correspondiente, conforme a las normas vigentes. Todas las inscripciones, anotaciones y cancelaciones posteriores relativas a la misma finca se practicarán a continuación en el folio real correspondiente a aquella».
- El artículo 246.3 establece como causa de denegación del asiento de presentación el que el título se refiera a una finca para la que el Registro fuera manifestamente incompetente.
- Aunque el principio de competencia territorial es absoluto, para facilitar la comodidad de los ciudadanos, el artículo 247 regula los casos de presentación presencial de un título en un Registro incompetente, en cuyo caso, «el registrador, a instancia del interesado, en el más breve plazo

posible y en todo caso dentro del mismo día, remitirá electrónicamente al Registro competente los datos precisos para extender el asiento de presentación que proceda. El registrador que reciba la comunicación del Registro de origen, previa calificación de su competencia y confirmación de la recepción extenderá el asiento de presentación solicitado, el cual caducará a los diez días, si no fueran presentados electrónicamente o presencialmente los documentos originales para la práctica del asiento».

C) PRINCIPIO DE INSCRIPCIÓN DE LAS BASES GRÁFICAS GEORREFERENCIADAS DE LAS FINCAS REGISTRALES

La Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la Ley Hipotecaria y del Texto Refundido de la Ley del Catastro, supuso una transformación radical de nuestro sistema registral en todo lo referente a la identificación de las fincas. Esta reforma trató de poner solución definitiva a uno de los problemas que tradicionalmente habían afectado a la seguridad jurídica: el Registro protegía plenamente respecto de la titularidad de los derechos, pero carecía de herramientas para garantizar cuál era la realidad física de las fincas registrales, dado que estas se describían según la declaración de los otorgantes de los títulos inscribibles. A partir de 2015 nuestro ordenamiento permite e, incluso en ocasiones lo establece con carácter obligatorio, incorporar al folio registral una representación georreferenciada de la finca. Normalmente esa base gráfica será la catastral, pero es posible también usar otras representaciones gráficas alternativas.

La DGSJFP ha ido elaborando una doctrina muy consistente acerca de los efectos jurídicos que produce la inscripción de una base gráfica. Podemos citar entre otras muchas la Resolución de 1 de junio de 2022, que resume la aplicación de los principios hipotecarios a la base gráfica inscrita: *«Tal asiento registral determinante de la ubicación, delimitación y superficie de la finca «está bajo la salvaguardia de los Tribunales y produce todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley», como resulta del artículo 1 de la Ley Hipotecaria. Y entre tales efectos jurídicos, y sin pretender aquí ser exhaustivos en modo alguno, cabe citar los siguientes: En primer lugar, conforme al artículo 17 de la Ley Hipotecaria, que recoge el llamado principio de prioridad registral, una vez inscrita dicha georreferenciación «no podrá inscribirse o anotarse ninguna (...) que se le oponga o sea incompatible». Así lo confirma también de modo más específico aún el artículo 199 de la Ley Hipotecaria ordenando que «el Registrador denegará la inscripción de la identificación gráfica de la finca, si la misma coincidiera en todo o parte con otra base gráfica inscrita». En segundo lugar, conforme al artículo 20 de la Ley Hipoteca-*

ria, que recoge el llamado principio de tracto sucesivo «para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales» (y entre ello, la modificación de la ubicación y delimitación geográfica de su objeto) «(...) deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos. En el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada». En tercer lugar, conforme al llamado principio de legitimación registral, el artículo 9 de la Ley Hipotecaria proclama que «se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica (...) que ha quedado incorporada al folio real». Y este artículo 38 señala que «a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo» y, por ello, con la concreta ubicación y delimitación georreferenciada determinada por el asiento respectivo. «De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos», esto es, con la concreta ubicación y delimitación georreferenciada determinada por el asiento respectivo. Y «como consecuencia de lo dispuesto anteriormente, no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada» —ni contradictoria de su concreta ubicación y delimitación georreferenciada determinada por el asiento respectivo— «sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente. La demanda de nulidad habrá de fundarse en las causas que taxativamente expresa esta Ley cuando haya de perjudicar a tercero (...)»». También se han realizado ya importantes análisis doctrinales de la aplicación de estos principios de nuestro sistema registral a las bases gráficas inscritas¹⁴.

A pesar de ello, se han generado dudas acerca del verdadero alcance de la inscripción de la base gráfica de una finca. El propio Tribunal Supremo, en concreto su Sala Tercera, en la Sentencia 354/2021, de 12 de marzo de 2021, llegó a la conclusión de que cuando la base gráfica se inscribía de forma simultánea a otra operación registral, ya sea de manera voluntaria, ya con carácter obligatorio en los casos en los que así lo exige la ley (inmatriculaciones, segregaciones, divisiones...), no constituye una inscripción autónoma, sino que sería un elemento más de la inscripción principal. Se entiende por el Alto Tribunal, que la incorporación de la representación gráfica georreferenciada al folio registral de la finca no constituye una operación registral autónoma y diferente de la inscripción del título.

Ante las dudas generadas respecto al verdadero alcance de la incorporación de la representación gráfica de una finca al folio registral, la reforma ha precisado con absoluta claridad que la base gráfica es objeto de inscripción específica y, por tanto, dicha inscripción gozará de todos los efectos que derivan de los principios hipotecarios como cualquier otro derecho que se inscriba. Debe citarse el artículo 238.4 que, tras la reforma, señala: «La representación gráfica de las fincas será objeto de inscripción específica conforme a lo dispuesto en los artículos 9 y 10 de esta ley, y se visualizará igualmente a través de la aplicación de gestión registral, conforme a las reglas de publicidad previstas en los artículos 9 y 10 de esta ley». Esta consideración de una auténtica inscripción específica, al margen de la que se practique respecto del derecho real que se constituya, modifique, transmita o extinga sobre la finca, implica que tenga un procedimiento registral también específico y separado al que se aplican todos y cada uno de los principios hipotecarios. Ese carácter específico de la inscripción de la base gráfica permite que en ocasiones se pueda inscribir, por ejemplo, la venta de una finca y no la base gráfica, a pesar de que se haya solicitado, o, a la inversa, que se inscriba la representación gráfica de la finca, pero no la venta recogida en el título.

D) PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL

También el principio de prioridad registral ha visto mejorada su regulación tras la reforma operada por la Ley 11/2023. Muchos de los aspectos esenciales del procedimiento registral que determinan el surgimiento de la prioridad registral han pasado a estar ahora regulados en el cuerpo de la Ley. Destacaremos los siguientes:

1. El asiento de presentación: El artículo 246 recuerda la importancia del asiento de presentación como generador de la prioridad registral: «La prioridad registral de los títulos susceptibles de inscripción se determinará respecto de cada finca o derecho por el asiento de presentación». Además, para mejorar la claridad y facilitar la adecuada llevanza del procedimiento registral, introduce una importante novedad: «Cuando se realice la presentación de un título que afecte a varias fincas, a todos los efectos legales, se entenderá que se trata de tantos asientos de presentación distintos como fincas registrales comprenda aquel. Por tanto, la suspensión de la calificación por existencia de asientos anteriores, la prórroga o el desistimiento se computará finca a finca».

En realidad, esta forma de actuación ya ha de entenderse que rige antes de la reforma. Cuando el registrador califica y despacha un título que comprende varias fincas, debe hacerlo considerando cada finca de modo independiente. Así, por ejemplo, si se está calificando una herencia que contiene

dos fincas, una que se adjudica tal cual y otra que se divide en dos antes de su adjudicación, y no se acompaña la licencia de división, deberá inscribirse la partición respecto de la primera y suspenderse en lo relativo a la finca dividida. Lo que la reforma ha pretendido hacer es recalcar esta manera de organizar el procedimiento registral que no es más que una consecuencia del principio de prioridad que opera respecto de cada finca. Lo cual no significa que haya que practicar una asiento de presentación por cada una de las fincas afectadas por el título.

2. *Libro de Entrada*: Se regula el Libro de Entrada, que es la herramienta auxiliar esencial que permite la correcta llevanza del Libro Diario. Como señala el artículo 248.1: «Se entenderá como hora de presentación de los documentos ingresados en el Registro la que conste en el asiento de presentación. Los asientos de presentación se extenderán por el orden de recepción en el libro de entrada de los respectivos títulos en el Registro». En el caso de que los documentos se presenten de forma electrónica el acceso al citado Libro de Entrada será automático. Pero si la aportación de los títulos fuera por otros cauces, el citado artículo aclara que «El registrador extenderá el asiento de presentación de los títulos que reciba por correo postal certificado o servicios análogos de mensajería en el momento en que sean entregados; si se tratase de correo postal ordinario sin entrega acreditada, se extenderá al final del día, consignando en todo caso como presentante al remitente del documento». Es indudable la mejora técnica respecto a la actual regulación recogida en el artículo 418.3 del RH: «Si el título se recibe por correo se considerará presentante al remitente del documento y se practicará el asiento de presentación en el momento en que se proceda a la apertura del correo recibido en el día». Ahora se distingue entre el correo que se recibe certificado o por medio de una empresa que entregue documentos en el Registro y que exija la firma acreditativa de la recepción, como si fuera un caso de correo certificado, y el correo ordinario que no incorpora acreditación de la recepción. En el primer caso, se equipara la presentación a cualquier presentación que se realice presencialmente, generando la entrada de forma inmediata. En el caso del correo ordinario se supera la indefinición arbitraria del artículo 418 del RH («en el momento en que se proceda a la apertura del correo recibido en el día») y se obliga a que se les dé entrada al final del día.

En coherencia con la naturaleza del procedimiento registral, distinta del administrativo, la Ley no ha previsto la posibilidad de presentar documentos inscribibles a través de otras oficinas públicas diferentes de los Registros de la Propiedad, como sí prevé el artículo 16.4 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Y, en cualquier caso, el orden de presentación de los títulos será siempre el que resulte del Libro de Entrada de cada oficina registral.

3. *Actualización del Libro Diario*: El artículo 251 hace una regulación exhaustiva de la forma de actualizar el Diario a efectos de una adecuada determinación de la prioridad registral. Así, en el primer apartado impone un principio básico: «El contenido del Diario electrónico deberá ser actualizado en el menor plazo posible y siempre dentro del mismo día en que se presenten los títulos a inscripción, si dicha presentación se efectúa en horas de oficina. La actualización deberá realizarse con independencia del medio utilizado para la presentación de los títulos. El registrador deberá disponer de los medios materiales y personales necesarios para cumplir con la obligación de actualización». Se trata de una norma imperativa que obliga al registrador a organizar sus medios materiales y personales de forma que en cada día natural queden practicados todos los asientos relativos a entradas generadas en horas de oficina.

En mi opinión, esta exigencia carece de sentido y es en cierto modo contradictoria con otras afirmaciones introducidas por la Ley 11/2023 en la Ley Hipotecaria. Dado que la hora exacta de aportación de cada título queda claramente recogida en el Libro de Entrada, no se entiende la obligación de extender el asiento de presentación en el mismo día. Imaginemos que cinco minutos antes del cierre del horario hábil de apertura de la oficina se presenta una gran cantidad de documentos. Para redactar los asientos de presentación en ese mismo día habría que prolongar la jornada laboral de los empleados del Registro de forma excesiva y difícilmente previsible en el esquema de organización de la jornada de trabajo. El esfuerzo logístico que sería necesario hacer para solventar esta situación no se justifica, puesto que en nada perjudica a la prioridad de los respectivos títulos. Además, existe una clara contradicción entre el rigorismo de este artículo y lo establecido en otros preceptos reformados. El artículo 245, en el último inciso de su primer párrafo, dispone: «Los registradores sólo admitirán la presentación en soporte papel de documentos durante las horas de apertura al público del Registro. No obstante, podrán ejecutar fuera de ellas las demás operaciones de su cargo». Y, sobre todo, el artículo 252.2, 2.ª, refiriéndose a los documentos presentados electrónicamente, prevé: «Si el título hubiera ingresado en horas de oficina, el registrador procederá en el mismo día a practicar el asiento de presentación correspondiente al título presentado atendiendo al orden de presentación. Si no fuera posible extender el asiento de presentación, se estará a lo dispuesto reglamentariamente». Aquí sí que se plantea la hipótesis de que no sea factible realizar el asiento de presentación en el mismo día, pero no se ofrece una solución, sino que se remite a una futura reforma reglamentaria.

En el punto segundo de este artículo se reitera la trascendencia del Libro de Entrada: «Para cumplir con la obligación de actualización inmediata del contenido del Libro Diario, los registradores llevarán un Libro de Entrada electrónico donde se hará constar de modo inmediato el ingreso de los títulos o de cualquier

otra comunicación o notificación dirigida al Registro, por el riguroso orden en que lo hubieran hecho, con la sola excepción de las peticiones de notas simples ordinarias. En caso de presentación electrónica, no podrá realizarse sin que el presentante determine la finca o fincas a las que afecte el título a presentar no siendo responsable el registrador de los perjuicios que se puedan causar por una defectuosa identificación de la finca. Si fuera una entrada complementaria de otra anterior, deberá especificar, también bajo la responsabilidad del presentante, el número de entrada o asiento de presentación que complementa».

Es de destacar la importancia de que el legislador haya aclarado la necesidad de que en la presentación electrónica sea el presentante el que indique la finca o fincas afectadas. Esta previsión es fundamental para permitir un sistema de publicidad en línea que actualice de forma automática la información de las entradas afectantes a una determinada finca, como luego veremos.

4. Procedimiento de extensión del asiento de presentación: El artículo 252 especifica cómo proceder cuando se aportan los títulos en formato papel: «Los documentos en soporte papel podrán ser aportados al Registro dentro de las horas de apertura al público de la oficina, acudiendo personalmente o remitiéndolos por correo postal o servicio de mensajería».

Los que se presentan por vía electrónica podrán acceder al Libro de Entrada en cualquier momento, pero a la hora de extender el asiento de presentación se han de seguir las reglas señaladas en el punto segundo del artículo 252: – El sistema genera un acuse de recibo digital con expresión del tiempo exacto de entrada; – Si el documento hubiera ingresado en horas de oficina, el registrador procederá en el mismo día a practicar el asiento de presentación correspondiente al título presentado atendiendo al orden de presentación, aunque, como ya he analizado antes, previendo la posibilidad de que no sea posible redactar el asiento en ese mismo día; – Si el título se presentara fuera de las horas de oficina, se deberá extender el asiento de presentación en el día hábil siguiente atendiendo, igualmente, al orden riguroso de presentación de aquél, de conformidad con el sellado temporal.

Es cierto que en este punto el legislador debería haber sido algo más preciso. Tal y como se ha redactado esta regla 2.^a del artículo 252.2, puede generarse la duda de qué preferencia habrá entre un título presentado fuera del horario de apertura al público por vía electrónica y otro presentado justo a las 9 de la mañana del siguiente día hábil. Si partimos de la base de que el legislador ha querido mantener el respeto por el principio de equivalencia entre el acceso electrónico y el que se realiza en formato papel, quizá lo más adecuado es aplicar el criterio que resultaba de la redacción vigente hasta el día 9 de mayo de 2024 del artículo 248.3, regla 4.^a de la Ley: «Si se presentaran telemáticamente o en papel en el mismo día y hora títulos relativos a una misma finca que resulten contradictorios,

se tomará anotación preventiva de cada uno, comprensiva de la imposibilidad de extender el asiento solicitado. Esta anotación preventiva se comunicará a los efectos de que se proceda por los interesados o por los Tribunales a decidir el orden de preferencia». Sin embargo, el legislador de 2023 ha preferido dar preferencia a las presentaciones electrónicas realizadas fuera de las horas de apertura del Registro, que causarán asiento de presentación a las 9 de la mañana del siguiente día hábil atendiendo al orden de su sellado temporal.

5. *Presentación por fax*: Lo que sí que parece que ha querido la reforma es desechar el uso del fax y relegarlo a situaciones excepcionales. De hecho, en este caso sí que deja claro la preferencia de la presentación electrónica frente a la que se realiza por fax (artículo 252.3): «Los documentos solamente podrán presentarse por telefax en caso justificado de imposibilidad técnica para ser presentados electrónicamente y se asentarán en el Diario de conformidad con la regla general a excepción de los que se reciban fuera de las horas de oficina que se asentarán en el día hábil siguiente, en el momento de la apertura del Diario y tras todos los presentados electrónicamente conforme a la regla 2.^a del apartado anterior, y atendiendo al orden riguroso de recepción por telefax. En caso de presentación por telefax el asiento de presentación caducará si en el plazo de diez días hábiles siguientes no se presenta en el Registro el título original o su copia autorizada, salvo que el documento presentado estuviera dotado de código electrónico de verificación y fuera posible comprobar su integridad y veracidad».

Parece que ya no será admisible una presentación por fax sin que en la instancia de presentación que acompañe a ese título se especifiquen los motivos justificados de imposibilidad técnica para acudir a la presentación electrónica.

6. *Denegación de la práctica del asiento de presentación*: Tratando de solventar algunas dudas que se habían planteado en la práctica y que han obligado a la DGSJFP a sentar criterios interpretativos, el artículo 246.3 ha regulado la trascendental decisión de denegar la práctica del asiento de presentación: «Solo podrá denegarse el asiento de presentación del documento mediante causa motivada cuando el documento no sea título inscribible, resulte incompleto su contenido para extender el asiento o se refiriera a una finca para la que el Registro fuera manifiestamente incompetente. La denegación del asiento de presentación deberá notificarse en el mismo día. Contra la denegación del asiento de presentación cabrá recurso ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, que habrá de tener entrada en el Registro en el plazo de tres días hábiles desde la notificación de la denegación y deberá ser resuelto de forma expresa en los cinco días hábiles siguientes. La Dirección General notificará telemáticamente su resolución al Registro correspondiente en el mismo día en que se produzca». Como apunta GARCÍA GARCÍA¹⁵, este apartado tercero concuerda con la regla 3.^a del artículo 252 que establece: «El registrador notificará telemáticamente en

el mismo día en que se hubiera extendido el asiento de presentación su práctica, así como, en su caso, la denegación de aquel. En este último supuesto se deberán motivar suficientemente las causas impeditivas, de conformidad con el apartado cuarto del artículo 258 de la Ley Hipotecaria».

Si comparamos esta redacción con la del 420 del Reglamento Hipotecario, se aprecian importantes cambios respecto a las causas que justifican la denegación del asiento de presentación:

– En lugar de hablar de denegar la presentación de documentos privados, se habla ahora de denegar *cuando el documento no sea título inscribible*. Quizá hubiera sido más preciso utilizar la expresión *título formal adecuado para practicar el asiento*.

- Se mantiene la causa de denegación relativa a que el título tenga por objeto una finca para la que el Registro sea manifiestamente incompetente. Habrá que entender que en estos casos cabría, en lugar de la pura denegación, si así lo solicita el interesado, acudir al procedimiento previsto en el artículo 247 relativo a la presentación a través de Registro incompetente.
- Se ha añadido una nueva causa antes no contemplada por el artículo 420, aunque sí la recogía la regla 4.ª del artículo 258 de la Ley: resultar incompleto su contenido para extender el asiento. Lógicamente se está refiriendo al contenido mínimo que debe reunir el propio asiento de presentación, tal y como lo establece el artículo 246.1: «el momento en que éste se practique; el nombre y apellidos del presentante; el modo de ingreso, físico, telemático, o por correo, del título al que se refiere; el momento exacto de su recepción; la especie del título presentado, su fecha y autoridad o funcionario que lo expida; el derecho que se constituya, modifique, trasmita o extinga; la persona a cuyo favor se ha de practicar la inscripción, y la finca o fincas registrales a que se refiere. En caso de solicitud de constitución de hipoteca, se hará constar la responsabilidad por principal garantizada por cada finca». Desde luego, como ya se analizó antes, no es motivo de denegación del asiento de presentación el que no se haya acompañado al título la solicitud de presentación a que alude el artículo 245.
- Ya no se recoge entre los motivos de denegación del asiento de presentación el señalado por el tercer punto del artículo 420 del Reglamento Hipotecario: «Los demás documentos que por su naturaleza, contenido o finalidad no puedan provocar operación registral alguna». Por tanto, un documento de esta naturaleza deberá ser presentado a Diario y sometido a la pertinente calificación registral que, naturalmente, determinará la denegación del asiento que corresponda en los libros de inscripciones. Sin embargo, GARCÍA GARCÍA¹⁶ considera que esta causa de denegación

del asiento de presentación que aparentemente omite la redacción del comentado artículo 246.3, puede entenderse subsumida en la primera que menciona el nuevo precepto: cuando el documento no sea título inscribible. Fundamenta su criterio en el hecho de que la expresión «título inscribible» comprende no sólo el que no sea título formal inscribible, como los supuestos en los que se presenten *documentos que por su naturaleza, contenido o finalidad no puedan provocar operación registral alguna*. En cualquier caso, como el propio autor reconoce, debería tratarse de casos en los que de forma muy grosera y evidente el documento fuera absolutamente ajeno al Registro, puesto que en caso de duda es mejor practicar el asiento de presentación y luego calificar el documento¹⁷. Yo sigo considerando que, cuando el legislador no ha establecido de forma expresa esa causa de denegación del asiento, teniendo en cuenta la trascendencia que ello tiene, lo más garantista es extender el asiento de presentación y luego calificar negativamente el título.

Lo que sí constituye sin duda un avance es la previsión expresa de la notificación en el mismo día al presentante y de un sistema de recurso expreso para revisar la decisión del registrador ante la DGSJFP. Coincido con GARCÍA GARCÍA¹⁸ en que cabría también acudir al juicio verbal como sistema de impugnación de la decisión del registrador sobre la negativa a practicar el asiento en el Diario. Lo que este autor no estima posible es solicitar la calificación sustitutoria del artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria. Sin embargo, la Dirección General¹⁹ entiende que este nuevo recurso excluye la aplicación de otros medios de reacción, como son la calificación sustitutoria y el juicio verbal.

7. Prórroga del asiento de presentación en los casos de retirada del título: Como ya hemos analizado anteriormente, el artículo 250.1 regula la forma de realizar el retirado de un título presentado, tanto de documentos aportados por vía electrónica, como en formato papel. Es interesante la regulación del régimen de prórrogas de la vigencia del asiento de presentación: «No se prorrogarán los asientos de presentación de los documentos que se reintegren al Registro en los últimos quince días de su vigencia, sin que se aporten los medios de subsanación de los defectos indicados en el acuerdo de calificación, salvo interposición de recurso en tiempo y forma. Igualmente, no procederá la prórroga de los asientos de presentación de los documentos mientras se encuentren retirados, aunque se aportara durante la vigencia del asiento algún título o documento, incluso telemático, referente a los mismos, salvo que fuera aportado por quien retiró el título».

No parece demasiado claro el último inciso, e incluso puede plantear algunos problemas de aplicación práctica. Si por el hecho de estar un título retirado se rechaza la posibilidad de cualquier prórroga de la vigencia de ese asiento de presentación, ¿qué pasará con un asiento de presentación de un título que se encuen-

tra pendiente del despacho de otro título presentado con anterioridad si el primer asiento se prorroga? Parece que no tiene demasiado sentido penalizar al título del segundo asiento solo por el hecho de que se halle retirado por su presentante.

Por supuesto, entiendo que esta nueva redacción del artículo 250.1 no modifica ni deja sin vigencia lo establecido en el artículo 18, párrafo segundo de la misma Ley Hipotecaria: «Si el título hubiera sido retirado antes de la inscripción, tuviera defectos subsanables o existiera pendiente de inscripción un título presentado con anterioridad, el plazo de quince días se computará desde la fecha de la devolución del título, la subsanación o la inscripción del título previo, respectivamente. En estos casos, la vigencia del asiento de presentación se entenderá prorrogada hasta la terminación del plazo de inscripción».

8. *Coordinación entre el Diario y el Libro de Inscripciones*: Finalmente, el artículo 249 regula la forma de llevanza del Libro Diario y la coordinación con los libros de inscripciones: «Todos los días no feriados, a la hora previamente señalada para cerrar el Registro, se cerrará el Diario por medio de una diligencia que extenderá y firmará electrónicamente el registrador inmediatamente después del último asiento que hubiere hecho. En ella se hará constar el número de asientos extendidos en el día, o la circunstancia, en su caso, de no haberse practicado ninguno. Cuando el registrador extienda el asiento que corresponda en el libro de inscripciones lo expresará en un asiento electrónico relacionado con el Libro Diario. Estos asientos se firmarán electrónicamente e incluirán necesariamente los datos específicos de cada inscripción, la huella digital y código electrónico de verificación de todas las inscripciones que hubiera causado el título. Las huellas digitales de los distintos asientos relacionados con los del Libro Diario se relacionarán en un sistema, diseñado y mantenido por el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, a los efectos de garantizar la imposibilidad de su alteración o manipulación».

Conviene reiterar lo que ya anteriormente he defendido en relación con la mecánica práctica de gestión de los asientos del Diario. Debe prevalecer una interpretación lógica y acomodada a los usos ordinarios de organización de una oficina y a la legislación laboral. Por tanto, aunque el precepto pudiera dar a entender que todas las operaciones de redacción y cierre del Diario se deben concluir en el mismo día, no debe haber ningún inconveniente en considerar que, si las circunstancias prácticas así lo exigen, pueda redactarse y firmarse el cierre en el día hábil siguiente.

Por otro lado, parece muy acertada la previsión de plena coordinación del Diario con el Libro de Inscripciones al disponer la extensión de un asiento relacionado que exprese los datos específicos de cada inscripción, la huella digital y código electrónico de verificación de todas las inscripciones que hubiera causado el título. La firma de este asiento relacionado debe ser simultánea a la de la inscripción correspondiente.

E) PUBLICIDAD FORMAL

La Ley 11/2023 introduce algunas modificaciones en la regulación de la publicidad formal que vienen a reafirmar los principios que tradicionalmente han presidido esta materia y también a aclarar algunas dudas que en los últimos años han sido objeto de debate.

1. Modalidades de publicidad formal: como bien destaca el nuevo artículo 222.2 de la LH, la publicidad tiene que adoptar necesariamente alguna de estas dos modalidades: notas simple o certificación. Queda así descartada la manifestación directa de los libros registrales como sistema de publicidad formal.

Se impone una publicidad basada en el tratamiento profesional del contenido de los libros. Como dice el artículo 222.4 de la LH, el tratamiento profesional de la publicidad implica que esta se exprese con claridad y sencillez. Este tratamiento profesional debe también aplicarse a las certificaciones literales, dado que en ellas han de omitirse aquellas informaciones que supongan la vulneración de la legislación de protección de datos personales (artículo 222.7 LH).

Nadie puede pretender la visualización de los asientos registrales como modo de publicidad formal. Tan solo será posible esa visualización como actuación de cotejo de su contenido cuando ello esté encuadrado en alguna actuación que así lo habilite. Pero siempre esa visualización ha de realizarse en la sede de la oficina registral, nunca mediante acceso remoto por vía electrónica. Así lo confirma el artículo 238. 2, in fine: «Todas las diligencias judiciales o extrajudiciales que exijan la visualización o cotejo de los asientos registrales se practicarán en la oficina del Registro».

2. Forma de expedición de la publicidad formal: tras la reforma de 2023 la publicidad formal ha de emitirse siempre en formato electrónico, aunque, si así se solicita, cabe su impresión en papel una vez ya emitida. Así resulta del artículo 222.2, párrafo segundo: «La publicidad registral se emitirá siempre en formato y soporte electrónico, sin perjuicio de su traslado a papel si fuera necesario. Las notas simples se garantizarán en cuanto a su origen e integridad con el sello electrónico del Registro y las certificaciones con el certificado electrónico cualificado de firma del registrador. En uno y otro caso estarán dotadas de un código electrónico de verificación».

Lo que sí queda claro es que la publicidad, o se emite y remite electrónicamente a su destinatario, o se le entrega en ventanilla de forma presencial. Lo que queda totalmente descartado, salvo imposibilidad técnica, es la remisión por fax (artículo 222.9, in fine).

3. Formas de solicitar la publicidad formal: la publicidad formal podrá solicitarse de forma presencial en la oficina registral o a través de la plataforma de publicidad telemática que será accesible en la sede electrónica de los registra-

dores, de acuerdo con el artículo 240 de la LH. De acuerdo con lo expuesto en el apartado anterior, no será posible solicitar a partir del 9 de mayo publicidad formal por fax. Obsérvese cómo el punto 9 del artículo 222 de la LH ha sido modificado para eliminar expresamente la opción de remitir publicidad por telefax.

También conviene recordar la doctrina de la DGSJFP acerca de la imposibilidad de usar el correo electrónico como medio apropiado para solicitar y expedir la publicidad registral. A partir de una Resolución de 23 de mayo de 2022 (BOE 14 de junio) el Centro Directivo dejó bien claro la inhabilidad del correo electrónico, dadas sus escasas medidas de seguridad y la imposibilidad de controlar la identidad del remitente, como medio apropiado para la emisión de publicidad registral. Incluso en otra Resolución de 6 de febrero de 2023 (BOE de 3 de marzo) se rechazó para la remisión de notas de información continuada de las previstas en el artículo 175 del Reglamento Notarial.

4. *Necesidad de intermediación del registrador*: la necesidad de tener un interés legítimo para poder acceder a la información registral (artículo 221 LH), así como el principio de tratamiento profesional de la publicidad, hacen que, como regla general no pueda expedirse publicidad formal sin que intervenga el registrador para controlar la concurrencia de dicho interés y aplicar el referido tratamiento profesional a los datos.

No obstante, existe una excepción a esta regla general que se deduce de lo previsto en los artículos 221, párrafo segundo y 222.10 de la LH. Se trata del acceso a la información registral de las autoridades, funcionarios o empleados públicos por razón de su cargo. Después de la reforma creo que ha quedado definitivamente resuelto la forma en que ha de darse respuesta a estas previsiones legales. Podemos afirmar algunas conclusiones:

- En ningún caso esta modalidad de publicidad sin intermediación del registrador puede suponer la visualización directa a través de un acceso telemático a los libros de inscripciones, aunque estos sean ya en formato electrónico. Así resulta de manera incontestable de lo dispuesto en el artículo 238. 2, in fine: «Todas las diligencias judiciales o extrajudiciales que exijan la visualización o cotejo de los asientos registrales se practicarán en la oficina del Registro». El único libro que la Ley proclama que será directamente accesible a estos funcionarios públicos es el de Entrada. Así, el artículo 251.2, último párrafo quinto establece de forma muy clara: «El Libro de Entrada correspondiente a cada finca deberá ser accesible telemáticamente y de forma directa a los funcionarios y empleados a los que se les presume su interés en la consulta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 221.2 de la Ley Hipotecaria, mediante el acceso previsto en el artículo 222.10 de la misma ley». Y es que las expresiones usadas son radicalmente distintas: acceder al contenido de los libros, que

debe materializarse por una de las dos modalidades previstas por la ley, nota simple o certificación; y carácter accesible del libro de entrada, que implica la posibilidad de conocer sin intermediación del registrador y de forma directa los asientos de dicho libro de entrada.

- La información a la que acceden los funcionarios públicos sin intermediación del registrador es la misma que se ofrece con carácter general a cualquiera. Es decir, una nota simple con el contenido propio de estas. Ello es así porque en ningún momento la ley excepciona la necesidad de un tratamiento profesional de la información registral. La única particularidad es que cuando accede un funcionario no queda sujeto a la decisión del registrador la emisión de dicha publicidad.
- Ese tratamiento profesional de la información está ahora reconocido en la Ley cuando se regula el repositorio previsto en el artículo 241.2. Dicho repositorio, consistirá en un documento electrónico con información estructurada que contendrá la descripción actualizada de la finca, la referencia catastral, indicación sobre si se ha inscrito la base gráfica de la finca y el carácter de finca coordinada con Catastro, cuando consten dichos datos, su titularidad y las cargas vivas que pesen sobre aquella. Tiene dos funciones. En primer lugar, permitirá al registrador comprobar la coherencia de los datos obrantes en la aplicación con los asientos registrales antes de firmar el asiento correspondiente. Pero, por otro lado, los datos contenidos en el último de los documentos electrónicos generados de la finca, junto con los datos de entrada y presentación, servirán para la preparación de la información registral. Por eso se dice que dicho repositorio electrónico deberá ser firmado con el sello electrónico del Registro en el mismo momento de la firma electrónica del asiento por el registrador. Pero también cuando se emita alguna información en línea a la que se refieren los artículos 222.10 y 222 bis de esta ley o alguna información permanentemente actualizada a las que se refiere el artículo 667 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero, en todo caso, este repositorio es un elemento auxiliar de uso interno del registrador, sin que se pueda pretender un acceso directo a su contenido.

VIII. CONCLUSIONES

I. El sistema registral español ha venido siendo reconocido como uno de los más eficientes de todo el mundo, pero necesitaba incorporar de manera plena todas las herramientas que la revolución digital ha venido introduciendo en el ámbito de las administraciones públicas. De hecho, la falta de actualización

de nuestra legislación provocaba numerosas disfunciones en el funcionamiento diario de las oficinas registrales, que habían incorporado de hecho herramientas digitales en su funcionamiento, pero sin el adecuado respaldo legal.

II. La Ley 11/2023 ha implantado en nuestra legislación hipotecaria todos los principios de administración electrónica que ya estaban recogidos en nuestro ordenamiento desde la Ley 11/2007. Los principios de igualdad, accesibilidad, transparencia, simplificación, interoperabilidad o seguridad forman ya parte de nuestros principios registrales a través de la Disposición Adicional Primera que se ha introducido en la Ley Hipotecaria.

III. La reforma realizada por la Ley 11/2023 no ha afectado a la totalidad del sistema registral, sino que se ha centrado en cambiar la manera de trabajar en las oficinas registrales. Desde su entrada en vigor, toda la eficacia del sistema se sustenta, no sobre los libros en papel tradicionales, sino sobre los asientos extendidos en los libros electrónicos. Para ello resulta fundamental la intervención del registrador, que con su firma electrónica cualificada garantiza la fehaciencia de todas las actuaciones del procedimiento registral. Al mismo tiempo se ha regulado la existencia de la sede electrónica de los registradores, que permite que los ciudadanos, las empresas y las administraciones públicas puedan relacionarse de forma telemática con los registros.

IV. En todo lo demás, la reforma ha respetado escrupulosamente todos los clásicos principios hipotecarios que han caracterizado a nuestro sistema registral. De hecho, los principios más sustantivos, como legitimación o fe pública, no se ven afectados. Solo se introducen novedades en principios de carácter procedimental. Pero estas novedades van encaminadas a regular con más detalle aspectos hasta ahora poco claros o adaptar el procedimiento a las herramientas digitales, pero siempre reforzando la eficacia de esos principios clásicos.

V. Merece la pena destacar tres aspectos que el legislador ha querido reforzar especialmente. En primer lugar, la idea de que cada oficina registral es plenamente autónoma en su funcionamiento y actuación, controlando incluso el sistema de copias de seguridad mediante un mecanismo de encriptación que queda bajo el exclusivo control del registrador competente. En segundo término, ha querido el legislador despejar todas las dudas y recalcar el principio de competencia territorial, que garantiza la independencia e imparcialidad de los registradores al realizar el control de legalidad que la ley les tiene encomendado en exclusiva en el ámbito inmobiliario y mercantil. Y, finalmente, la importancia que el legislador de 2023 ha atribuido a la inscripción de la representación gráfica de las fincas, despejando así las dudas que se habían generado sobre la verdadera naturaleza de la incorporación de la base gráfica de una finca a los libros registrales.

VI. Por último, conviene destacar la claridad que la Ley 11/2023 ha establecido en la regulación de la publicidad formal. Se pueden ahora reconocer

varias conclusiones de una manera indiscutible: – La publicidad formal tiene necesariamente que verificarse por medio de una nota simple o una certificación; – Nadie, ni siquiera la autoridad judicial, puede acceder telemáticamente al texto de los libros registrales, sino que cualquier actuación de esta naturaleza habrá de realizarse en la oficina del Registro; – Toda publicidad formal está basada en el principio de tratamiento profesional por el registrador, que utilizará para ello como elemento auxiliar no susceptible de consulta directa por terceros, su base de datos, estando previsto el acceso directo de funcionarios por razón de su cargo solo al Libro de Entrada.

IX. BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE FERNÁNDEZ, B.J.,

- “Novedades introducidas por el Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, en materia urbanística: silencio administrativo, declaraciones de obra nueva, complejos inmobiliarios, disciplina urbanística y protección de los terceros en casos de demolición”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 736, marzo-abril 2013;
- “La calificación registral tras la STS 561/2022, de 12 de julio”, *Diario La Ley*, n.º 10231, Sección Tribuna, 17 de febrero de 2023.

— *La publicidad registral del arbitraje*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023.

DELAGO RAMOS, J., *Georreferenciación y artículo 34 de la LH: la DGSJ (R. 5-5-2022): aplicación del principio de fe pública registral a la georreferenciación inscrita: de modo pleno en colisiones de dominio privado, y matizado o excluido en colisiones con el dominio público*, publicado en <https://regispro.es/georreferenciacion-articulo-34-lh-y-dominio-publico/>

DE PABLOS O’MULLONY, J.M., “El registro electrónico: situación actual y regreso al futuro”, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, n.º 116, 2023.

FANDOS PONS, P., “Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (I): la vertiente geográfica del principio de rogación”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 768, 2018.

— “Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (II): El principio de legalidad: la calificación registral”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 773, 2019.

— “Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (III): “El principio de inscripción gráfica”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 777, 2020.

— Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (IV): El principio de especialidad registral gráfica”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 781, 2021.

— “Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (V): El principio de tracto sucesivo registral gráfico”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 784, 2021.

- “Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (VI): Principios consecuencia de la inscripción: la oponibilidad y la prioridad registral gráfica”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 788, 2021.
- “Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (VII): Principios consecuencia de la inscripción: la fe pública registral”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 794, 2022.

GARCÍA GARCÍA, J.M.,

- *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1988
- *Código de legislación hipotecaria. Jurisprudencia, notas y comentarios*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023.

GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., *Principios Hipotecarios*, Imprenta Sáez Hermanos, Madrid, 1931.

PRETEL SERANO, J.J., *Registro de la Propiedad, Constitución y Estado de las Autonomías*, Editorial Reus, Madrid, 2023.

NOTAS

¹ GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., *Principios Hipotecarios*, Imprenta Sáez Hermanos, Madrid, 1931, págs. 1 y 2.

² GARCÍA GARCÍA, J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1988, pág. 533.

³ GARCÍA GARCÍA, J.M., op. cit., págs. 535 a 537.

⁴ GARCÍA GARCÍA, J.M., op. cit., pág. 538.

⁵ DE PABLOS O'MULLONY, J.M., "El registro electrónico: situación actual y regreso al futuro", *Boletín del Colegio de Registradores de España*, n.º 116, 2023, págs. 11-35.

⁶ PRETEL SERANO, J.J., *Registro de la Propiedad, Constitución y Estado de las Autonomías*, Editorial Reus, Madrid, 2023, pág. 41.

⁷ STS, Sala Primera de 3 de enero de 2011 (ROJ STS 263/2011).

⁸ Por todas, puede verse la Resolución de 23 de abril de 2024 (BOE de 30 de mayo).

⁹ Es muy interesante la exposición de la relación de consecuencias que tiene en la práctica la consideración del procedimiento registral como un procedimiento de carácter especial, exposición que hace PRETEL SERRANO, J.J., op. cit., págs. 51 a 54.

¹⁰ Puede verse con detalle en GARCÍA GARCÍA, J.M., op. cit., pág. 341.

¹¹ AGUIRRE FERNÁNDEZ, B.J., "Novedades introducidas por el Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, en materia urbanística: silencio administrativo, declaraciones de obra nueva, complejos inmobiliarios, disciplina urbanística y protección de los terceros en casos de demolición", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 736, marzo-abril 2013, págs. 940 y 941.

¹² GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., op. cit., pág. 315.

¹³ AGUIRRE FERNÁNDEZ, B.J., *La publicidad registral del arbitraje*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 112 y 113.

¹⁴ Puede verse: DELAGO RAMOS, J., *Georreferenciación y artículo 34 de la LH: la DGSJ (R. 5-5-2022): aplicación del principio de fe pública registral a la georreferenciación inscrita: de modo pleno en colisiones de dominio privado, y matizado o excluido en colisiones con el dominio público*, publicado en <https://regispro.es/georreferenciacion-articulo-34-lh-y-dominio-publico/> (última consulta el 6-11-2023); FANDOS PONS, P., en una serie de trabajos con los siguientes títulos: "Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (I): la vertiente geográfica del principio de rogación"; "Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (II): El principio de legalidad: la calificación registral"; "Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (III): "El principio de inscripción gráfica"; Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (IV): El principio de especialidad registral gráfica"; "Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (V): El principio de tracto sucesivo registral gráfico"; "Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (VI): Principios consecuencia de la inscripción: la oponibilidad y la prioridad registral gráfica"; "Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (VII): Principios consecuencia de la inscripción: la fe pública registral"; todos publicados en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, números 768, 773, 777, 781, 784, 788 y 794; años 2018, 2019, 2020, 2021 y 2022.

¹⁵ GARCÍA GARCÍA, J.M., *Código de legislación hipotecaria. Jurisprudencia, notas y comentarios*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, pág. 2001.

¹⁶ GARCÍA GARCÍA, J.M., *Código de legislación hipotecaria. Jurisprudencia, notas y comentarios*, op. cit., pág. 2001.

¹⁷ Sobre la gravedad de la decisión de no permitir la entrada en el Diario de determinados documentos puede verse AGUIRRE FERNÁNDEZ, B.J., “La calificación registral tras la STS 561/2022, de 12 de julio”, *Diario La Ley*, n.º 10231, Sección Tribuna, 17 de febrero de 2023.

¹⁸ GARCÍA GARCÍA, J.M., *Código de legislación hipotecaria. Jurisprudencia, notas y comentarios*, op. cit., pág. 2002.

¹⁹ Puede verse, por todas, la Resolución de 28 de mayo (BOE de 5 de julio): «*El recurso contra la denegación de extensión del asiento de presentación ahora regulado presenta plazos reducidos tanto en su interposición como en su resolución, lo que se justifica por la importancia de la práctica del asiento de presentación a los efectos de determinación de la prioridad y de impulso del procedimiento registral. Es además exclusivo ante este Centro Directivo, sin que se contemple la posibilidad de calificación sustitutoria ni la alternativa de recurso judicial*».

Evaluando los requisitos de localización de datos con la libre circulación de datos no personales en el informe español para la Comisión Europea

Assessing Data Localisation Requirements under Free Flow of Non- Personal Data in the Spanish Report for the European Commission

por

CRISTINA ARGELICH COMELLES

*Profesora de Derecho civil, acreditada a Profesor Titular
Universidad Autónoma de Madrid*

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto contextualizar y exponer el contenido del Informe español para la Comisión Europea, emitido en autoría individual, sobre la adecuación de los requisitos de localización de datos a las obligaciones legales derivadas de la libre circulación de datos no personales, bajo el estudio “*Supporting the evaluation of the Free Flow of Non-Personal Data Regulation, Open Data Directive and Data Governance Act*”. Por ello, se analizará primeramente el régimen jurídico de los requisitos de localización de datos, su adecuación al ordenamiento jurídico europeo, y las barreras regulatorias directas e indirectas ya detectadas por la Comisión Europea en 2017. Todo ello es necesario para observar el grado de adecuación de las Resoluciones de Transparencia de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre la aplicación de los requisitos de localización de datos en el periodo 2020-2025, respecto de las obligaciones

legales derivadas de la libre circulación de datos no personales y la evitación de las barreras regulatorias.

ABSTRACT: This paper contextualises and describes the Spanish report for the European Commission, issued in individual authorship, on the adequacy of data localisation requirements to the duties arising from the free flow of non-personal data, under the study ‘Supporting the evaluation of the Free Flow of Non-Personal Data Regulation, Open Data Directive and Data Governance Act’. Therefore, the paper discusses the Spanish regulation on data localisation requirements under European Law, as well as regulatory barriers advised by the European Commission in 2017. The purpose of this legal analysis is to properly assess the Transparency Resolutions of the Spanish Data Protection Agency, on data localisation requirements in the 2020-2025 period, with regard to the free flow of non-personal data duties and the avoidance of regulatory barriers.

PALABRAS CLAVE: protección de datos, libre circulación de datos no personales, datos abiertos, requisitos de localización de datos, barreras regulatorias.

KEYWORDS: *data protection, free flow of non-personal data, open data, data localisation requirements, regulatory barriers.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES INICIALES SOBRE LOS REQUISITOS DE LOCALIZACIÓN DE DATOS.—II. LOS REQUISITOS DE LOCALIZACIÓN DE DATOS EN ESPAÑA A LA LUZ DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO EUROPEO. II.1. EL PRIMER ESTUDIO PARA LA COMISIÓN EUROPEA SOBRE LAS RESTRICCIONES A LA LOCALIZACIÓN DE DATOS DE 2017: “CROSS-BORDER DATA FLOW IN THE DIGITAL SINGLE MARKET: STUDY ON DATA LOCATION RESTRICTIONS”. II.2. LA REGULACIÓN EUROPEA SOBRE DATOS DE LOS INFORMES NACIONALES PARA LA COMISIÓN EUROPEA: EL REGLAMENTO 2018/1807, SOBRE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE DATOS NO PERSONALES, LA DIRECTIVA 2019/1024, SOBRE LOS DATOS ABIERTOS, Y EL REGLAMENTO 2022/868, SOBRE LA GOBERNANZA DE DATOS. II.3. RÉGIMEN JURÍDICO DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA: LA LEY 19/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO.—III. LAS BARRERAS REGULATORIAS A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE DATOS NO PERSONALES Y LA APLICACIÓN DE LOS REQUISITOS DE LOCALIZACIÓN DE DATOS EN ESPAÑA. III.1. LAS BARRERAS REGULATORIAS DIRECTAS E INDIRECTAS A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE DATOS NO PERSONALES DETECTADAS EN EL PRIMER ESTUDIO PARA LA COMISIÓN EUROPEA DE 2017. III.2. ANÁLISIS DE LAS BARRERAS REGULATORIAS INDIRECTAS EN LAS RESOLUCIONES DE TRANSPARENCIA DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS SOBRE LOS REQUISITOS DE LOCALIZACIÓN DE DATOS EN EL PERIODO 2020-2025. III.2.A. *Resoluciones con barreras*

regulatorias indirectas a la libre circulación de datos no personales. III.2.B. *Resoluciones en las que se no han detectado barreras regulatorias indirectas a la libre circulación de datos no personales.*—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES INICIALES SOBRE LOS REQUISITOS DE LOCALIZACIÓN DE DATOS¹

De conformidad con el Reglamento 2018/1807 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea², los Estados miembros deben permitir la utilización, recogida, almacenamiento, transferencia o gestión de datos no personales, así como utilizar centros de tratamiento de datos o servicios en la nube. Los datos no personales comprenden aquellos que no guardan relación con una persona física identificada o identificable, los que se han anonimizado, así como los conjuntos de datos personales y no personales mixtos e indisolubles. Por lo que respecta a los *Data Localisation Requirements* o requisitos de localización de datos, cuya regulación corresponde a los Estados miembros de la Unión Europea, supone que se pueda restringir la libre circulación de determinados datos no personales por motivos de seguridad pública. En el art. 7 del Reglamento 2018/1807, se impone la obligación legal de establecer un “punto de contacto único”, mediante un sitio web oficial que contenga la información sobre los requisitos de localización de datos –cuyas resoluciones anonimizadas deben publicarse–, una dirección postal y un correo electrónico de contacto; en España, ello se encuentra en el Portal de la Agencia Española de Protección de Datos, en adelante, AEPD.

Sobre estas bases, el objeto del presente trabajo consiste en analizar las barreras regulatorias en la aplicación de la legislación española sobre los requisitos de localización de datos a las obligaciones legales derivadas de la normativa europea en materia de libre circulación de datos no personales, datos abiertos y gobernanza de datos. Para ello, se prestará atención al contenido del informe español para la Comisión Europea –emitido en autoría individual bajo el Estudio “*Supporting the evaluation of the Free Flow of Non-Personal Data Regulation, Open Data Directive and Data Governance Act*”–, en particular, en cuanto a la ausencia de modificaciones en los requisitos de localización de datos tras las barreras regulatorias advertidas por la Comisión Europea en 2017, así como su aplicación mediante las Resoluciones de Transparencia en el periodo 2020-2025³ (AEPD, 2025). A estos efectos, los siguientes apartados se dedicarán al análisis del régimen jurídico de los requisitos de localización de datos en España y al exa-

men de las barreras regulatorias directas e indirectas detectadas en su aplicación, formulando diversas conclusiones para su mejora al final del trabajo.

II. LOS REQUISITOS DE LOCALIZACIÓN DE DATOS EN ESPAÑA A LA LUZ DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO EUROPEO

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno⁴ dispone el derecho de acceso a la información pública en su art. 12, así como regula su ejercicio y los requisitos de localización de datos. En el art. 13, define la información pública como los contenidos o documentos, con independencia de su formato, que estén a disposición de los sujetos previstos en el art. 2, y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones. De conformidad con el art. 22 del Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE⁵ —en adelante RGPD—, el art. 15 de la Ley 19/2013, sobre protección de datos personales, advierte que si la información requerida los contiene, es necesario para autorizar el acceso el consentimiento expreso y por escrito del afectado, puesto que prevalece dicha protección frente al interés público en la divulgación. En este punto, conviene apuntar que, en las decisiones individuales automatizadas sobre datos personales y en la elaboración de perfiles —mediante algoritmos, incluyendo los que utilizan un sistema de inteligencia artificial no determinista—, será necesario o bien el consentimiento del interesado, o un acuerdo entre este y el responsable del tratamiento de datos, o que lo imponga una norma europea o de un Estado miembro *ex* art. 22 RGPD (LIPPI, 2022, 49-68; DE TORRES PEREA, 2025, 279-329; DE BARRÓN ARNICHES, 2024, 149-194). En este sentido, destacada doctrina ha propuesto algunas soluciones *de lege ferenda* (MARTINI, 2020, 114-119): la extensión de la divulgación de las obligaciones en materia de protección de datos mediante la supervisión pública, la auditoría de los algoritmos y el tratamiento de datos personales; la ampliación del deber de información sobre los procedimientos y aplicaciones de *software* que puedan afectar a los derechos de los usuarios *ex* art. 22 RGPD, en atención al derecho de no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado y por la necesaria interpretación restrictiva de las excepciones a esta regla general; y, finalmente, la obligación de proporcionar información adecuada sobre las medidas para garantizar la protección de datos. Sin embargo, el principal obstáculo que presenta el RGPD es que no resulta aplicable a los datos de las personas fallecidas, quedando la ordenación *mortis causa* de sus datos personales sujeta a

la legislación de los Estados miembros (MORALEJO IMBERNÓN, 2020, 241-281; SANTOS MORÓN, 2018, 413-438; PATTI, 2019, 1-11; OTERO CRESPO, 2019, 89-133; ARGELICH COMELLES, 2023, 1135-1170) y siendo solo posible garantizar su control y acceso mediante un modo testamentario.

El ejercicio del derecho de acceso a la información pública se ve sujeto a unos límites o requisitos de localización de datos, dispuestos en el art. 14 de la Ley 19/2013. Estos límites deberán aplicarse de manera “justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección”, así como se atenderá a la concurrencia de un “interés público o privado” que justifique el acceso: ello se concreta, respectivamente, en el test del daño y en la justificación de un interés público o privado en las diversas Resoluciones de Transparencia de la AEPD⁶. En el caso de que la información requerida no contenga datos especialmente protegidos, según el art. 15.3, el acceso se debe conceder previa ponderación razonada y suficiente del interés público en la divulgación de la información, junto con los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada.

Las Resoluciones de Transparencia de la AEPD sobre la aplicación de los requisitos de localización de datos están disponibles en acceso abierto en su Portal (AEPD, 2025), en cumplimiento de la obligación de publicidad del art. 14.3, habiendo sido previamente notificadas y anonimizadas, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 20.3. Los límites al derecho de acceso a la información pública del art. 14 (REBOLLO DELGADO, 2017, 767-801), que no han sido modificados, sustituidos o derogados desde la aprobación de la norma tras las barreras regulatorias advertidas por la Comisión Europea en 2017 –un punto sobre el que se pedía expresamente informar–, se concretan en los siguientes, dispuestos ordenadamente: la seguridad nacional; la defensa; las relaciones exteriores; la seguridad pública; la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios; la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva; las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control; los intereses económicos y comerciales; la política económica y monetaria; el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial; la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión; y, finalmente, la protección del medio ambiente. No obstante los límites al derecho de acceso a la información pública no se han modificado, se recuerda que los Estados Miembros debían derogar cualquier barrera regulatoria directa a la libre circulación de datos no personales en sus respectivas legislaciones antes del 30 de mayo de 2021, habiendo cumplido España con dicha obligación; a pesar de ello, se han detectado barreras regulatorias indirectas en las Resoluciones de Transparencia de la Agencia Española de Protección de Datos, en aplicación del art. 14.

Los apartados cuarto y quinto del art. 15 especifican que ello no aplica en los supuestos en los que el acceso se facilita previa disociación de los datos de carácter personal, en el caso de las resoluciones que están anonimizadas en su publicación, así como en el tratamiento posterior de los datos obtenidos en virtud del derecho de acceso a la información pública. Finalmente, el art. 16 reconoce el derecho de acceso parcial a la información pública en los supuestos en los que los límites del art. 14 no afecten a la totalidad de la información. En estos supuestos, se autoriza el acceso parcial a los datos previa omisión de la información afectada por el límite, salvo cuando la consecuencia sea la facilitación de una información distorsionada o que carezca de sentido, en cuyo caso se indicará al solicitante la parte de la información que ha sido omitida.

En los siguientes subapartados, se examinará brevemente el contenido del primer Estudio para la Comisión Europea en materia de requisitos de localización de datos –centrando la atención en las observaciones respecto de España–, así como la regulación europea sobre datos analizada en los informes nacionales y el régimen jurídico del ejercicio del derecho de acceso a la información pública en España.

II.1. EL PRIMER ESTUDIO PARA LA COMISIÓN EUROPEA SOBRE LAS RESTRICCIONES A LA LOCALIZACIÓN DE DATOS DE 2017: “*CROSS-BORDER DATA FLOW IN THE DIGITAL SINGLE MARKET: STUDY ON DATA LOCATION RESTRICTIONS*”

El primer Estudio para la Comisión Europea sobre los requisitos de localización de datos se encuentra disponible en acceso abierto, bajo el título “*Cross-border data flow in the digital single market: study on data location restrictions*” (EUROPEAN COMMISSION, 2017). En cuanto a la evaluación sobre España en el Estudio, es necesario centrarse en las observaciones específicas que formula nuestro sector financiero, puesto que los únicos datos obrantes sobre nuestro Estado son los proporcionados por Eurostat. Por lo que respecta al sector financiero, se realizaron entrevistas a entidades financieras, así como a representantes de reguladores financieros a nivel europeo, mundial y nacional. En el informe, se subdividen los grupos de interés anonimizados entre: por una parte, las empresas que operan en el sector financiero y que encuentran obstáculos a la libre circulación de datos, como una entidad financiera española con presencia mundial y una federación bancaria europea; y, por otra parte, un regulador financiero nacional que toma decisiones sobre la libre circulación de datos a escala nacional.

Por lo que respecta al grupo de interés de las entidades financieras, en las entrevistas ponen de relieve los impedimentos que experimentan respecto del

uso de servicios en la nube, que habitualmente se externalizan. La institución financiera española entrevistada —que está anonimizada— expresó diversas observaciones de carácter negativo⁷. Por una parte, indicó que la regulación española limita la libre circulación de datos en la Unión Europea, y que ello se ve agravado por la falta de armonización de las normas entre los diversos Estados miembros. En este sentido, las entidades financieras españolas, a diferencia de otras entidades como las denominadas *Fintech* —que utilizan la innovación y el desarrollo tecnológico para el diseño, oferta y prestación de productos y servicios financieros—, deben notificar al Banco de España como autoridad nacional de supervisión financiera y bancaria la externalización de un servicio, incluyendo un servicio en la nube. La entidad financiera española advirtió que, en la práctica, el procedimiento para dicha autorización puede aumentar significativamente el tiempo de comercialización del servicio financiero y que, en consecuencia, agilizar dicho procedimiento y disponer de una armonización normativa en todos los Estados miembros es fundamental para que los bancos españoles sean competitivos en el mercado único digital. Por otra parte, esta entidad financiera manifestó que en España existen otros impedimentos, además de las barreras regulatorias, relativos a la falta de una cultura digital en la nube o la ausencia de una cultura basada en los datos, y que ello ocasiona incertidumbre en la utilización de nuevas tecnologías como los servicios de computación en la nube o *cloud computing*. Finalmente, la entidad financiera española declaró que utiliza la computación en la nube para actividades no esenciales del negocio bancario, como *Google Apps* y herramientas de colaboración para los empleados. No obstante, la entidad financiera española manifestó que le gustaría desarrollar el uso de la computación en la nube para el negocio principal en un futuro próximo, respecto de los datos financieros y los datos de los clientes.

El resto de las entidades financieras del primer grupo de interés entrevistadas indicaron que desarrollan el uso de la computación en la nube para almacenar y transferir datos —como los datos financieros y los datos de los clientes—, así como realizan estrategias para favorecer el proceso de externalización de determinados servicios de una manera más ágil y menos gravosa, con la finalidad de ser competitivos en el mercado único digital. Las entidades financieras entrevistadas recurren cada vez más al análisis de datos para desarrollar productos para sus clientes, pero se encuentran limitadas por los requisitos de localización de datos, según expresaron. Además, manifestaron que las diferencias entre estos requisitos nacionales de localización de datos y las normas sobre transferencia de datos y computación en la nube de Estados Unidos y la Unión Europea impactan directamente en la competitividad de las entidades financieras de la Unión, por la laxitud de la regulación estadounidense. A estos efectos, indicaron expresamente como ejemplo la transferencia de datos fuera

de la Unión Europea (GEIGER, 2003, 747-757). Complementariamente a lo indicado en el Estudio, es necesario apuntar que el marco normativo europeo para esta cuestión se encuentra dispuesto en diversos preceptos del RGPD, a saber: el art. 28 establece requisitos para los proveedores de servicios en la nube cuando actúan en nombre del responsable del tratamiento de datos; el art. 45 determina los caracteres de la transferencia de datos personales a terceros Estados; y el art. 49 impone requisitos para las transferencias de datos a terceros Estados, previa información de los riesgos, requiriendo el consentimiento expreso del titular. Finalmente, la STJUE de 4 de octubre de 2024 incide en que debe limitarse el uso de datos personales para la publicidad en línea⁸, así como debe restringirse el uso de datos personales disponibles públicamente a los fines previstos para su publicación.

El segundo grupo de interés, relativo a los reguladores financieros, declaró que su actividad de supervisión puede tener un impacto en el desarrollo de servicios en la nube. En este sentido, indicaron que, si se realiza una supervisión prudencial, la atención se focaliza en la posición de solvencia, la liquidez y los riesgos operativos, por lo que aumenta el margen de autonomía de las entidades financieras nacionales, en contraposición con la supervisión basada en normas. En el mismo sentido, un regulador nacional que se rija por el principio de supervisión prudencial se preocupa de que las entidades financieras realicen un análisis de riesgos adecuado, así como que garanticen el derecho de auditoría en la subcontratación o en los contratos de externalización de servicios. El regulador nacional al que se entrevistó manifestó que se recibían muchas consultas acerca del requisito de presentar un análisis de riesgo en la externalización de servicios en la nube, porque se trata de un requisito de difícil cumplimiento, para cuya solución se creó un modelo de análisis de riesgos. El mismo regulador señaló que la mayoría de los proveedores de servicios en la nube no indican en sus contratos los requisitos legales y reglamentarios aplicables, en concreto, las condiciones generales de la contratación que los proveedores de servicios pueden incluir para restringir la actividad de supervisión pública.

II.2. LA REGULACIÓN EUROPEA SOBRE DATOS DE LOS INFORMES NACIONALES PARA LA COMISIÓN EUROPEA: EL REGLAMENTO 2018/1807, SOBRE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE DATOS NO PERSONALES, LA DIRECTIVA 2019/1024, SOBRE LOS DATOS ABIERTOS, Y EL REGLAMENTO 2022/868, SOBRE LA GOBERNANZA DE DATOS

En este apartado, se examinarán brevemente las normas sobre las que se evalúan los requisitos de localización de datos en los informes nacionales para la Comisión Europea: el Reglamento 2018/1807 del Parlamento Europeo y del

Consejo, de 14 de noviembre de 2018, relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea; la Directiva 2019/1024 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público⁹; y el Reglamento 2022/868 del Parlamento y del Consejo, de 30 de mayo de 2022, relativo a la gobernanza europea de datos y por el que se modifica el Reglamento 2018/1724¹⁰, conocido como *Data Governance Act*, en adelante, DGA.

Por lo que se refiere al Reglamento sobre la libre circulación de datos no personales —previamente apuntado por la vinculación con los requisitos de localización de datos en las legislaciones nacionales¹¹—, tiene como finalidad eliminar los obstáculos a su transmisión entre los Estados miembros de la Unión Europea y los sistemas informáticos en su seno. Por ello, las disposiciones del Reglamento garantizan el almacenamiento y el procesamiento transfronterizo de datos, la disponibilidad de datos para su control por la Administración, incluyendo su almacenamiento y procesamiento en la nube, así como la facilitación del cambio de proveedores de servicios en la nube para usuarios profesionales y la garantía de la seguridad respecto de su almacenamiento y procesamiento.

Por lo que respecta a la Directiva sobre los datos abiertos, pretende fomentar la reutilización de la información del sector público mediante un mercado europeo de datos regulado, con especial atención a la transparencia y competencia. La armonización normativa en virtud de esta Directiva estimula la publicación de datos dinámicos y la creación de interfaces gráficas adecuadas, limita las excepciones que permiten a los organismos públicos cobrar más que los costes marginales de difusión en materia de reutilización de sus datos, a la vez que amplía el ámbito de aplicación de la Directiva. En este sentido, los datos de las empresas públicas tienen que poder reutilizarse, y los datos de investigación resultantes de la financiación pública deben facilitarse en acceso abierto. Finalmente, los datos de alto valor o aquellos que poseen beneficios para la sociedad o la economía disponen de un régimen jurídico diferenciado, que garantiza su disponibilidad gratuita, se proporcionan mediante interfaces adecuadas y se permite su descarga masiva.

El Reglamento sobre la gobernanza de datos regula el intercambio de datos B2B, B2C y B2G y es también objeto de los informes nacionales para la Comisión Europea. Este Reglamento, junto con el Reglamento 2023/2854 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización, y por el que se modifican el Reglamento 2017/2394 y la Directiva 2020/1828¹², conocido como *Data Act* y que no es objeto del informe, suponen el *legal transplant* del instrumento de *soft law* “*ALI-ELI Principles for a Data Economy – data transactions and data rights*” —en adelante, *ALI-ELI Principles*— elaborado por el *American Law Institute* y

el *European Law Institute* sobre la transmisión, uso y derechos sobre los datos (ARGELICH COMELLES, 2024, 1-23). La *Data Governance Act* permite crear los procesos y estructuras necesarias para el intercambio de datos (CASTRO CARRANZA, 2022, 1-15; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2021, 1-18; FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, 2022, 1-10; CASTRO CARRANZA, 2022, 1-15), siendo el intercambio B2G la novedad de este Reglamento con respecto al RGPD. La parte II de los *ALI-ELI Principles*, relativa a los *data contracts*, dispone el contenido de las cláusulas contractuales sobre el suministro e intercambio de datos, cuya correspondencia se encuentra en los arts. 10-22 DGA (CAROVANO, 2023, 1-18). Estas cláusulas se aplican también a otros intercambios de datos como los *data pooling arrangement* o la puesta en común de datos, el intercambio o uso compartido (PALOMAR OLMEDA, 2017, 435-488), lo que se corresponde con el *data monitoring*, así como los servicios de intermediación de datos regulados en el art. 12 DGA (SPIECKER, 2022, 132-145; CÁMARA LAPUENTE, 2020, 141-175; CAROVANO, 2023, 1-18).

Una vez presentada brevemente la *Data Governance Act*, conviene centrarse en aquellas disposiciones que inciden en los requisitos de localización de datos en España y su adecuación al ordenamiento jurídico europeo. El art. 5 DGA establece diversas condiciones para la reutilización de los datos por parte de organismos del sector público (RUOHONEN, 2023, 1-9), lo que tiene incidencia en las resoluciones a las que se debe dar publicidad, como las Resoluciones de Transparencia de la AEPD: la anonimización de los datos; la modificación y el agregado de su tratamiento cuando tengan carácter confidencial; la reutilización a distancia, facilitada y controlada por el organismo público; así como que el acceso y reutilización de los datos se sujete a unas normas de seguridad estrictas. Complementariamente, los organismos del sector público impondrán las condiciones para la integridad del funcionamiento de los sistemas técnicos del entorno de tratamiento seguro, pudiendo adoptar como decisión la prohibición de la reutilización de manera comprensible y transparente en los siguientes casos: por ausencia de observancia de la confidencialidad; por falta de la obtención del consentimiento de los interesados; por infracción de los derechos de propiedad intelectual; o por ausencia de información al organismo público de la transmisión de estos datos a un tercer Estado. Asimismo, la Comisión Europea adoptará actos delegados para los datos que afecten, entre otros, la seguridad y salud públicas (ECHEZARRETA FERRER, 2021, 263-314; GERST, 2023, 204-210), así como los que puedan entrañar el riesgo de la identificación de datos anonimizados. Ello ha sido identificado, junto con su operatividad, los desajustes en materia financiera, de recursos humanos, de riesgos y seguridad, así como en relación con la innovación tecnológica, como los principales riesgos de la gobernanza de datos (MAHANTI, 2021, 53-64).

II.3. RÉGIMEN JURÍDICO DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA: LA LEY 19/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO

Finalmente, procede examinar brevemente las disposiciones sobre el ejercicio del derecho de acceso a la información pública *ex arts.* 17-24 de la Ley 19/2013. Respecto de la solicitud de acceso a la información, el art. 17 indica que debe dirigirse al titular del órgano administrativo que posea la información, y regula su presentación. En el art. 18, se disponen las causas de inadmisión y, en el art. 19, la tramitación de dicha solicitud y su eventual subsanación. Respecto del análisis de las Resoluciones de Transparencia de la AEPD¹³, procede detenerse en el art. 20, relativo a la resolución por la que se conceda o deniegue el derecho de acceso a la información pública. Dicha resolución debe notificarse al solicitante y a los terceros afectados en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud, ampliable por un mes más en atención al volumen o la complejidad de la información. Las resoluciones que denieguen el acceso a la información pública, las que concedan el acceso parcial o mediante una modalidad distinta a la solicitada, así como las que permitan el acceso con oposición de un tercero deben estar motivadas. En el caso de que la mera indicación de la existencia o inexistencia de la información suponga la vulneración de los límites del derecho de acceso, deberá advertirse en la resolución.

Una vez transcurrido el plazo máximo para resolver el expediente administrativo, el silencio administrativo se considerará negativo. Las resoluciones en esta materia son susceptibles de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa, *ex art.* 23, sin perjuicio de la reclamación potestativa en vía administrativa contemplada en el art. 24. Se considerará una infracción grave el incumplimiento reiterado de la obligación de resolver en plazo. El art. 22 establece que el acceso a la información se realizará preferentemente por vía electrónica, salvo cuando no sea posible o el solicitante indique expresamente otro medio. Como se analizará, la necesidad de almacenamiento local es una de las barreras regulatorias detectadas por la Comisión Europea, por la falta de acceso electrónico y las dificultades para los proveedores extranjeros, que a su vez se encuentra en algunas de las Resoluciones de Transparencia de la AEPD¹⁴. En el caso de que no pueda proporcionarse el acceso en el momento de notificar la resolución, se tendrá que efectuar en un plazo no superior a diez días.

III. LAS BARRERAS REGULATORIAS A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE DATOS NO PERSONALES Y LA APLICACIÓN DE LOS REQUISITOS DE LOCALIZACIÓN DE DATOS EN ESPAÑA

A los efectos de realizar una adecuada evaluación de la conformidad de los requisitos españoles de localización de datos, regulados en la Ley 19/2013, con

el Reglamento 2018/1807, la Directiva 2019/1024 y el Reglamento 2022/868, es necesario examinar primeramente las barreras regulatorias directas e indirectas a la libre circulación de datos no personales detectadas por la Comisión Europea, para posteriormente identificarlas en las Resoluciones de Transparencia de la AEPD¹⁵.

III.1. LAS BARRERAS REGULATORIAS DIRECTAS E INDIRECTAS A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE DATOS NO PERSONALES DETECTADAS EN EL PRIMER ESTUDIO PARA LA COMISIÓN EUROPEA DE 2017

Por lo que respecta a las barreras regulatorias directas e indirectas a la libre circulación de datos no personales, se encuentran diversas claves en el primer estudio para la Comisión Europea *“Cross-border data flow in the digital single market: study on data location restrictions”* (EUROPEAN COMMISSION, 2017). La primera y la más relevante es que en las barreras regulatorias directas e indirectas, contenidas en las tablas comparativas donde constan los Estados donde se han detectado, España no figura porque no ha sido analizada. La única aportación específica sobre España en el Estudio es la entrevista a la entidad financiera referida anteriormente¹⁶, junto con los datos estadísticos de Eurostat sobre cada Estado miembro. Con base en las barreras regulatorias advertidas por la Comisión Europea, se realizará su identificación en las Resoluciones de Transparencia de la AEPD del periodo 2020-2025¹⁷. En este sentido, una barrera será directa cuando una norma nacional establezca explícitamente el lugar de almacenamiento o transferencia de los datos, así como cuando imponga que solamente es posible cumplir con dicha obligación cuando los datos estén en una ubicación específica. Se apunta aquí que los Estados Miembros debían derogar las barreras regulatorias directas en sus respectivas legislaciones antes del 30 de mayo de 2021, y se adelanta que no han sido detectadas en la legislación española. Las barreras serán indirectas cuando la legislación contenga requisitos que, una vez aplicados, restrinjan la ubicación o la circulación de los datos, como por ejemplo que deban estar permanentemente accesibles para un supervisor nacional, que tengan que ser eliminados sin posibilidad de recuperarlos, o que el acceso sea exclusivo para su titular.

Las barreras regulatorias a la libre circulación de datos no personales se concretan en las siguientes manifestaciones abstraídas por la Comisión Europea conforme a la casuística de las legislaciones nacionales. Por ello, su tratamiento en este apartado se dividirá entre las que han sido detectadas en las Resoluciones de Transparencia de la AEPD, y las que, en sentido contrario, no se han identificado. De conformidad con estas barreras regulatorias directas e indirectas, se analizarán las Resoluciones de Transparencia del periodo 2020-2025 en el siguiente subapartado. Por lo que respecta a las barreras regulatorias identificadas en las Resoluciones de Transparencia, se encuentran la prohibición del acceso o la divulgación a terceros de los datos no personales en aras de la confidencialidad cuando no existe una investigación en curso,

así como el almacenamiento pasivo externo al titular de los datos cuando no existe una investigación en curso; en ambos supuestos la información a la que se ha accedido no requiere ningún tratamiento posterior por parte del proveedor de servicios de almacenamiento. Cabe indicar que una barrera regulatoria que se ha solucionado en las diversas Resoluciones de Transparencia es aquella relativa a que los mecanismos de control y las auditorías de los supervisores nacionales no pueden obstaculizarse, porque ello dificulta la tarea de las autoridades, siendo el fundamento de la denegación de acceso a la información en diversos supuestos.

En cuanto a las barreras regulatorias que no se han detectado en las Resoluciones de Transparencia, se encuentran las siguientes, cuya correlación se refiere separadamente.

- Los requisitos técnicos nacionales de almacenamiento o intercambio de datos, por los obstáculos que pueden suponer para los proveedores extranjeros.
- La autorización nacional de los proveedores de servicios de almacenamiento de datos, por las dificultades de acceso para otros proveedores.
- La obligación de disponer de registros de datos con almacenamiento local, que no se encuentren en la nube, por suponer una restricción en el acceso.
- El requisito de mantener una copia local de la documentación con restricciones de acceso específicas, que pueda suponer la necesidad de un almacenamiento pasivo externo.
- El requisito de comunicar datos electrónicos a una autoridad pública, porque puede perjudicar la interoperabilidad transfronteriza.
- La aplicación de esquemas específicos de gestión de riesgos a los subcontratistas que, por su determinación por los Estados miembros, sean difíciles de conocer para los proveedores extranjeros.
- El hecho de que los subcontratistas deban estar oficialmente autorizados como proveedores de servicios, por las dificultades de su autorización cuando presten sus servicios en diversos Estados.
- La existencia de una supervisión comparable en el Estado del establecimiento del proveedor del servicio, lo que supone que el proveedor solo puede operar desde Estados donde exista dicha supervisión.
- La negociación caso por caso con el regulador previa a la circulación transfronteriza de datos hacia proveedores desconocidos, lo que dificulta la prestación del servicio por proveedores extranjeros.
- La imposición de una ley aplicable favorable al Estado del regulador público, que conlleva que los proveedores deban cumplir con los requisitos de diversas jurisdicciones para poder operar.
- La designación de una entidad específica que gestione una base de datos oficial, porque el almacenamiento o la transferencia de datos solo puede prestarse en exclusiva.

- El hecho de que el acceso o la utilización de los datos deba estar autorizada por una norma o autoridad competente, lo que supone un requisito de difícil cumplimiento para los proveedores de servicios en el extranjero.
- La obligación de que los datos se destruyan en determinadas circunstancias, una previsión que es ineficaz sin almacenamiento local.
- La gestión o actualización conjunta de los datos, porque dificulta su gestión por un tercero.
- La imposición de obligaciones de confidencialidad a quien tenga acceso a los datos, por suponer una prohibición de almacenamiento pasivo externo, en atención a la ausencia de tratamiento de los datos posterior.
- El establecimiento de una protección contra confiscaciones de información, porque dificulta su cumplimiento por un proveedor de servicios externo.
- La obligación de que los destinatarios de los datos conserven ciertos certificados, por la prohibición implícita de almacenamiento pasivo que supone.
- La prohibición de transferencias de datos sin intervención humana, por las dificultades que plantea su cumplimiento por proveedores extranjeros, ya sea por su disponibilidad o por los requisitos lingüísticos.
- Los controles que limitan el *hardware* o el *software* de procesamiento de datos, por las dificultades que conlleva para los proveedores extranjeros.
- Los requisitos en el uso del cifrado de datos, que dificulten la prestación del servicio por proveedores extranjeros.
- Los requisitos de segregación de datos, por los problemas que plantea para los proveedores extranjeros.
- La recuperabilidad de la información por las autoridades supervisoras durante un tiempo determinado, por los impedimentos que supone para un almacenamiento descentralizado.
- La instalación del almacenamiento de datos dentro de las fronteras nacionales, o fuera de las mismas con autorización de la autoridad supervisora, por los límites geográficos que supone.
- El hecho de que el formato y método de la entrega de datos deba especificarse por la autoridad nacional durante las verificaciones, por las dificultades que implica para los proveedores extranjeros.

III.2. ANÁLISIS DE LAS BARRERAS REGULATORIAS INDIRECTAS EN LAS RESOLUCIONES DE TRANSPARENCIA DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS SOBRE LOS REQUISITOS DE LOCALIZACIÓN DE DATOS EN EL PERIODO 2020-2025

Las Resoluciones de Transparencia de la AEPD del periodo 2020-2025, analizadas en el informe español para la Comisión Europea bajo el estudio

“Supporting the evaluation of the Free Flow of Non-Personal Data Regulation, Open Data Directive and Data Governance Act”, se encuentran disponibles en acceso abierto en su Portal (AEPD, 2025). Con carácter previo a su examen, conviene apuntar algunas cuestiones. En primer lugar, los límites del derecho de acceso a la información pública o los requisitos de localización de datos —previstos en el art. 14 de la Ley 19/2013— que no se han aplicado corresponden a: la seguridad nacional, la defensa, la seguridad pública, la política económica y monetaria, y la protección del medio ambiente. En segundo lugar, con respecto a la protección de datos personales *ex art.* 15.3 de la Ley 19/2013, las causas de ponderación que obran en las Resoluciones de Transparencia son expresamente las siguientes: la justificación por los solicitantes del acceso de fines históricos, científicos o estadísticos; el menor perjuicio de los derechos de los afectados cuando los documentos contuviesen únicamente datos de carácter meramente identificativo; y la mayor garantía de los derechos de los afectados en los supuestos de afectación a la intimidad, la seguridad o cuando se refieran a personas menores de edad. Diversas de las Resoluciones de Transparencia conceden el acceso parcial a la información por los motivos contemplados en el art. 16 de la Ley 19/2013. Como comentario general a todas las Resoluciones de Transparencia, que serán analizadas cronológicamente, en muchas ocasiones se observa una reiteración e identidad literal en los fundamentos jurídicos por los que se aplican los requisitos de localización de datos. Por otra parte, las Resoluciones de Transparencia que figuran duplicadas en el Portal de la AEPD, de 21 de agosto de 2024 y de 10 de noviembre de 2022, provienen respectivamente de sendos asuntos. Finalmente, el acceso o la utilización de los datos no personales autorizado por una norma o autoridad competente, con base en los requisitos de localización de datos, pretende garantizar la seguridad y la confidencialidad, apoyar la rendición de cuentas y la supervisión, mantener el control nacional sobre los recursos esenciales, así como prevenir pérdidas económicas a largo plazo. No obstante, es oportuno ponderar dichos límites del derecho de acceso a la información pública con las barreras regulatorias a la libre circulación de datos no personales, con la finalidad de equilibrar ambos intereses. A continuación, se identificarán las barreras regulatorias indirectas expuestas anteriormente en las Resoluciones de Transparencia¹⁸, así como se sistematizarán en función de si se han detectado.

III.2.A. Resoluciones con barreras regulatorias indirectas a la libre circulación de datos no personales

En la Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 25 de noviembre de 2020¹⁹, se otorga el acceso parcial a la información solicitada con

base en las causas establecidas en el art. 14.1 e), g) y h) de la Ley 19/2013. Los fundamentos jurídicos son los siguientes: respecto del art. 14.1 h), los posibles perjuicios a los intereses económicos y comerciales del autor de la notificación; en cuanto al art. 14.1 e), los posibles perjuicios a la investigación de ilícitos administrativos o penales; y, finalmente, en cuanto al art. 14.1 g), por los posibles perjuicios a las funciones de vigilancia, inspección y control. La Resolución autoriza parcialmente el acceso mediante la remisión electrónica en un documento en formato *Portable Document Format* –en adelante, pdf–, que contenga los ficheros registrados debidamente, habiendo disociado los datos personales. En cuanto al acceso en formato pdf, se ha advertido anteriormente como una barrera regulatoria a la libre circulación de datos no personales, por la necesidad de almacenamiento local externo del documento y por los impedimentos para los proveedores extranjeros. Para evitar la necesidad de almacenamiento local, debe proponerse su acceso o en formato electrónico, como un enlace web, o bien en un documento almacenado en la nube sin restricciones de acceso.

En la Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 28 de junio de 2022²⁰, se deniega el acceso a la información para fines de investigación científica en virtud del art. 14.1 h), j) y k) de la Ley 19/2013; se argumenta que la divulgación de la información a terceros puede afectar los intereses económicos y comerciales, la propiedad intelectual e industrial del afectado, así como ocasionaría un perjuicio a la garantía de confidencialidad con la que esa información fue comunicada a la AEPD. En este caso, se observa como barrera regulatoria que la prohibición de acceso a un tercero, en aras de la confidencialidad, prohíbe a su vez el almacenamiento pasivo externo al titular de los datos, pues la finalidad del acceso a dichos datos es científica y no se observa una obstaculización a las funciones administrativas de control y auditoría que justifique la denegación.

En la Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 10 de abril de 2024²¹, se concede parcialmente el acceso a la información con base en el art. 14.1 e), g) y k) de la Ley 19/2013, constando la tramitación de diversos expedientes conjuntamente por parte de la AEPD respecto del mismo solicitante. Respecto del primer expediente, se deniega el acceso por obrar en poder del solicitante la información requerida. Respecto del segundo expediente, se autoriza el acceso a la información, pero habida cuenta del volumen del citado expediente –que impide su envío en papel–, el acceso se habilita en formato pdf, debidamente anonimizado, almacenado en una memoria *Universal Serial Bus* –en adelante, USB–, y remitido por correo postal junto con la Resolución. Respecto de este acceso a la información, cabe señalar como barrera regulatoria la necesidad de almacenamiento local en un USB del documento en formato pdf, así como las dificultades que entrañaría para los proveedores extranjeros, por lo que debería proponerse su acceso o bien en formato electrónico o en un do-

cumento almacenado en la nube sin restricciones de acceso. En cuanto al tercer expediente, se habilita el acceso a una copia de la información en papel, con los datos personales anonimizados, lo que también supone una barrera regulatoria relativa a la necesidad de almacenamiento externo. Por lo que respecta al cuarto expediente, nuevamente se habilita el acceso a una copia del expediente en papel, debidamente anonimizada, lo que implica la misma barrera regulatoria de almacenamiento externo indicada. En cuanto al quinto expediente, su difusión supondría un perjuicio para la actividad de investigación y sanción penal, por lo que se concede el acceso parcial a la información con base en las causas contenidas en el art. 14.1 e), g) y k) de la Ley 19/2013. En este último expediente de autorización parcial, no se observan barreras regulatorias, en atención a que las funciones administrativas de control y auditoría no se pueden obstaculizar.

En la Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 30 de octubre de 2024²², se concede parcialmente el acceso a la información en virtud del art. 14.1 k) y j) de la Ley 19/2013, respecto de la obtención de la copia completa de un expediente de la Subdirección General de Inspección de Datos de la AEPD. En la Resolución, se concede el acceso parcial a la información relativa al expediente, previa disociación de los datos personales y en formato pdf, pero se deniega el acceso al informe de auditoría de ciberseguridad porque su divulgación podría conllevar un riesgo. Por lo que respecta al acceso parcial a la información, se detecta la barrera regulatoria relativa a la necesidad de almacenamiento pasivo externo, por lo que se tendría que haber proporcionado o bien en formato electrónico o en la nube sin restricciones de acceso. Por lo que respecta a la denegación de acceso al informe de auditoría, resulta correcta en aras de la observancia de la barrera regulatoria relativa a la ausencia de obstaculización a la Administración en sus funciones de control y auditoría.

III.2.B. Resoluciones en las que se no han detectado barreras regulatorias indirectas a la libre circulación de datos no personales

En la Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 2 de febrero de 2021²³, se concede parcialmente dicho acceso en virtud del art. 14.1 h) de la Ley 19/2013, por tratarse de ofertas técnicas que contienen una información empresarial sensible sobre las estrategias y relaciones comerciales. Por ello, en la Resolución se incluye un Anexo I, accesible desde el Portal de la AEPD, que contiene una tabla que enlaza a la información publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público. Dicha Resolución también concede parcialmente el acceso, previa disociación de los datos personales, a la información no publicada en la referida Plataforma sobre los contratos de difusión y los contratos

de formación, en sus Anexos II y III, accesibles desde el Portal de la AEPD. No se observan barreras regulatorias en esta Resolución, en atención a la facilitación en acceso abierto de toda la documentación.

En la Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 19 de mayo de 2021²⁴, se deniega el acceso con base en las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control, previstas en el art. 14.1 g) de la Ley 19/2013, porque las actuaciones inspectoras de la AEPD estaban en curso y cualquier divulgación de información las podía perjudicar. Tampoco se observan barreras regulatorias en este supuesto, en aras de la preservación de las funciones de control y auditoría de la Administración.

En la Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 1 de junio de 2021²⁵, se concede parcialmente el acceso a la información en virtud del art. 14.1 e) de la Ley 19/2013, en atención al eventual perjuicio para la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios. En este caso, el tercero afectado informa que con respecto al titular de la empresa solicitante existe un procedimiento en curso en el orden jurisdiccional penal. En esta Resolución, no se observan barreras regulatorias, en aras de las funciones de control y auditoría de la Administración.

En la Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 12 de enero de 2022²⁶, se concede parcialmente el acceso a la información con base en el art. 14.1 e) de la Ley 19/2013. En este supuesto, referido a una infracción administrativa, se autoriza la información en cuanto al número de reclamaciones recibidas, su estado de tramitación y las sanciones impuestas. En esta Resolución, no se observan barreras regulatorias, por la preservación de las funciones administrativas de control y auditoría.

En la Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 21 de enero de 2022²⁷, se deniega el acceso a la información en virtud del art. 14.1 e) y k) de la Ley 19/2013, por afectar a investigaciones en curso de la Subdirección General de Inspección de Datos de la AEPD. Tampoco se observan barreras regulatorias en este supuesto, por la garantía de las funciones administrativas de control y auditoría.

En la Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 26 de enero de 2022²⁸, se deniega el acceso a la información solicitada con base en el art. 14.1 e) y k) de la Ley 19/2013, por estar pendientes investigaciones judiciales en curso sobre la información requerida, y por el perjuicio que podría suponer la revelación de su contenido a terceros. No se detectan barreras regulatorias en este supuesto por las funciones administrativas de control y auditoría, que deben ser preservadas.

En la Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 10 de mayo de 2022²⁹, se concede el acceso a la información sobre los expedientes con-

cluidos que constan en la AEPD, así como las resoluciones relacionadas. Consta en la Resolución el acceso desde el Portal de la AEPD a toda la documentación mediante enlaces web, de manera que no se observan barreras regulatorias. Por otra parte, se deniega el acceso a otra información en virtud del art. 14.1 e) y k) de la Ley 19/2013, por tratarse de expedientes de investigación abiertos, cuya revelación menoscabaría la adecuada toma de decisiones sin injerencias externas. Por la preservación de las funciones administrativas de control y auditoría, no se detectan barreras regulatorias.

En la Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 8 de junio de 2022³⁰, se autoriza el acceso a la información sobre la unidad, dirección o departamento concreto de los organismos a los que la AEPD dirigió un cuestionario, por tratarse todos ellos de instituciones públicas. No obstante, se deniega el acceso a la información sobre el contenido concreto del cuestionario, con base en el art. 14.1 c) de la Ley 19/2013, por corresponder a la AEPD el ejercicio de las funciones relacionadas con la acción exterior del Estado sobre protección de datos. En aras de la preservación de las funciones de control y auditoría, no se observan barreras regulatorias en esta Resolución.

En la Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 18 de julio de 2022³¹, se deniega el derecho de acceso a la información con base en el art. 14.1 f) de la Ley 19/2013, en atención a los perjuicios que pudieran derivarse de la revelación de información a terceros sobre un procedimiento administrativo sancionador de la AEPD del que está pendiente la resolución de un recurso en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. La AEPD entiende que debe prevalecer el respeto a la igualdad de las partes en el proceso y la tutela judicial efectiva. No se observa ninguna barrera regulatoria, puesto que se garantizan las funciones administrativas de control y auditoría.

En la Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 8 de agosto de 2022³², se deniega el derecho de acceso a la información en virtud del art. 14.1 k) y h) de la Ley 19/2013. En este caso, la revelación de información sobre los procedimientos, documentos y detalles relativos a la seguridad de la organización afectada, así como de sus auditorías de seguridad interna a un tercero pueden perjudicar seriamente a la entidad afectada por un procedimiento sancionador de la AEPD. En este supuesto, no se observa ninguna barrera regulatoria, en aras de la garantía de las funciones de control y auditoría de la Administración.

En la Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 10 de noviembre de 2022³³, se concede parcialmente el acceso a la información *ex art.* 14.1 e) y k) de la Ley 19/2013. La primera petición de acceso a la información se centra en las reclamaciones presentadas a una empresa. La entidad, sujeta a las investigaciones de la AEPD, fue informada de la solicitud y no se opuso a

dicho acceso previa disociación de los datos personales. Por ello, en este caso se facilita el acceso a los datos anonimizados, sin que se observe ninguna barrera regulatoria por disponerse en un Anexo en el Portal de la AEPD. En cuanto al siguiente expediente vinculado al mismo caso y que se encuentra en tramitación, se deniega el acceso con base en el art. 14.1 e) y k) de la Ley 19/2013, puesto que la revelación a terceros de documentos en esta fase del procedimiento puede perjudicar la investigación en curso, la confidencialidad, así como se añaden impedimentos técnicos por el gran tamaño de los documentos. No se observan barreras regulatorias en este supuesto, en atención a que las actividades de control y auditoría de la Administración no pueden ser obstaculizadas. Se informa de que, con respecto a los expedientes concluidos, las resoluciones se encuentran publicadas en el Portal de la AEPD y como Anexo a la Resolución. Por lo que respecta al tercer expediente vinculado al mismo caso, se deniega el acceso a la información en virtud del art. 14.1 e) y k) de la Ley 19/2013, porque se solicitan unos datos a la AEPD sin que el solicitante haya ejercido su derecho ante el responsable del tratamiento.

En la Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 28 de noviembre de 2022³⁴, se deniega el derecho de acceso a la información con base en el art. 14.1 h) y j) de la Ley 19/2013, en atención a que el acceso a los informes sobre la conformidad con la normativa de protección de datos de un nuevo proyecto de negocio elaborado por la AEPD supone un considerable perjuicio económico y comercial, así como una pérdida de ventaja competitiva. Asimismo, se argumenta que la solicitud no está motivada, por lo que no se ha justificado un interés legítimo privado superior que pueda desvirtuar la confidencialidad. En cuanto a las barreras regulatorias, no se detectan porque este supuesto entra dentro de las funciones de auditoría de la Administración, que deben preservarse.

En la Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 16 de enero de 2023³⁵, se deniega el derecho de acceso a la información en virtud del art. 14.1 f) de la Ley 19/2013. En cuanto al test del daño, la entidad afectada ha sido sancionada por la AEPD, y ha recurrido la misma ante la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que la revelación de cualquier información a terceros puede perjudicar su derecho de defensa. En cuanto a la ponderación de intereses, el solicitante no ha alegado ningún interés público o privado prevalente que justifique el acceso, por lo que debe prevalecer el respeto a la igualdad de las partes en el proceso y la tutela judicial efectiva. No se identifican barreras regulatorias en atención a las funciones de control y auditoría de la Administración.

En la Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 10 de marzo de 2023³⁶, se deniega el acceso a la información con base en el art. 14.1 f) de la Ley 19/2013. Por una parte, la entidad afectada ha sido sancionada administrativamente por la AEPD, cuya solicitud tiene como finalidad la interposición de

un recurso, por lo que la revelación de información a un tercero puede perjudicar el derecho a la defensa. En cuanto a la ponderación de intereses, la AEPD indica que la solicitante no ha alegado ningún interés público o privado para el acceso a los datos. En este supuesto, tampoco se detectan barreras regulatorias, en aras de la salvaguardia de las funciones de control y auditoría de la Administración.

En la Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 28 de noviembre de 2023³⁷, se deniega el acceso en virtud del art. 14.1 e) y g) de la Ley 19/2013. La solicitud versa sobre un problema de seguridad en materia de datos personales, comunicado a la AEPD, por lo que la difusión de los datos perjudicaría las funciones administrativas de control u otras investigaciones. En este caso, no se observan barreras regulatorias, por la garantía de las funciones administrativas de control y auditoría.

En la Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 20 de diciembre de 2023³⁸, se deniega el acceso con base en el art. 14.1 k) de la Ley 19/2013. En este sentido, el acceso público al análisis de riesgos y a la evaluación de impacto del Sistema Interno de Información y Defensa del Informante de la AEPD expone estos sistemas a un riesgo, por la actividad de tratamiento y las medidas de seguridad previstas. En este caso, tampoco se detectan barreras regulatorias, para la garantía de las funciones administrativas de control y auditoría.

En la Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 16 de febrero de 2024³⁹, se ha autorizado parcialmente el acceso en virtud del art. 14.1 k) de la Ley 19/2013. La solicitud versa sobre los datos, procedimientos y referencias obrantes en la AEPD sobre la aplicación de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción⁴⁰. Para dicha protección, los denunciantes y las personas afectadas tienen derecho a la confidencialidad. Por otra parte, el acceso público a la información sobre invocaciones, citas, procedimientos y resoluciones en aplicación de la Ley 2/2023 expone a un riesgo al Canal de Protección del Informante y a los denunciantes. Por ello, en primer lugar, se concede el acceso a la información solicitada referente a la implantación del Canal de Protección del Informante, mediante unos enlaces web en la propia Resolución, por lo que no se observan barreras regulatorias relativas al almacenamiento pasivo externo. En segundo lugar, se limita el acceso a la información relativa a las invocaciones, citas, procedimientos y resoluciones en aplicación de la Ley 2/2023, en virtud del art. 14.1 k) de la Ley 19/2013, por lo que no se detectan barreras regulatorias por la garantía de las funciones administrativas de control y auditoría.

En la Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 10 de junio de 2024⁴¹, se deniega el derecho de acceso en virtud del art. 14.1 h) de la Ley 19/2013, por el que se solicitaba la copia completa de un expediente de

la Subdirección General de Inspección de Datos de la AEPD. En atención a los perjuicios que se podrían causar, y por entender que no existe un interés público o privado superior, se deniega el derecho de acceso. No se detectan barreras regulatorias al respecto, en atención a la actividad de control y auditoría de la Administración.

En la Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 12 de julio de 2024⁴², por la que se solicitaba el acceso a una documentación presentada a la AEPD en virtud de un expediente en trámite, se deniega dicho acceso con base en el art. 14.1 h) de la Ley 19/2013. El expediente contiene información cuya divulgación puede resultar perjudicial y no existe un interés público o privado que justifique su revelación. Tampoco se detectan barreras regulatorias, habida cuenta de la evitación de obstáculos a las actividades de control y auditoría de la Administración.

En la Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 21 de agosto de 2024⁴³, se concede parcialmente el acceso a la copia completa de un expediente de la AEPD sobre el tratamiento de datos personales entre dos empresas por el art. 14.1 h) de la Ley 19/2013. En atención a los posibles perjuicios derivados del test del daño, por la información que se contiene, se autoriza el acceso a dicho expediente, previa disociación de los datos personales, una vez que haya transcurrido el plazo previsto para interponer un recurso contencioso-administrativo. No obstante, se deniega el acceso a la información del contrato celebrado en estas dos empresas responsables del tratamiento de datos. No se observan barreras regulatorias en este supuesto, en aras de la garantía de la actividad de control y auditoría de la Administración.

En la Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 7 de octubre de 2024⁴⁴, se deniega el acceso a la copia íntegra un expediente sancionador de la AEPD con base en el art. 14.1 e) de la Ley 19/2013. Este asunto se encuentra en fase de instrucción de un procedimiento penal en el momento de solicitar el acceso a la información. No se identifican barreras regulatorias, en atención a la preservación de la actividad de control y auditoría de la Administración.

En la Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 23 de octubre de 2024⁴⁵, se deniega el derecho de acceso a la información en virtud del art. 14.1 f) de la Ley 19/2013, en atención a que la resolución del procedimiento administrativo sancionador de la Subdirección General de Inspección de Datos de la AEPD se ha recurrido ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Se deniega el acceso en atención al test del daño y a que no existe un interés público o privado superior. En este asunto, no se observa ninguna barrera regulatoria, en atención a la preservación de las funciones de control y auditoría de la Administración.

En la Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 23 de octubre de 2024⁴⁶, se concede parcialmente el acceso con base en el art. 14.1 k)

de la Ley 19/2013, en atención a que el solicitante requiere una copia completa de un expediente tramitado por la Subdirección General de Inspección de Datos de la AEPD. La información solicitada tiene carácter confidencial y su divulgación puede suponer un problema de seguridad, por lo que se concede su acceso parcial con la anonimización de los datos de carácter personal. En este supuesto, no se observan barreras regulatorias por las funciones administrativas de control y auditoría.

En la Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 7 de noviembre de 2024⁴⁷, por la que se solicita la copia de un expediente tramitado y resuelto por la Subdirección General de Inspección de Datos de la AEPD, se deniega el acceso con base en el art. 14.1 f) de la Ley 19/2013. Respecto del test del daño, se aprecia un eventual perjuicio porque la resolución se ha recurrido ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, a la vez que no se identifica ningún interés público o privado que legitime la divulgación. En este caso, no se observa ninguna barrera regulatoria, habida cuenta de la salvaguardia de las funciones de control y auditoría de la Administración.

En la Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 29 de noviembre de 2024⁴⁸, se deniega el derecho de acceso en virtud del art. 14.1 f), h) y k) de la Ley 19/2013, por el que se solicita la copia de un expediente sancionador de la Subdirección General de Inspección de Datos de la AEPD. No se supera el test del daño porque la resolución se ha recurrido ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en la que el tercero que solicita los datos está investigado. Asimismo, la AEPD indica que la divulgación de la información contenida en el expediente perjudicaría el derecho a la confidencialidad y los intereses económicos y comerciales. En este supuesto, no se observan barreras regulatorias, en atención a la garantía de la actividad de control y auditoría de la Administración.

En la Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 20 de diciembre de 2024⁴⁹, se autoriza parcialmente el derecho de acceso a la información con base en el art. 14.1 e) y g) de la Ley 19/2013. Sobre este asunto, se deniega el derecho de acceso a la información obrante en la AEPD porque su difusión afectaría a las funciones administrativas de control. No obstante, se facilita el enlace web a las resoluciones sancionadoras en el Portal de la AEPD. En este caso, no se observan barreras regulatorias, en atención a la preservación de las funciones de control y auditoría de la Administración, así como el acceso a las resoluciones sancionadoras se contiene en formato electrónico accesible.

Por último, en la Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 14 de marzo de 2025⁵⁰, se deniega el derecho de acceso en virtud del art. 14.1 e), g) y h) de la Ley 19/2013. Los fundamentos son que la difusión de la información puede perjudicar las funciones administrativas de control encomendadas a la AEPD, a la vez que dicho acceso podría perjudicar los intereses económicos

y comerciales. No se observan barreras regulatorias en este caso, en atención a la salvaguardia de las funciones de control y auditoría de la Administración.

IV. CONCLUSIONES

I. Tras las observaciones contenidas sobre las barreras regulatorias en el primer Estudio para la Comisión Europea “*Cross-border data flow in the digital single market: study on data location restrictions*” (EUROPEAN COMMISSION, 2017), no se ha producido ninguna adaptación normativa en los límites del derecho de acceso a la información pública, o requisitos de localización de datos, contenidos en el art. 14 de la Ley 19/2013. Asimismo, los límites contenidos en los cuatro primeros apartados del art. 14.1 de la Ley 19/2013 no se han aplicado nunca en las Resoluciones de Transparencia obrantes en la AEPD, a saber: la seguridad nacional, la defensa, la seguridad pública, la política económica y monetaria, y la protección del medio ambiente. Las Resoluciones de Transparencia de la AEPD están motivadas, y la denegación o concesión parcial del derecho de acceso guarda una relación directa con los límites al derecho de acceso a la información pública dispuestas en la Ley 19/2013. Como crítica común a todas las Resoluciones de Transparencia, se observa identidad literal en los fundamentos jurídicos de las Resoluciones que convendría adaptar al caso concreto.

II. Una vez examinadas las barreras regulatorias detectadas en las Resoluciones de Transparencia, cabe constatar la identificación —y, en ocasiones, reiteración— de las siguientes barreras regulatorias indirectas, pues las barreras regulatorias directas debían ser derogadas por los Estados Miembros antes del 30 de mayo de 2021: el acceso a la información en papel, en formato pdf, o su almacenamiento en un USB, por requerir un almacenamiento local o almacenamiento pasivo externo y por las dificultades de acceso para los proveedores extranjeros; y la prohibición de acceso a la información pública a un tercero con base en la confidencialidad, cuando su finalidad difiera de la garantía de las funciones de control y auditoría de la Administración, en atención a los perjuicios que supone para los proveedores extranjeros, así como que prohíbe el almacenamiento pasivo externo. Cabe destacar que, en uno de los supuestos de denegación del derecho de acceso a la información pública, su finalidad era científica y no se perjudicaba ninguna función administrativa de control o auditoría que legitimase la denegación. En este sentido, se ha subvenido correctamente en diversas Resoluciones la barrera regulatoria consistente en que las funciones de control y auditoría de la Administración no se pueden obstaculizar. Finalmente, se observa una progresiva mejora en la facilitación de la documentación no afectada por los límites del derecho de acceso a la información pública en formato electrónico accesible en el Portal de la AEPD.

V. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS

Resoluciones de Transparencia de la Agencia Española de Protección de Datos⁵¹.

- Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 25 de noviembre de 2020, Ref. 001-048144.
- Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 2 de febrero de 2021, Ref. 001-049977.
- Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 19 de mayo de 2021, Ref. 001-056314.
- Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 1 de junio de 2021, Ref. 001-056662.
- Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 12 de enero de 2022, Ref. 001-062916.
- Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 21 de enero de 2022, Ref. 001-064051.
- Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 26 de enero de 2022, Ref. 001-064296.
- Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 10 de mayo de 2022, Ref. 001-067958.
- Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 8 de junio de 2022, Ref. 001-068925.
- Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 28 de junio de 2022, Ref. 001-068426.
- Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 18 de julio de 2022, Ref. 001-069130.
- Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 8 de agosto de 2022, Ref. 001-069515.
- Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 10 de noviembre de 2022, Ref. 001-071793.
- Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 28 de noviembre de 2022, Ref. 001-072647 y 001-072727.
- Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 16 de enero de 2023, Ref. 001-073247.
- Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 10 de marzo de 2023, Ref. 00001-00076802 y 00001-00076685.
- Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 28 de noviembre de 2023, Ref. 00001-00083538.
- Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 20 de diciembre de 2023, Ref. 00001-00084193.

- Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 16 de febrero de 2024, Ref. 00001-00086732.
- Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 10 de abril de 2024, Ref. 00001-00085828.
- Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 10 de junio de 2024, Ref. 00001-00087344.
- Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 12 de julio de 2024, Ref. 001-091026.
- Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 21 de agosto de 2024, Ref. 001-093139.
- Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 7 de octubre de 2024, Ref. 00001-00094728.
- Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 23 de octubre de 2024, Ref. 00001-00096610.
- Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 23 de octubre de 2024, Ref. 00001-00095175.
- Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 30 de octubre de 2024, Ref. 00001-00094816.
- Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 7 de noviembre de 2024, Ref. 00001-00095559.
- Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 29 de noviembre de 2024, Ref. 00001-00096494.
- Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 20 de diciembre de 2024, Ref. 00001-00099010.
- Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 14 de marzo de 2025, Ref. 00001-00101343.

Jurisprudencia.

- STJUE de 4 de octubre de 2024, ECLI:EU:C:2024:834.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AEPD. (2025). *Resoluciones de Transparencia de la Agencia Española de Protección de Datos*, [En línea], disponible en <https://www.aepd.es/la-agencia/transparencia/resoluciones-de-transparencia>.
- ARGELICH COMELLES, C. (2023). “Sucesión testamentaria en *blockchain* y herencia de activos digitales en el Metaverso: del Derecho español e italiano al *soft law* del ELI y UNIDROIT”, *Diritto Delle Successioni E Della Famiglia*, 3, pp. 1135-1170.
- ARGELICH COMELLES, C. (2024). “De los *ALI-ELI Principles for a data economy* a la *Data Governance Act* y la *Data Act*: datos, derechos y activos”, *Actualidad Civil*, 11, pp. 1-23.

- DE BARRÓN ARNICHES, P. (2024). “Vulneraciones automatizadas del derecho a la protección de datos personales y mecanismos de tutela”, *Revista de Derecho Civil*, 1, [En línea], disponible en <https://nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/918>, pp. 149-194.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2020). “Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales”. En: E. Arroyo Amayuelas, S. Cámara Lapuente (dirs.), *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Madrid, Marcial Pons, pp. 141-175.
- CAROVANO, G., FINCK, M. (2023). “Regulating data intermediaries: The impact of the Data Governance Act on the EU’s data economy”, *Computer Law and Security Review*, 50, pp. 1-18.
- CASTRO CARRANZA, J. (2022). “El Reglamento *Data Governance Act*: un paso adelante en la Estrategia Europea de Datos”, *Derecho digital e innovación*, 12, pp. 1-15.
- ECHEZARRETA FERRER, M. T. (2021). “Datos personales en materia de salud: interés, inmunización/tratamiento y defensa”. En: E. Rodríguez Pineau, E. Torralba Mendiola (dirs.), *La protección de las transmisiones de datos transfronterizas*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 263-314.
- EUROPEAN COMMISSION. (2017). *Cross-border data flow in the digital single market: study on data location restrictions*, [En línea], disponible en <https://data.europa.eu/doi/10.2759/92602>.
- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, C. (2022). “Estructura y contenido del Reglamento (UE) 2022/868, de 30 de mayo, relativo a la gobernanza europea de datos o Reglamento de Gobernanza de Datos”, *Derecho digital e innovación*, 12, pp. 1-10.
- GERST, C., GEYKEN, S., AHMED, R. (2023). „Die Bereitstellung von Daten aus klinischen Prüfungen“, *Medizinrecht*, 41, pp. 204-210.
- LIPPI, M. E. (2022). “Data rights and control over personal data on digital platforms”. En: E. Bargelli, V. Calderai, (eds.), *A Contract Law for the Age of Digital Platforms?*, Pisa, Pacini, pp. 49-68.
- MAHANTI, R. (2021). *Data Governance and Compliance. Evolving to Our Current High Stakes Environment*, Singapore, Springer, pp. 53-64.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (2021). “Data Governance Act. La construcción de un espacio europeo del dato”, *La Ley privacidad*, 9, pp. 1-18.
- MARTINI, M. (2020). “Regulating Algorithms. How to Demystify the Alchemy of Code”. En: S. Navas, M. Ebers (eds.), *Algorithms and Law*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 114-119.
- MORALEJO IMBERNÓN, N. (2020). “El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXXIII, fasc. I, pp. 241-281.
- OTERO CRESPO, M. (2019). “La sucesión en los «bienes digitales». La respuesta pluri-legislativa española”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, 4, pp. 89-133.
- PALOMAR OLMEDA, A. (2017). “El marco jurídico de los datos personales en el ámbito de la Administración de Justicia: cesiones, usos compartidos, intercambio de datos”. En: S. Oubiña Barbolla, M. A. Catalina Benavente (coords.), I. Colomer Hernández (dir.), *Cesión de datos personales y evidencias entre procesos penales y*

- procedimientos administrativos sancionadores o tributarios*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 435-488.
- PATTI, F. P., BARTOLINI, F. (2019). “Digital Inheritance and *Post Mortem* Data Protection: The Italian Reform”, *Bocconi Legal Studies Research Paper Series*, 3397974, [En línea], disponible en <https://ssrn.com/abstract=3397974>, pp. 1-11.
- REBOLLO DELGADO, L. (2017). “Estudio de los límites en la Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”. En: A. Troncoso Reigada (dir.), *Comentario a la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Madrid, Civitas, pp. 767-801.
- RUOHONEN, J., MICKELSSON, S. (2023). “Reflections on the Data Governance Act”, *Digital Society*, vol. 2, 10, pp. 1-9.
- SANTOS MORÓN, M. J. (2018). “La denominada “herencia digital”: ¿necesidad de regulación? Estudio de Derecho español y comparado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, 1, pp. 413-438.
- SPIECKER, I., DÖHMANN, G. (2022). “AI and Data Protection”. En: L. Dimatteo, M. Cannarsa, C. Poncibò (eds.), *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence: Global Perspectives on Law and Ethics*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 132-145.
- DE TORRES PEREA, J. M. (2025). “La patrimonialización de datos ante la contaminación digital. Una perspectiva civil ante un reto a nuestro sistema”, *Revista de Derecho Civil*, vol. XII, 1, [En línea], disponible en <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/1035>, pp. 279-329.

NOTAS

¹ Autora individual del informe español para la Comisión Europea sobre los requisitos de localización de datos, bajo el Estudio “*Supporting the evaluation of the Free Flow of Non-Personal Data Regulation, Open Data Directive and Data Governance Act*”. Este trabajo es resultado de una estancia de investigación realizada en el *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law* de 1 de marzo a 31 de mayo de 2025 y un *Erasmus+ Teaching Mobility* en la *Universität Hamburg*. Sitio web profesional: <https://sites.google.com/view/cristinaargelich/>.

² DOUE de 28 de noviembre de 2018.

³ Véase *infra* apartado III.2.

⁴ BOE de 10 de diciembre de 2013.

⁵ DOUE de 4 de mayo de 2016.

⁶ Véase *infra* apartado III.2.

⁷ EUROPEAN COMMISSION. (2017). *Cross-border data flow in the digital single market: study on data location restrictions*, [En línea], disponible en <https://data.europa.eu/doi/10.2759/92602>, pp. 74-75: “for example, our interviewee at a Spanish financial institution mentioned that national financial regulations limit the free flow of data across the EU, which is amplified by the fact that these rules differ from one EU Member State to another. In Spain, banks (so no other financial organisations such as Fintechs) have to notify the national Financial Supervisory Authority each time they want to outsource a service (including a cloud service). In practice, this authorisation process can significantly increase time to market. Thus “bringing agility to this procedure and having harmonisation across EU member States is fundamental for banks to be competitive in the Digital Single Market.” In Spain, other non-legal barriers identified are related to a lack of a digital cloud culture or a lack of a data-driven culture, which can be translated in uncertainty in using new technologies such as cloud computing services. Our interviewee in Spain declared “at the moment we use cloud computing for non-core business activities such as google apps and collaborative tools for employees; however, the bank would like to develop the use of cloud computing also to the core business (e.g. financial data, client data) in the near future”.

⁸ ECLI:EU:C:2024:834.

⁹ DOUE de 26 de junio de 2019.

¹⁰ DOUE de 3 de junio de 2022.

¹¹ Véase *supra* apartado I.

¹² DOUE de 22 de diciembre de 2023.

¹³ Véase *infra* apartado III.2.

¹⁴ Véase *infra* apartado III.2.

¹⁵ Véase *infra* apartado III.2.

¹⁶ Véase *supra* apartado II.1.

¹⁷ Véase *infra* apartado III.2.

¹⁸ Véase *supra* apartado III.1.

¹⁹ Ref. 001-048144.

²⁰ Ref. 001-068426.

²¹ Ref. 00001-00085828.

²² Ref. 00001-00094816.

²³ Ref. 001-049977.

²⁴ Ref. 001-056314.

- ²⁵ Ref. 001-056662.
- ²⁶ Ref. 001-062916.
- ²⁷ Ref. 001-064051.
- ²⁸ Ref. 001-064296.
- ²⁹ Ref. 001-067958.
- ³⁰ Ref. 001-068925.
- ³¹ Ref. 001-069130.
- ³² Ref. 001-069515.
- ³³ Ref. 001-071793.
- ³⁴ Ref. 001-072647 y 001-072727.
- ³⁵ Ref. 001-073247.
- ³⁶ Ref. 00001-00076802 y 00001-00076685.
- ³⁷ Ref. 00001-00083538.
- ³⁸ Ref. 00001-00084193.
- ³⁹ Ref. 00001-00086732.
- ⁴⁰ BOE de 21 de enero de 2023.
- ⁴¹ Ref. 00001-00087344.
- ⁴² Ref. 001-091026.
- ⁴³ Ref. 001-093139.
- ⁴⁴ Ref. 00001-00094728.
- ⁴⁵ Ref. 00001-00096610.
- ⁴⁶ Ref. 00001-00095175.
- ⁴⁷ Ref. 00001-00095559.
- ⁴⁸ Ref. 00001-00096494.
- ⁴⁹ Ref. 00001-00099010.
- ⁵⁰ Ref. 00001-00101343.

⁵¹ AEPD. (2025). *Resoluciones de Transparencia de la Agencia Española de Protección de Datos*, [En línea], disponible en <https://www.aepd.es/la-agencia/transparencia/resoluciones-de-transparencia>.

El derecho civil desde la perspectiva del análisis económico del derecho (AED)

Civil law from the perspective of economic analysis of law (AED)

por

RAFAEL BERNAD MAINAR

Investigador Principal del Grupo de Investigación ECONOMIUS-J

Director del Grado en Derecho

Universidad San Jorge (USJ)

RESUMEN: El análisis económico del derecho (AED) ha penetrado en todas las ramas jurídicas, incluida la rama del derecho civil, exponente por antonomasia del área del derecho privado, centrada principalmente en el criterio de la maximización de la riqueza, y no tanto en su redistribución, una circunstancia que genera desequilibrios en la sociedad y fallas en el mercado, lo que nos sugiere una reconsideración de todas las instituciones jurídicas que integran la “infraestructura del mercado” a los fines de presentar un estudio desde una perspectiva económica.

De ahí la visión del derecho civil que aquí se propone desde el AED a través de sus distintos apartados (derechos reales, obligaciones y contratos, derecho de daños, derecho de familia y derecho de sucesiones).

ABSTRACT: *Economic analysis of law (EDA) has penetrated all branches of law, including the civil law branch, which is the quintessential exponent of the private law area and focuses mainly on the maximisation of wealth rather than its redistribution; a circumstance that generates imbalances in society and market failures, which suggests a reconsideration of all the legal institutions that make up the “market infrastructure” for the purpose of presenting a study from an economic perspective.*

Hence the vision of civil law that is proposed here from the AED through its various sections (real rights, obligations and contracts, damages law, family law and inheritance law).

PALABRAS CLAVE: análisis económico del derecho, derecho civil, derechos reales, obligaciones y contratos, derecho de daños, derecho de familia y derecho de sucesiones.

KEY WORDS: *economic analysis of law; civil law; real rights; obligations and contracts; tort law; family law; inheritance law.*

SUMARIO: I. UNA INTRODUCCIÓN SOBRE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.—II. UNA VISIÓN DEL DERECHO CIVIL DESDE LA PERSPECTIVA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: II.1. DERECHOS REALES. II.2. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. II.3. DERECHO DE DAÑOS. II.4. DERECHO DE FAMILIA. II.5. DERECHO DE SUCESIONES.—III. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. UNA INTRODUCCIÓN SOBRE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

La propuesta según la cual el derecho estudia los hechos económicos resulta ya superada: cualquier intento de conocer, interpretar y valorar los hechos jurídicos precisa de una óptica económica. Bajo estos parámetros surge y se consolida en la década de los 60 y 70 del siglo XX^{1 2}, la concepción denominada análisis económico del derecho (AED), que aplica técnicas y principios económicos al estudio de los problemas jurídicos.

Asistimos a un proceso de universalización y penetración de la economía y del método económico en las numerosas esferas del comportamiento humano: los recursos son escasos y limitados ante la necesidad de maximizar sus resultados. Es evidente la conexión entre la economía, la política y el derecho, así como el papel relevante de la economía y del mercado, hasta el punto de determinar el orden político y al individuo —*homo oeconomicus*— más aún si constatamos que el ordenamiento jurídico puede alentar o no determinados comportamientos humanos.

Una de las premisas fundamentales de las que parte el AED es el individualismo metodológico³, en cuya virtud se da por sentado la racionalidad del comportamiento humano que, en su afán de alcanzar el máximo bienestar con el límite de los recursos escasos, soslaya la cuestión moral en detrimento del carácter instintivo de la justicia⁴. Para su justificación, el AED esgrime el progreso social

alcanzado en los últimos tiempos merced al individualismo egoísta y racional, que actúa como una mano invisible e incorpora dentro de la dinámica del propio mercado sus propias normas morales. En ese sentido, el derecho, en la medida que recompensa o sanciona comportamientos, incide sobre la conducta humana⁵.

El cuestionamiento que nos suscita este argumento es que la experiencia nos ha demostrado que el propio mercado no garantiza por sí solo el respeto y observancia de las normas morales, sino que en ocasiones las arrincona y termina por extirparlas. El individualismo metodológico viene de la mano del individualismo normativo⁶, que el AED defiende a partir de la consideración de los costes de transacción nulos⁷, tesis según la cual en la adquisición de bienes y servicios no solo es importante su precio, sino también los costos que surgen al realizar la transacción (búsqueda de información, negociación, supervisión y ejecución, adaptación).

Ante la necesidad de maximizar una riqueza escasa, el AED destaca también las nociones de elección y jerarquización de preferencias, ligadas con el concepto del coste de oportunidad o alternativo⁸, en cuya virtud para satisfacer un bien o servicio debemos prescindir necesariamente de la satisfacción de otros bienes o servicios.

Tras esta introducción, podemos sintetizar el ideario del AED en los siguientes diez mandamientos:

1. El derecho no puede ser entendido desde una perspectiva exclusivamente jurídica; rebasa este ámbito y se proyecta sobre la sociedad⁹, principalmente desde un enfoque económico, dado que los juristas y economistas, en contra de una opinión extendida¹⁰, no pueden coexistir en dos mundos diferentes, ni utilizar lenguajes estancos.
2. La economía presta sus métodos y teorías al derecho¹¹ para regular los recursos escasos que hay que maximizar y optimizar en el ámbito del mercado¹². Con ello se produce el trasvase del razonamiento económico al jurídico¹³, de tal manera que los problemas jurídicos deben ser planteados como si fueran problemas económicos.
3. El AED cuenta con un carácter marcadamente expansivo¹⁴, por omni-comprensivo, y, además, social, pues los costos de previsión dirigidos a disminuir los riesgos se incardinan dentro del coste total de los bienes y servicios. Distinguimos al respecto¹⁵ los términos económicos coste primario (reducción de costos mediante la prevención general o método de mercado y la prevención específica o método colectivo); coste secundario (costo social); y coste terciario (de administración tendente a reducir el coste primario y secundario).
4. La eficiencia social articula la relación entre el derecho y la economía en la toma de decisiones para asignar y distribuir los recursos limita-

dos¹⁶. Si las normas jurídicas no son eficientes, resultan injustas, por no administrar debidamente los recursos escasos. El efecto expansivo de este razonamiento es tal que diluye la ideología y los fines perseguidos¹⁷, mediatizados en función de los resultados. Bien entendido este argumento nos puede conducir a invocar la racionalidad pragmática de las leyes¹⁸ en el sentido que deben fomentar e implementar conductas ajustadas a lo prescrito legalmente y, por ende, deben ser eficaces.

5. Preponderancia del factor económico como valor y modelo de comportamiento, hasta el punto de reconocer que no hay aspecto de la vida humana que pueda sustraerse al influjo del análisis económico¹⁹. La elección para maximizar resultados debe hacerse racionalmente y el AED se presenta como instrumento racionalizador de las soluciones jurídicas²⁰.
6. El derecho constituye un instrumento de regulación del mercado²¹ y debe garantizar su seguridad y libertad; cumplidos estos objetivos, sobra cualquier tipo de intervencionismo estatal. El AED no solo se presenta bajo una mera concepción metodológica de análisis, sino que en el ámbito de la toma de decisiones propugna y se atribuye como objetivo rectificar los desajustes y distorsiones del mercado.
7. La disyuntiva entre eficiencia y equidad se salda a favor de la primera para el AED²²: en consecuencia, ante una situación determinada, una acción será eficiente cuando incremente los provechos y aminore los costos, en tanto que será equitativa cuando haga disminuir la diferencia de los beneficios distribuidos entre los miembros de la comunidad considerada. En este sentido, el AED es un factor impulsor de la conducta legalmente óptima²³.
8. La redistribución de la renta, como expresión de la equidad, incumbe al sistema tributario, enclavado en el ámbito del derecho público, mientras que la búsqueda de la solución más eficaz en cada caso corresponde al ámbito del derecho privado²⁴.
9. Su defensa del *statu quo* es objeto de crítica, dada la prioridad concedida a maximizar la riqueza en detrimento de su distribución²⁵, a pesar del carácter neutro por antonomasia que reviste la economía²⁶.
10. Amplia proyección²⁷, especialmente en la órbita del derecho privado (contratos, responsabilidad social corporativa, elección pública y economía de la regulación administrativa, derecho de la competencia, derecho concursal, consumidores y usuarios, seguros, derecho de daños), lo cual evidencia su gran utilidad.

II. UNA VISIÓN DEL DERECHO CIVIL DESDE LA PERSPECTIVA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO:

II.1. DERECHOS REALES

La incidencia del AED en lo que a los derechos reales respecta conecta principalmente con las externalidades del derecho de propiedad, que son efectos externos derivados de actuaciones a cargo de terceros autorizadas por el propietario²⁸. Dada su naturaleza, las externalidades son recíprocas²⁹ y exigen la presencia de un sujeto que, como víctima del daño producido, obtenga un beneficio de un efecto externo sobre su propiedad ocasionado por un tercero, agente potencial del daño, que también de algún modo resulta beneficiado.

Podemos encontrar una amplia tipología de ellas³⁰ en función del beneficio o perjuicio que reportan al propietario, según el patrón considerado como probable con arreglo al criterio referencial estándar; su concreción en un tiempo presente o futuro; su existencia bajo unas determinadas circunstancias y en una situación previamente establecida; o, incluso, el número de titulares afectados (uno solo, algunos, un gran número).

Entre las externalidades del derecho de propiedad se incluyen las molestias derivadas de las relaciones de vecindad, la contaminación del medio ambiente con daños a personas y cosas, las conductas peligrosas por un riesgo generado, los comportamientos sanos y salubres o, incluso, la instalación de un parque eólico en una propiedad agrícola³¹, que permite al dueño de la finca seguir cultivándola, si bien con algunas limitaciones.

Todo comportamiento que tiende a maximizar el bienestar social acarrea posibles efectos externos relacionados con el uso de la propiedad: los individuos se involucrarán más que lo recomendaría su interés propio en actuaciones si generan efectos positivos externos y no tanto cuando producen efectos externos negativos. Así, por ejemplo, un potencial agente del daño puede eludir daños a la víctima potencial si adopta las medidas necesarias a tal fin —precauciones³²—, aunque para ello deberá acometer unos gastos que minorarán su utilidad, razón por la cual y según esta argumentación, solo se tomarán tales precauciones si su coste resulta menor que el daño que se estaría evitando, puesto que esta solución maximizaría la suma de las utilidades de las partes implicadas, al minimizar las pérdidas que se podrían generar para las dos partes.

Partiendo del desiderátum de la resolución óptima de las externalidades del derecho de propiedad, concretamente en el tratamiento de la propiedad arrendada, este objetivo solamente sería óptimo cuando el beneficio obtenido como consecuencia de ellas por el arrendatario excediera del daño que pudiera sufrir el propietario en el futuro, así como también cuando beneficien más al propietario en el futuro que perjudiquen al arrendatario durante el arrendamiento.

A continuación, apuntamos las distintas posibilidades de resolución de las externalidades en lo que al derecho de propiedad respecta y sus consecuencias jurídicas:

1. Negociación satisfactoria sin fricciones. El acuerdo sobre las externalidades del derecho de propiedad beneficia mutuamente a las partes implicadas ante la ausencia de costes de transacción —coste de negociación u otros obstáculos—, lo que asegura su eficiencia. Aun así, la negociación sin fricciones no implica en todo caso la maximización del bienestar social, salvo que la riqueza resulte distribuida de un modo socialmente deseable. La práctica nos ilustra al respecto, pues es habitual que las partes negocien para resolver los problemas derivados de las externalidades correspondientes al derecho de propiedad, con mayor probabilidad cuando el número de sujetos implicados no es muy elevado, y suscriban un contrato que aborde las externalidades del derecho de propiedad³³.
2. Ausencia de negociación. Aun habiendo expectativas razonables de obtener unos beneficios mutuos, es posible que no tenga lugar la negociación porque sus costes exceden de los potenciales beneficios esperados³⁴. Las causas para ello son múltiples, a la vez que probables: las dificultades geográficas para sostener la reunión; el número elevado de individuos involucrados que aminora la motivación de las partes (free-riding), si el beneficio es exiguo en términos individuales; la ignorancia de los efectos externos de la actuación; o, incluso, la convicción de un probable fracaso de la negociación, fruto de una información recíproca imperfecta de las partes sobre los costes y beneficios.
3. Negociación frustrada. Existe una negociación con un acuerdo mutuamente beneficioso para las partes, pero, al no estar garantizado, se frustra, porque las partes, a partir de una información asimétrica o imperfecta³⁵ (así, por ejemplo, el coste de adopción de precauciones), realizan cálculos erróneos.
4. Recurso a la legislación. Las normas legales pueden lograr la modificación reputada como deseable en el comportamiento de las partes implicadas. En otras ocasiones, se basa en la viabilidad de la negociación y la probabilidad de alcanzar un acuerdo. Veamos ambos supuestos por separado.
 - 4a) Recurso a la legislación, fracasada la negociación. Son variados los recursos legales para controlar los efectos externos o externalidades, cada uno con una consecuencia jurídica diferente³⁶: la regulación directa, con una norma que restringe actuaciones, en principio autorizadas, a los efectos de resolver óptimamente la externalidad; la asignación de derechos de propiedad por la autoridad administrativa

seguida de su protección, tras solicitud por el titular del derecho perjudicado; e, incluso, los incentivos financieros para reducir las externalidades negativas, sea establecer responsabilidad por el daño causado, un impuesto correctivo, que obliga al agente del daño a pagar al Estado un monto igual al daño, o un subsidio del Estado a quien reduce el daño esperado.

Entre los factores relevantes comparativos de las normas legales para controlar las externalidades, destacamos los siguientes:

- a) Información de la Administración: si la información del Estado es completa por conocer el beneficio y el daño que resultan de una actividad³⁷, está en condiciones de legislar determinando los comportamientos del ciudadano en función de sus intereses comparando costes y beneficios con la magnitud del daño (norma prohibitiva, establecimiento de responsabilidad objetiva o subjetiva, impuesto correctivo, concesión de un subsidio).
- b) Información de las víctimas³⁸, ejecutando normas legales para evitar conductas lesivas, o bien para proteger el derecho de propiedad, así como para hacer aplicables las normas sobre responsabilidad mediante la detección del daño, la acción u omisión causantes del mismo y el nexo causal entre ambos.
- c) Información recabada por los agentes del daño para prever las consecuencias de un comportamiento infractor. Todo parece indicar que cuando existe una regulación permisiva o prohibitiva bastará que los causantes del daño se adhieran y cumplan lo que la norma establece, con la exigencia de un menor grado de información; del mismo modo que cuando rigen las reglas de responsabilidad los agentes del daño deben predecirla y, para ello, precisan conocer su funcionamiento y sus consecuencias, incluido el cálculo de su aplicación.
- d) Costes administrativos soportados por el Estado y las partes para poner en práctica una legislación³⁹, distintos a los costes necesarios para actuar conforme a la norma, que habrá que valorar según cuál sea la solución adoptada con el fin de determinar qué mecanismo resulta superior en cuanto a costes administrativos.
- e) Nivel de actividad realizado⁴⁰. La actividad productora de daños debe relacionarse con el nivel de actividad en cuanto a la toma de precauciones por el agente del daño se refiere. Y es que, dependiendo de las normas de control existentes sobre los efectos externos, los agentes del daño restringirán o no su nivel de actividad: así, por ejemplo, tanto el recurso a la regulación como la

aplicación del sistema de responsabilidad subjetiva se relaciona más con la adopción de precauciones, y no tanto con la modulación del nivel de actividad por el agente del daño; sin embargo, el recurso a los impuestos correctivos y la aplicación del sistema de responsabilidad objetiva resultan más propicios para que el agente del daño modere adecuadamente el nivel de actividad; por lo que se refiere a la práctica del subsidio, inexorablemente se traduce en un incremento excesivo de los niveles de actividad.

- f) Conducta paliativa de las víctimas⁴¹. Cuando la adopción de medidas para reducir el daño es barata y efectiva, las víctimas acuden a este recurso en la medida que el coste de las medidas de precaución es menor que la reducción del daño. A tal fin, el Estado deberá determinar cuál es la solución óptima al problema de la externalidad con el objetivo de establecer el impuesto óptimo, lo que no se podrá lograr sin una información perfecta del eventual daño esperado de la conducta de su agente, en el caso de que la víctima actúe óptimamente mediante algún tipo de conducta paliativa.
- g) Solvencia de la que dispone el agente del daño⁴². Si los agentes del daño no cuentan con solvencia para hacer frente a las posibles sanciones ante comportamientos transgresores importantes según el sistema de responsabilidad vigente, el efecto disuasor para aminorar los daños resultará exiguo.

El pago de un impuesto correctivo podría ser una solución menos grave en caso de insolvencia del agente del daño, en la medida que, por lo general, el impuesto se iguala al monto del daño esperado, que por lo general, suele ser inferior al daño real, a lo que se añade que el impuesto se paga a medida que los causantes del daño lo van ocasionando; en todo caso, si la insolvencia fuera de tal envergadura que pudiera afectar al pago mismo del impuesto, cabría incluso como medida extrema la suspensión de la actividad generadora del daño.

De ahí que, en caso de insolvencia del agente del daño resulta más convincente el recurso a la regulación u otros mecanismos⁴³, si bien su invitación al cumplimiento debería efectuarse a través de sanciones penales y no pecuniarias.

A modo de conclusión, podemos señalar que el contexto y el caso específico resulta determinante en los instrumentos de control de las externalidades relativas al derecho de propiedad: la regulación y el sistema de responsabilidad por daños se erigen en la práctica en los instrumentos más habituales para controlar las externalidades; la vía judicial no es descartable, pero con un ámbito reducido, toda vez que

la víctima, potencial o real, deberá probar la existencia de un daño cierto, relevante y continuado⁴⁴; el subsidio no constituye una práctica habitual, al igual que el impuesto correctivo, si bien el recurso a los derechos negociables —mercado de derechos— se ha ido abriendo camino.

- 4b) Recurso a la legislación cuando hay visos de lograr una negociación. A diferencia de la situación anterior, en este caso también se recurre a la legislación, pero contemplando la posibilidad de llevar a cabo un proceso de negociación, puesto que a priori no representa coste alguno, no obstante pueda presentarse algún coste en pleno proceso negociador, fruto de una información incompleta o imperfecta.

Evidentemente, cuando la negociación se plantee sin fricciones y puntos de controversia, las partes alcanzarán el acuerdo mutuamente beneficioso que optimizará el bienestar social⁴⁵, entendiendo este como la suma de utilidades. Cualquiera que sea la norma aplicable se logrará el resultado socialmente deseable y, por ende, la legislación existente no será relevante en el resultado de la negociación, aunque sí modulará las respectivas utilidades de las partes.

Si la negociación presenta algún tipo de coste, la situación no es totalmente óptima. Aun así, la expectativa de alcanzar un acuerdo beneficioso propiciará la negociación cuando su coste sea escaso, solución que no es la misma cuando los costes son considerables⁴⁶. Así pues, se constata que la elección de la norma de aplicación incide especialmente en el bienestar social⁴⁷, puesto que debe tener en cuenta que la consecución del resultado socialmente óptimo no implique una negociación excesivamente costosa.

De la misma manera que el coste de negociación puede constituir una rémora a la hora de obtener un acuerdo mutuamente beneficioso, lo es también contar con una información incompleta o imperfecta⁴⁸, un aspecto capital que obstaculizará la elección de una norma legal que optimice resultados al margen de la negociación, una dificultad añadida para determinar la norma legal que represente la mejor opción desde una perspectiva social.

II.2. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Distintas han sido las propuestas para explicar y justificar los diversos ingredientes de la teoría general del contrato: la más clásica, basada en el principio de la autonomía de la voluntad; la sostenida sobre la base del negocio jurídico⁴⁹; e, incluso, una visión objetiva sustentada en un formalismo que lo torna obligatorio desde su nacimiento con arreglo al derecho⁵⁰. Todas ellas cuentan con un factor común: su ámbito estrictamente jurídico.

Sin embargo, no debemos olvidar que van surgiendo otras que, superando el marco exclusivamente jurídico, conectan ya con otros ámbitos extrajurídicos, como la sociología o la economía.

Así es, al respecto destaca la que enlaza el derecho de los contratos con el medio social o cultural circundante, en una clara apuesta por contemplar el derecho desde una perspectiva sociológica⁵¹.

Del mismo modo, es interesante la propuesta de la sustentación económica del contrato⁵²: el contrato es un trasunto de la realidad y, más concretamente, de los fenómenos económicos, como lo demuestra el fenómeno de la especialización del derecho privado⁵³ y la consiguiente aparición de nuevas ramas en su seno (derecho de consumidores, derecho de la competencia, derecho de daños, entre otras)⁵⁴, que no hacen sino recoger las nuevas prácticas derivadas de la realidad socioeconómica imperante. Por su través y, en una línea casi imperceptible de deslinde entre el interés público y el privado, con un componente ideológico incuestionable, el paradigma de la certeza contractual podría quedar en entredicho.

Además, podemos destacar la visión aportada desde el derecho y la economía, que, sin prescindir del recurso al principio de la autonomía de la voluntad, introduce como factor diferenciador las expectativas albergadas por el acreedor⁵⁵, y el consiguiente provecho obtenido por los contratantes, mientras no se infringen los derechos de algún contratante; o incluso, el provecho obtenido por una de las partes a costa de la otra, no obstante permitirle obtener a esta un beneficio a largo plazo.

Aun así, se discrepa en torno a la mayor o menor intervención del Estado como freno a la libertad contractual: desde los que refutan cualquier tipo de intromisión del Estado –Estado mínimo⁵⁶—, aun mediando una falla de mercado⁵⁷, toda vez que el contrato no constituye el instrumento adecuado para cumplir funciones de distribución y redistribución de la riqueza⁵⁸, al adolecer el derecho de la virtud de resolver los desajustes creados por el mercado y la sociedad⁵⁹; hasta los que, por el contrario, consideran que la intervención estatal resulta recomendable, más aún si existe una falla de mercado⁶⁰, pronunciándose al mismo tiempo en favor del incumplimiento eficiente del contrato⁶¹ y de la conveniencia de asignar los riesgos contractuales⁶², incluso en contra de lo pactado.

Una nueva perspectiva del derecho de contratos se abre bajo esta óptica jurídico-económica representada por el AED, hasta el punto de que alguno de los pilares sagrados sobre los que se ha venido asentando la contratación tradicional deberán ser matizados, revisados y reformulados.

Así sucede, por ejemplo, con el famoso principio *pacta sunt servanda*, de origen canónico⁶³, en cuya virtud el contrato ha de ser cumplido por razón de su fuerza obligatoria, cual si se tratara de una ley para los contratantes⁶⁴. La libertad

contractual se erige como fundamento estructural del contrato, y su obligatoriedad descansa en el acuerdo libre, consciente y voluntario suscrito entre los contratantes.

Sin embargo, estos basamentos del derecho tradicional de contratos han de conectarse con la propuesta del AED, en la que irrumpe un nuevo elemento estructural del contrato que, sin desplazar el principio de la autonomía de la voluntad, compele inevitablemente a redefinir su estructura. Bajo esta perspectiva jurídico-económica, el contrato se asienta sobre las expectativas de los contratantes respecto a su cumplimiento y eficacia, toda vez que un eventual incumplimiento no solo afecta al potencial contratante agraviado, sino que se proyecta e irradia sobre todo el cuerpo social, que cuenta con la certidumbre y seguridad jurídica en el tráfico entre sus principales objetivos⁶⁵. De ahí que el Estado, con toda su maquinaria, órganos y medios debe asegurar el cumplimiento contractual⁶⁶, pues, de lo contrario, cuestiones y funciones tan básicas para un sistema social organizado como la asignación y distribución de los recursos —justicia distributiva⁶⁷— quedarían bajo sospecha, con todo lo que ello implica desde la perspectiva de la consecución de la utilidad y optimización de resultados⁶⁸, así como desde la maximización de la riqueza⁶⁹, la suma de satisfacción de los intereses racionales de los individuos⁷⁰, y desde el bienestar de la sociedad como colectivo⁷¹, utilizando un lenguaje marcadamente económico.

Así las cosas, no es de extrañar que el derecho atienda con mayor énfasis la protección de los intereses presentes en contratos onerosos —expectativas recíprocas—, que en contratos gratuitos —expectativas unilaterales-⁷², puesto que estos últimos, según el AED, lejos de inspirarse en los principios de eficiencia, libre circulación de bienes, o desarrollo del comercio, encajan mucho mejor con criterios distributivos de equidad⁷³.

Aparecen así nuevas modalidades contractuales ante una sociedad de consumo cada vez más globalizada, y las partes redactan las cláusulas del contrato con amplio margen de maniobra dentro de la legalidad, lo cual no obsta para que desde el poder público se establezcan límites a la libertad contractual⁷⁴ para preservar los intereses de las partes, ya expresamente, ya por una serie de cláusulas implícitas en aras de restablecer el equilibrio perdido, entre las cuales emerge con fuerza la cláusula de la buena fe basada en la cooperación entre los contratantes⁷⁵, con miras al logro de diversos intereses negociales en juego, no tanto individuales, sino correspondientes con el tipo de relación jurídica constituida de la que se trate⁷⁶, entre los que destaca un interés económico.

Si partimos del contrato como un instrumento destinado a la eficiente asignación de riesgos y eficiente distribución de recursos escasos, nos topamos con una serie de nociones propiamente económicas (costos de transacción en la negociación⁷⁷, eficiencia⁷⁸, maximización de la riqueza y asignación eficiente de recur-

sos⁷⁹, externalidades⁸⁰), que dejan entrever un interés económico de cooperación en la búsqueda del justo equilibrio entre las prestaciones de los contratantes, en modo alguno desdeñable a los efectos del análisis y comprensión del derecho contractual y, mucho más aun, como cualificado elemento interpretativo e integrador del contrato.

En la línea que venimos apuntando, la figura cobra mayor protagonismo si cabe en el ámbito social y económico⁸¹. Y es que el contrato arroja una doble óptica netamente diferenciada⁸²: por un lado, de naturaleza económica (confirmando la relación entre derecho y economía)⁸³, por ser uno de los canales más habituales en el intercambio de bienes y servicios, lo que se traduce en una circulación de la riqueza y dinamización del tráfico jurídico; y, por otro, de índole marcadamente social (remarcando la imbricación entre derecho y sociología)⁸⁴, dado que, amén de satisfacer las necesidades humanas, logra impulsar la colaboración entre los individuos. Todo ello añadido a otras funciones que se manifiestan según la categoría contractual de la que se trate⁸⁵: de cambio, de crédito, de garantía, de custodia, de transmisión de bienes, de empleo, de ocio, de asunción de riesgos e, incluso, de cooperación entre las partes.

Bajo la óptica del AED el contrato puede ser objeto de un análisis positivo⁸⁶: la economía lo revisa mediante el estudio de los verdaderos motivos que impulsan a los contratantes a contratar, sea para obtener un intercambio de bienes y servicios, transferir riesgos, o resolver problemas derivados de su eficiencia.

A su vez, el AED nos presenta la posibilidad de un análisis normativo del contrato⁸⁷ para reducir los costos de transacción sin menoscabo del intercambio eficiente de bienes y servicios, así como para aportar argumentos y soluciones convincentes ante situaciones de incumplimiento contractual con resultado eficiente.

Ante esta perspectiva, otras funciones del derecho de contratos distintas a las tradicionales se revelan como dignas de consideración⁸⁸: estímulo al intercambio de bienes y servicios y, por ende, al tráfico jurídico, con lo que ello representa para la economía; reducción de costos de transacción, en la medida que, cuanto más especificado esté su contenido, más probabilidades tendrá de ser eficiente; suministro de instrumentos adecuados para asegurar su cumplimiento, costeados los gastos óptimos de confianza; y, por fin, distribución justa y eficaz de riesgos, sobre todo ante la eventualidad de un incumplimiento eficiente.

Ello nos conduce inexorablemente a una nueva consideración del contrato mediante la combinación de la propuesta matemática de la teoría de los juegos⁸⁹ y el ingrediente de la maximización económica del AED⁹⁰. En su virtud, los contratantes tratarán de alcanzar los mayores beneficios y la reducción de costos mediante la selección de estrategias y comportamientos⁹¹. El AED invoca la teoría de los juegos para justificar la tutela que el ordenamiento debe conferir

al contrato⁹², pues, de no contar con ella, los contratantes no cooperarían en su cumplimiento.

Así pues, la institución jurídica del contrato se presenta permeable a las nuevas concepciones sociológicas y económicas vigentes, lo que muestra su dinamismo y carácter vital, al tratarse de una materia muy sensible ante una sociedad cambiante, lo que le permite asumir unas funciones económicas determinadas, entre ellas⁹³, prevenir el oportunismo, disuadiendo a los individuos de un comportamiento oportunista; completar el acuerdo de las partes interpolando términos eficientes omitidos; prevenir errores evitables en el proceso contractual; asignar los riesgos a quien mejor los pueda soportar; o reducir los costos de su resolución en las disputas contractuales.

Todo ello en aras de lograr la eficiencia del contrato, dado que, en una primera aproximación, el AED aboga por el cumplimiento de los contratos sobre la base del principio de la eficiencia⁹⁴ y la idea de que el contrato no se erige en el medio más adecuado para redistribuir la riqueza⁹⁵ y abanderar la justicia distributiva⁹⁶.

Cuando el legislador redacta una norma operan las expectativas del derecho, y en otra dirección se orientan los contratos que, sobre la base de las expectativas que marcan los hechos y la realidad, reflejan las reacciones de los individuos ante las situaciones planteadas por las leyes⁹⁷. Así sucede, por ejemplo, cuando el legislador en un afán tuitivo del consumo aumenta por ley el plazo de garantía en la venta y distribución de bienes y servicios⁹⁸, circunstancia que incide en un aumento del precio del producto final que asume finalmente el consumidor, o incluso en el caso reciente vivido en nuestro país tras la reacción gubernamental ante la conflictiva y errática actuación del Tribunal Supremo respecto al pago del impuesto de Actos Jurídicos Documentados en la suscripción de un préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda⁹⁹, que redundó en un aumento de los gastos derivados de la contratación de una hipoteca para el cliente.

Además, en hipótesis, la justicia distributiva tiende a proteger al débil, lo cual no siempre resulta aplicable en materia de contratos, puesto que, si bien en lo que al derecho de consumidores respecta el consumidor así es reputado, no en todos los contratos podemos aplicar el mismo rasero¹⁰⁰. A su vez, incidir en el efecto distributivo por áreas o sectores puede conllevar efectos perniciosos en la economía¹⁰¹, en la medida que incentive la inversión en campos carentes de regulación, con el consiguiente deslizamiento de la riqueza¹⁰² de un sector a otro en función del mayor o menor intervencionismo del poder público.

El principio de eficiencia en el ámbito del derecho de contratos nos pone en contacto con la noción de contrato perfecto, sobre el entendido de que este constituye el paradigma de un contrato eficiente que logra maximizar las expectativas mutuas de las partes contratantes¹⁰³: ya por su racionalidad intrínseca, o

bien por presentar un entorno propicio, al no generar daños colaterales, albergar plena información, ofertar múltiples posibilidades a los contratantes, y carecer de costes transaccionales.

De ahí que en la terminología propia del AED aparezca la noción del contrato perfecto, según la cual las partes, en un juego de precisión y acierto, han logrado prever todas las situaciones posibles del contrato¹⁰⁴, sin omitir los costos necesarios de tal previsión.

Por su través, las partes satisfacen todas las expectativas que albergan con relación a él, al haber sido capaces, con inteligencia y astucia, de adelantarse a las contingencias que se pueden derivar del contrato, y encontrar soluciones paralelas a los intereses en juego por medio de normas supletorias al mismo en asuntos tales como, por ejemplo, la asunción de los riesgos que lleva aparejada la ejecución del contrato (mora, imposibilidad sobrevenida, cumplimiento defectuoso, daños ocasionados)¹⁰⁵, de mediar buena o mala fe. En efecto, el contrato perfecto cumple una importantísima función informativa¹⁰⁶ al establecer condiciones generales que excluyen una nueva negociación en cada contingencia producida. Solamente cuando los beneficios de sortear el derecho regulado superen los costos de una eventual modificación de la norma se justificaría aplicar la regla pactada.

Los requisitos del contrato perfecto son los que se enumeran a continuación¹⁰⁷: la actuación racional de los contratantes, una información completa y veraz, un contenido completo sobre todos los aspectos relevantes del mismo, y la actuación de buena fe de sus otorgantes. Con tales presupuestos el contrato perfecto resulta eficiente, puesto que maximiza el bienestar conjunto al que aspiran los contratantes¹⁰⁸.

En un primer momento se llega a plantear la realidad o ficción de la figura del contrato perfecto, al ser muy pocos los mercados donde funciona la competencia perfecta. El AED lo presenta como un ideal de referencia frente a situaciones no resueltas, ni satisfactoria ni consensualmente, haciendo hincapié en las ventajas y beneficios que este contrato aporta a la hora de maximizar y optimizar racionalmente su utilidad¹⁰⁹, mediante la imputación del riesgo al contratante que más lo puede aminorar, o al contratante que lo puede encajar mejor.

El contrato perfecto solo reputa como válido el acuerdo que cumple una función económica cifrada en la utilidad para ambas partes¹¹⁰, salvo que una de ellas renuncie consciente y libremente a sus ventajas.

El contrato perfecto nos conduce a la negociación ideal¹¹¹, esto es, aquella en que media una interacción equilibrada entre los contratantes para alcanzar un acuerdo. A tal fin, las partes actúan racionalmente y, sobre la base de una información completa y veraz sobre todos sus aspectos relevantes, concluyen la negociación.

Al hablar de información completa¹¹², hay que aludir, por ejemplo, a las consecuencias del fracaso del acuerdo, el balance de costos y beneficios, el tiempo empleado, las posibilidades ante una ruptura de la negociación, las alternativas posibles para alcanzar el mismo fin, así como las expectativas de las partes en cuanto al rendimiento mínimo eficiente pretendido. Y es que la información incompleta¹¹³ —asimetría de información— genera incertidumbre respecto al comportamiento de los individuos en el proceso humano de intercambio, lo que redunda en una mayor complejidad de las relaciones humanas, un estancamiento del tráfico en el mercado, y un incremento de los costos de transacción para obtener la información de la que se carece. Es lógico pensar que, en consonancia con la noción de contrato perfecto y negociación ideal, deban potenciarse los instrumentos tendentes a minorar las complejidades, superar la incertidumbre y reducir los costos de transacción. Todo ello con el fin de agilizar el mercado y facilitar, en la medida de lo posible, la cuantificación de su racionalidad, así como la maximización y optimización de resultados¹¹⁴, dando con ello entrada también al concepto de contrato óptimo¹¹⁵.

En tal sentido, las situaciones —normas de conducta generalmente aceptadas— que suelen repetirse duraderamente en el tiempo¹¹⁶ —en términos económicos, fenómeno conocido de teoría de los juegos cooperados¹¹⁷— coadyuvan en la obtención de una información completa al hacer previsible los comportamientos humanos y generar confianza¹¹⁸, lo cual redunda no solo en la disminución de la incertidumbre¹¹⁹, sino también de los costos de transacción¹²⁰, o del propio coste de obtención de información.

Tal argumento se puede trasladar al ámbito de los contratos¹²¹, pues surge la confianza en la contraparte y en las instituciones¹²², sobre todo cuando las negociaciones son habituales, escenario en el que la incertidumbre disminuye al incrementarse la probabilidad de cumplimiento del pacto alcanzado y, por ende, de que el mercado resulte más operativo y eficiente. Todo ello sin perjuicio del progresivo cuestionamiento del contrato por la reiteración de las transacciones y sus bajos costos¹²³, paralelamente al consiguiente incremento del papel supletorio de las normas y del quehacer judicial ante los vacíos que genera la insuficiente voluntad de las partes. Hablamos en este caso de la labor necesaria de reconstrucción del contrato perfecto¹²⁴, sea por el legislador¹²⁵, o por el juez¹²⁶.

El contrato perfecto se presenta, pues, como un ideal que roza la quimera, razón por la que resulta más factible hablar del contrato óptimo¹²⁷, un instrumento apropiado para reducir, con el menor costo, las incertidumbres y los costos de transacción mediante una distribución eficiente de sus riesgos, al maximizar su costo antes de su perfeccionamiento, al prevenir sus eventualidades posibles, y devenir así en un contrato inatacable¹²⁸.

A su vez, se requiere un equilibrio de fuerzas entre los contratantes¹²⁹, pues, de lo contrario, la negociación ve aminorada su utilidad y su viabilidad de éxito. A ello habría que añadir aspectos tales como el clima contractual adecuado basado en la cooperación, así como también la previsión del comportamiento futuro de las partes en función del observado en el pasado –reputación, mecanismo Goodwill-¹³⁰, un factor que permite reducir la inseguridad con base en el principio de extrapolación¹³¹, un criterio psicológico que, sin base científica, alimenta la relación de confianza¹³², piedra angular de la contratación, tanto en la fase precontractual como postcontractual.

Fruto de la negociación ideal es la reconstrucción del contrato perfecto¹³³, mediante la labor interpretativa de los jueces¹³⁴, quienes suplirán la voluntad hipotética de las partes en el caso de haber actuado de buena fe conforme a valores tales como honradez, colaboración, lealtad, sentido común, equidad, justo equilibrio y compensación de intereses. En tal misión, el juzgador deberá escrutar ineludiblemente la base del negocio jurídico¹³⁵ y aplicar los factores correctores que cada ordenamiento jurídico permita.

II.3. DERECHO DE DAÑOS

Desde una perspectiva general, podemos abordar la cuestión desde una óptica contractual o bien extracontractual, por lo que al derecho de daños se refiere.

Para el AED las consecuencias derivadas del incumplimiento del contrato (responsabilidad civil contractual) serían aplicables en el caso de la responsabilidad civil extracontractual objetiva¹³⁶, dado que, en principio, todo incumplimiento contractual se presume culposos. Por ello, cuanto mayor sea la posibilidad de anular, atenuar o eximir la responsabilidad contractual, menor será el incentivo de los contratantes para cumplir el contrato¹³⁷, lo que se traducirá en mayor inseguridad jurídica, mayores riesgos, mayores costos de transacción, asunción de costos cautelares, así como dilación y congelamiento de futuras inversiones; por el contrario, cuanto menos sean las causales que permitan excusar el incumplimiento, o permitan neutralizar o minorar la responsabilidad de los contratantes, menos atractivo resultará incumplir el contrato, lo que redundará en la asunción de mayores riesgos y en la realización de inversiones de mayor cuantía. De ahí que la legislación adquiere un papel muy significativo, toda vez que, según la mayor o menor laxitud en la aplicación de las causales de nulidad, exención o disminución de la responsabilidad, las consecuencias serán distintas.

Por lo que a la responsabilidad emanada del incumplimiento contractual se refiere, conectamos con el problema de la procedencia o no de las acciones destinadas a compensar y reparar el daño infligido¹³⁸. Desde la perspectiva del AED,

compensar a la víctima de un incumplimiento contractual dependerá de un factor puramente economicista¹³⁹, cual es la compensación coadyuvante al incremento del bienestar de las personas potencialmente afectadas por el contrato, incluido el grupo implicado en función de la administración de los intereses del bien común y superando con ello el principio de la relatividad del contrato (ex artículo 1257, 1 del Código civil). Con arreglo a estos postulados, no todo incumplimiento contractual desencadenaría una compensación de quien incumple un contrato, dado que, en virtud de una concepción puramente economicista, la función de la responsabilidad civil, sin dejar de lado su componente compensatorio, se orienta más a reducir riesgos como consecuencia de la disuasión en la producción del daño, en clara sintonía con la función preventiva de la responsabilidad civil¹⁴⁰.

Cuando el AED, a propósito de los accidentes de tránsito, estudia la responsabilidad civil extracontractual y la relación causal entre el hecho u omisión ilícitos y el daño ocasionado, considera que han de tomarse en cuenta una serie de aspectos relacionados, tanto con el índice de actividad realizada (una mayor circulación de vehículos origina una mayor probabilidad de accidente), como con el cuidado y diligencia observados en la conducción (a mayor diligencia ejercida, menor probabilidad de siniestro)¹⁴¹. En la medida que los tres elementos mencionados (hecho u omisión ilícitos, daño ocasionado, nexo causal entre uno y otro) integran la responsabilidad civil, la ausencia del nexo causal constituye un motivo justificado de exoneración de la responsabilidad¹⁴², sin perjuicio de la concurrencia de caso fortuito o fuerza mayor como causas eximentes de responsabilidad, cuyo tratamiento nos remite al tema de los riesgos contractuales, abordado más adelante.

El juego de tales consideraciones habrá de relacionarse con el mayor o menor grado de responsabilidad por los daños infligidos¹⁴³: si la responsabilidad comprende todos los daños producidos, el agente del daño contará con un aliciente más para observar un grado óptimo de actividad y diligencia; por el contrario, si cuenta con causales que le exoneran de responsabilidad, su grado de actividad y diligencia no serán estimulados debidamente para alcanzar un nivel óptimo.

Para analizar la responsabilidad civil extracontractual bajo la perspectiva del AED tendremos en cuenta las siguientes variables¹⁴⁴: accidentes unilaterales (avión desplomado en un edificio) o bilaterales (conductores y ciclistas); responsabilidad objetiva o subjetiva (culpa); niveles de cuidado; bienestar social óptimo; niveles de actividad.

El objetivo social perseguido consiste en la minimización de la suma de costes de prevención y de los perjuicios esperados, cuya suma constituye los denominados costes sociales totales. A tal efecto, el nivel socialmente óptimo de cuidado incluirá los costes de prestación del cuidado y la reducción de los riesgos que ese cuidado propiciaría. A ello habría que añadir la elección adecuada del nivel de acti-

vidad, esto es, un nivel de equilibrio tal entre la utilidad obtenida puesta en relación con los riesgos adicionales que genera y los costes de cuidado requeridos.

Por su conexión con el derecho de daños, entroncamos con el contrato de seguro para cubrir el riesgo existente. En caso de incumplimiento involuntario del contrato, conectamos con los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor, situaciones que nos conducen a la teoría de los riesgos o de la imprevisión¹⁴⁵, no obstante que desde la óptica del AED¹⁴⁶ pueda ser más eficiente que no estén previstos todos los riesgos del contrato.

Precisamente, en el marco de la negociación contractual también entran en juego los riesgos que el contrato conlleva. A falta de negociación, es posible su imposición a uno de los contratantes mediante la inserción de cláusulas de exención de responsabilidad en favor de alguno de los contratantes, o bien incorporar su costo al precio final del bien o servicio suministrado¹⁴⁷. Así pues, cuando esta negociación no se ha producido, compete al legislador o al juez asignar los riesgos al contratante que los pueda encajar con un menor costo¹⁴⁸. Vuelve aquí a planear para el AED el interés económico a los fines de equilibrar el tráfico mercantil en la distribución satisfactoria de riesgos entre los contratantes¹⁴⁹, de tal modo que las cargas impuestas resulten parejas, y no resulten a costa de uno de ellos en beneficio del otro.

Tal como hemos visto con anterioridad, una de las características del contrato perfecto es la previsión de todos los eventuales riesgos de incumplimiento que pueden acontecer, con un costo de transacción igual a cero, sin necesidad de contar con normas supletorias¹⁵⁰. Evidentemente, la previsión de todas esas situaciones y el aseguramiento de todas las responsabilidades que el incumplimiento acarrea puede generar unos costos superiores a los potenciales beneficios derivados de la ausencia de una información completa, o del hecho de no haber previsto todos los riesgos¹⁵¹.

Estas dos variables —riesgo y precio— serán proporcionales a la propensión de cada contratante en asumir el riesgo, puesto que, según el caso, las partes que negocian un contrato pueden adoptar una actitud propicia, contraria o neutra ante el riesgo, lo que redundará, sin duda, en una posición u otra respecto a la decisión de asegurar el daño previsible¹⁵²: quien se muestre propenso al riesgo, se mostrará partidario de pagar una prima de seguro inferior al valor del daño previsto, puesto que para él la probabilidad de daño es reducida; quien se presente neutro ante el riesgo del daño previsto, solo asumirá su valor previsto, pero no más; por su parte, quien aparezca en un actitud contraria al riesgo, aceptará de buena gana el pago de un sobreprecio, en comparación con la probabilidad de que el riesgo se produzca, para no tener que asumir el riesgo.

En virtud de la libertad de pacto, son las partes las que asignan los riesgos y los recursos para su cobertura¹⁵³, tratando de establecer la ubicación óptima del

riesgo¹⁵⁴; en su defecto, será el legislador quien deba hacerlo según una serie de criterios orientativos (ya imputar los riesgos al contratante que habría podido evitar los daños de manera menos costosa, tomando para ello como referencia el beneficio social generado; ya imputarlos al contratante que se halle en mejor posición para pagar una prima de seguro más reducida). Incluso si la asignación del riesgo es fruto del acuerdo de las partes puede producirse la intervención del legislador¹⁵⁵, hecho únicamente deseable en situaciones extremas, como puede suceder en el caso de existir una información asimétrica, modificaciones abusivas del contrato, o fallas de mercado.

En suma, el AED busca un ordenamiento jurídico más eficiente sobre la base de la cooperación entre las partes con el fin de aminorar los riesgos y la incertidumbre¹⁵⁶, a través de instrumentos confiables para su ejecución y cumplimiento.

II.4. DERECHO DE FAMILIA

La aproximación de la economía con el derecho permite plantear el análisis económico de la familia, esto es, concebir la familia como unidad de consumo y productora de la sociedad.

En la medida que el AED representa una herramienta para predecir el resultado de las políticas públicas, incluidas las previstas para la familia¹⁵⁷, podemos asociar la economía con los resultados perseguidos por distintas políticas públicas¹⁵⁸, por ejemplo:

1. Fomento de la natalidad. La mayoría de los padres en la actualidad tienen en cuenta a la hora de tener hijos los gastos que una decisión de tal envergadura acarrea (parto, salud, educación, alimentación, etc.), pues todos los progenitores albergan la ilusión y se plantean como reto el poder otorgar a sus hijos las mejores oportunidades, el mejor colegio, la mejor universidad, las mejores vacaciones, etc.

Sin embargo, este planteamiento no siempre fue así, puesto que no hace mucho tiempo, tener muchos hijos favorecía la sobrevivencia de la familia, en la medida que por medio de ellos se aseguraba obtener más ingresos en un plazo más breve de tiempo, puesto que con ello se permitía una más pronta incorporación de los hijos al mercado laboral, quienes se convertían en los verdaderos sostenes de la familia. Eso sí, a costa de su salud y del número de años de vida.

El índice de natalidad afecta al bienestar de la sociedad en su conjunto, ya que se ve implicado el tamaño de la población: en un país densamente poblado un mayor incremento de la población puede agravar problemas y aumentar costos que habrán de asumir el resto de la población; por el

contrario, en un país escasamente poblado, el aporte que representa cada nuevo ciudadano puede resultar más beneficioso que todas las ganancias privadas obtenidas por la familia del recién nacido.

Al respecto, el límite del número de hijos por familia para contener la superpoblación resulta ineficiente, dado que no se puede establecer un mismo criterio de eficiencia en todas las familias en cuanto a la generación de hijos¹⁵⁹: un segundo hijo en una familia puede resultar igual o menos costoso que el primer hijo en otra familia.

2. Subsidio de la maternidad en función de los ingresos de la familia, de tal suerte que sea mayor el subsidio cuanto menor resulte el ingreso familiar. Esta política constituye, en principio, un estímulo para la maternidad, pero no para todas las familias, sino sobre todo para las que no cuentan con suficiente capacidad económica y vinculan su subsistencia con la cantidad de hijos. En este caso, una política pública dotada de buenas intenciones puede lograr un efecto distorsionado, pues, en lugar de contribuir a disminuir la pobreza, logra, por el contrario, incrementarla. Distinta sería la consecuencia, sin embargo, si el subsidio recayera en el primer hijo y no en los ulteriores. Por tal razón, solamente un subsidio significativo puede generar un verdadero estímulo para tener más hijos. De ahí la importancia de las políticas en el fomento de la natalidad, toda vez que, según el sentido al que estén orientadas, podrían propiciar un aumento de la pobreza, al lograr estimular la natalidad en aquellos padres que conciben a sus hijos “como verdaderos bienes de consumo”.
3. Estabilidad del matrimonio. La promoción de unas adecuadas relaciones de familia genera una serie de externalidades que aumentan el bienestar social. Por su través, se puede lograr una mejor educación de los hijos, la mejor inversión de la familia.

El matrimonio desde un punto de vista económico constituye una asociación contractual voluntaria, como si se tratara de una sociedad mercantil¹⁶⁰. Aun así, difiere de esta en que se trata de una unión duradera sujeta a terminación por causas legales; sanciona severamente a las partes por el incumplimiento de sus obligaciones; y, en caso de controversias, serán los cónyuges quienes, por lo general, deberán resolverlas por sí mismos. Esta peculiaridad del matrimonio deriva, en gran medida, de su gran incidencia en terceras personas que no lo han consentido, tal como sucede concretamente con los hijos.

Incluso en un sistema jurídico de divorcio consensuado, los padres contemplarán el costo del divorcio para tomar su decisión sobre la continuidad o no del matrimonio. Además, desde un punto de vista económico, la disolución del matrimonio cuenta con la dificultad de determinar las

respectivas porciones de los activos adquiridos por la unidad familiar durante su vigencia, si bien en los regímenes económicos del matrimonio de propiedad comunitaria (gananciales en el derecho común, consorcial aragonés, de conquistas navarro, de comunicación foral vasco) la atribución del 50% a cada cónyuge de los activos acumulados, constante matrimonio, facilita la delimitación de las consecuencias económicas fruto de la disolución matrimonial.

4. Adopción internacional. La lentitud y burocratización implementada en estos procesos ha generado un mayor encarecimiento y, por ende, una reducción drástica en sus números, experiencia que nos permite colegir que la configuración de una política pública determinada, lejos de fomentar su práctica, logra, por el contrario, desincentivarla, hasta el punto de reducir significativamente las tasas de adopción internacional, quedando en todo caso al margen el interés superior del niño, que es el que debe prevalecer. Con mucha probabilidad habría sido preferible facilitar el desarrollo de los procesos de adopción, mediante rigurosos mecanismos posteriores de control para los supuestos de adopción internacional en los países receptores.
5. Compensación económica como mecanismo de reajuste ante la asignación del trabajo en el seno de la familia. En efecto, si uno de los cónyuges apoya el éxito profesional del otro mediante una mayor dedicación al cuidado de los hijos, en caso de producirse posteriormente una ruptura familiar, surgirá la correspondiente compensación económica en virtud de lo aportado al matrimonio por cada uno de ellos, lo que se traduce, en principio, en un mayor bienestar social que se ha logrado proyectar sobre los hijos, susceptible de ser cuantificado económicamente por haberse erigido en un factor relevante de la generación de riqueza en la familia y en el hogar.

II.5. DERECHO DE SUCESIONES

Desde una perspectiva económica el derecho de sucesiones introduce aristas que se proyectan sobre el hecho de que una persona se desprenda de sus bienes para después de su muerte¹⁶¹, tal como las que apuntamos a continuación:

- a) El altruismo del causante, que se puede traducir en una disminución del consumo durante la vida de una persona para así aumentar la riqueza de sus herederos.
- b) La incertidumbre en torno a la duración de la vida de una persona, circunstancia que aconseja conservar riqueza por si se vive más de lo es-

perado, con las implicaciones que ello acarrea en la contratación de productos relacionados con el mercado de las rentas vitalicias y los seguros de vida; la posible incidencia y control sobre el comportamiento de los hijos.

- c) La fiscalidad, puesto que una alta tributación de la herencia eleva el precio del consumo póstumo respecto del consumo actual, lo que desincentiva el ahorro e incentiva, como efecto contrario, el consumo, al mismo tiempo que penaliza un pretendido sentimiento altruista frente a una conducta de despilfarro.

Sin embargo, desde otra perspectiva, estaría más que justificada la tributación de la sucesión mortis causa, puesto que, amén de constituir una fuente de ingresos para el erario, el hecho de permitir a los hogares concentrar grandes porciones de patrimonio menoscaba la cohesión social y propicia el mantenimiento de las élites.

- d) Las condiciones insertas en el testamento y su interpretación. Así, por ejemplo, respecto de los legados para propósitos, una de cuyas modalidades son los legados caritativos, y su relación con la doctrina de la aproximación (*cy pres*), cuando las condiciones establecidas en estos legados caritativos no resultan económicamente viables, ya por devenir ilegales, ya por razón del costo de oportunidad, en cuyo caso se reconduce el destino del legado a otros propósitos que podrían contemplarse dentro del campo general de la intención del testador,
- e) Relacionado con lo señalado anteriormente, nos referimos a la modificación del testamento para atender determinadas contingencias que alteren los deseos del testador¹⁶², ya para evitar problemas operativos de eficacia del testamento, ya por acontecer situaciones muy improbables que ni siquiera se habían contemplado al tiempo de su otorgamiento. Así, por ejemplo, por cuestiones operativas relacionadas con la eficacia del testamento y, ante la dificultad de probar algunas causales de desheredación, resultaría más recomendable la modificación del testamento que la inclusión de una cláusula condicional con dificultad para su verificación.
- f) Los límites en la disposición de los bienes mortis causa. Desde la perspectiva del AED el mantenimiento de la porción legítima estaría relacionado con una posible externalidad de la herencia en el caso de que el Estado subsidiara (bienestar, educación, sanidad) a los hijos y al cónyuge no beneficiados en la herencia¹⁶³. Dicha externalidad podría justificar conservar la institución jurídica de la legítima.

De la misma manera podría sostenerse la conservación de la porción del viudo o de la viuda, dada su contribución a la economía del matrimonio y a la recíproca obtención de riqueza por su cónyuge¹⁶⁴. Argumento que podría invo-

carse también para defender la exención de la totalidad o una parte del impuesto sucesorio, toda vez que una parte del patrimonio que el viudo hereda de su cónyuge constituye su propia acumulación de ingresos, siendo habitual que, por la habitual coincidencia etaria entre los cónyuges, el supérstite fallezca no mucho tiempo después y, en consecuencia, su herencia quede gravada impositivamente dos veces en un período de tiempo corto.

III. CONCLUSIONES

I. El AED ha logrado penetrar en todas las ramas jurídicas, incluido el derecho civil, lo que permite conciliar el cariz individual y social del ser humano, así como encajar la eficacia —*utilitas*— y la justicia —*aequitas*—, en aras de la consecución del bien común.

II. El derecho privado, desde una perspectiva exclusivamente jurídica, se ha centrado principalmente en la maximización de la riqueza, y no tanto en su redistribución, lo que plantea desequilibrios en la sociedad y fallas en el mercado. De ahí que esta perspectiva unilateral recomienda, por incompleta, una reconsideración dirigida a que todas las instituciones jurídicas que integran la “infraestructura del mercado” sean analizadas bajo una óptica económica.

III. Prueba de lo afirmado es la visión del derecho civil que aquí se plantea, desde la perspectiva del AED, a través de las diversas áreas que lo conforman (derechos reales, obligaciones y contratos, derecho de daños, derecho de familia y derecho de sucesiones).

IV. En sede de derechos reales, el AED se centra, principalmente, en las afecciones y externalidades del derecho de propiedad. En su virtud, surge el debate en torno a si estas encajan en el modelo de los derechos reales ya reconocidos por la legislación (teoría del *numerus clausus*), o bien estamos en presencia de derechos reales de nuevo cuño adaptados a una nueva realidad (teoría del *numerus apertus*), incluso derivados de la metamorfosis de los derechos reales tradicionales.

V. En materia de obligaciones y contratos, el AED nos ofrece un nuevo enfoque del derecho contractual tradicional, tanto en lo que respecta a la teoría general, como en cuestiones particulares relacionadas con los vicios del consentimiento, el cumplimiento e incumplimiento contractual, los daños y la responsabilidad, los remedios contractuales, las garantías, los riesgos, o la interpretación del contrato.

VI. En el derecho de daños, el AED contempla diversas variables (accidentes unilaterales o bilaterales, responsabilidad objetiva o subjetiva, niveles de cuidado presentes, bienestar social óptimo, niveles de actividad). El objetivo social

perseguido consiste en minimizar costes de prevención y perjuicios esperados (costes sociales totales). En este sentido, el nivel socialmente óptimo de cuidado incluirá los costes de prestación del cuidado, la reducción de los riesgos que tal cuidado ocasiona y la elección adecuada del nivel de actividad. Todo ello en aras de un ordenamiento jurídico más eficiente con el fin de reducir riesgos e incertidumbre, mediante mecanismos confiables de ejecución y cumplimiento.

VII. En relación con el derecho de familia, el AED concibe la familia como unidad de consumo y de producción, lo que permite asociar la economía con los resultados perseguidos a través de distintas políticas públicas, entre ellas: fomento de la natalidad; subsidio por razón de maternidad; estabilidad del matrimonio en aras del bienestar social; adopción internacional; compensación económica ante la asignación del trabajo en el seno de la familia.

VIII. Desde la perspectiva del AED, el derecho de sucesiones nos aporta una serie de aspectos dignos de consideración: el altruismo del causante y la disminución del consumo en la vida de una persona; la incertidumbre sobre la duración de la vida como aliciente para conservar la riqueza; la fiscalidad, como posible factor desincentivador del ahorro; las condiciones incluidas en el testamento y sus problemas interpretativos; la modificación del testamento ante determinadas contingencias que alteran los deseos del testador; o, por fin, los límites en la disposición de bienes mortis causa, pues la porción legítima podría constituir una externalidad de la herencia en caso de que el Estado debiera subsidiar el costo de las necesidades básicas de los hijos y cónyuge no beneficiados por la herencia, un argumento que abonaría en favor de la conservación de la legítima de los descendientes y del viudo.

BIBLIOGRAFÍA

- AKERLOF, G.A.; SHILLER, R.J. (2009). *Animal Spirits: How Human Psychology Drives the Economy and Why It Matters for Global Capitalism*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- ATIENZA, M. (1989). Sociología Jurídica y ciencia de la legislación, en *El Derecho y sus realidades. Investigación y enseñanza de la sociología jurídica*. (Coord. Bergalli, R.). PPU. Barcelona, pp. 41-70.
- (1989). Contribución para una teoría de la legislación. *Doxa* n.º 6, pp. 385-403.
- ATAZ LÓPEZ, J.; SALELLES CLIMENT, J.R. (2013). La libertad contractual y sus límites. *Tratado de contratos* (dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.). Vol. 1. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 141-331.
- BAIRD, D.G., GERTNER, R.H.; PICKER, R.C. (1994). *Game Theory and the Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- BARCIA LEHMAN, R. (2004). Los efectos de las obligaciones desde la perspectiva del análisis económico del derecho. *Cuadernos de análisis jurídico: Colección de-*

- recho privado*. Vol. 1. Facultad de Derecho. Santiago de Chile, pp. 127-169, [En línea] http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/efectos_barcia.pdf (consultado 7/10/2024).
- (1998). Los contratos desde la perspectiva del análisis económico del derecho. *Ius et Praxis* Vol. 4, n.º 2. Universidad de Talca. Talca, pp. 149-176.
- (2011). Análisis económico del derecho de familia: una breve mirada al derecho de familia como una forma de promover la estabilidad del matrimonio. *Revista del Magister y Doctorado en Derecho* n.º 4. [En línea] https://r.search.yahoo.com/_ylt=AwrlcJKS5clnyT4iYky_.wt.;_ylu=Y29sbwMEcG9zAzEEdnRpZAME-c2VjA3Ny/RV=2/RE=1741313554/RO=10/RU=https%3a%2f%2fwww.academia.edu%2f74919765%2fAn%25C3%25A1lisis_econ%25C3%25B3mico_del_derecho_de_familia_una_breve_mirada_al_derecho_de_familia_como_una_forma_de_promover_la_estabilidad_del_matrimonio/RK=2/RS=mTTWdGbm70Vpcb06NidoaGmsl6A- (consultado 6/03/2025).
- BAYÓN, J.C. (1994). Eficiencia e inalienabilidad. *Cuadernos Doxa* 15-16 Vol. II, pp. 971-991.
- BECKER, G.S. (1993). *A treatise on family*. Cambridge: Harvard University Press. [En línea] <https://brunofvieira.files.wordpress.com/2012/12/gary-becker-a-treatise-on-the-family.pdf> (consultado 14/02/2025).
- BERNAD MAINAR, R. (2020). Un nuevo enfoque de los contratos bajo la perspectiva del análisis económico del derecho (AED). *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* n.º 1, pp. 25-67.
- (2010). Sobre la función preventiva de la responsabilidad civil. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 1. Madrid, pp. 65-97.
- (2006). *Curso de Derecho privado romano*. Caracas: Publicaciones UCAB.
- BETTI, E. (2000). *Teoría del negocio jurídico*. Granada: Comares.
- (1969). *Teoría general de las obligaciones*. Tomo I. Madrid: EDESA.
- BULLARD GONZÁLEZ, A. (2010). *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra.
- BUSTOS PUECHE, J.E. (1998). Sugerencias para reflexionar sobre el fenómeno de la especialización normativa. *ADC*. LI-3, pp. 1071-1113.
- CALSAMIGLIA, S. (1989). Justicia, eficiencia y optimización de la legislación. *Documentación Administrativa* n.º 218-219, pp. 113-151.
- CARRASCO PERERA, A. (Dir.). (2017). *Lecciones de Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos en general*. 3.ª ed. Madrid: Tecnos.
- COASE, R.H. (1988). *The Firm, the Market, and the Law*. Chicago: University of Chicago Press.
- (1960). The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics* n.º 3, pp. 1-44.
- (1981). El problema del coste social. *Hacienda Pública Española* n.º 68, pp. 245-274. [En línea] http://www.ebour.com.ar/ensayos_meyde/Coase%20-%20El%20problema%20del%20coste%20social%202011.pdf, pp. 41-85 (consultado 20/02/2018).
- COLEMAN, J.L. (1998). Efficiency, Auction and Exchange, en *Markets, Morals and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 67-94.

- CONGREGADO RODRÍGUEZ DE AGUILERA, E.; POMARES HERNÁNDEZ, J.I.; RAMA MATÍAS, E. (2000). Análisis económico del derecho: una revisión selectiva de la literatura reciente, en *Derecho y Conocimiento*. Volumen 1, pp. 331-339.
- COOTER, R.; ULEN, T. (2016). *Law and Economics*. Berkeley: Addison-Wesley. Berkeley Law Books. Book 2, [En línea] <http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2> (consultado 7/10/2018).
- (1998). *Derecho y Economía*. México: Fondo de Cultura Económica.
- DAVIS, M.D. (1986). *Introducción a la teoría de los juegos*. Madrid: Alianza.
- DOMENECH PASCUAL, G. (2014). Por qué y cómo hacer análisis económico del derecho. *Revista de Administración Pública* n.º 195, pp. 99-133.
- FLORIANO CORRALES, C. (1998). *Derecho y Economía. Una aproximación al análisis económico del derecho*. Badajoz: Universidad de Extremadura.
- GARRIDO CORDOBERA, L.M.R. (2006). La negociación contractual y el análisis económico, en *Análisis económico del Derecho* (Comp. Kluger, V.). Buenos Aires: Helia.
- (2008). La negociación contractual y el análisis económico. *Pensar* n.º 13, 1, pp. 21-28.
- GARRIDO GÓMEZ, M.I. (2011). Lo que queda del principio clásico pacta sunt servanda. *Derecho y Cambio Social* n.º 25, pp. 1-8.
- HAYEK, F.A. (1988). La fatal arrogancia. Los errores del socialismo. *Obras Completas* Vol. 1. Buenos Aires: Unión Editorial, [En línea] <http://www.ilcebolivia.org/libro/hayek-la-fatal-arrogancia/> (consultado 8/10/2018).
- HEVIA, M. (2008). Kronman, el derecho de los contratos y la justicia distributiva. *Isonomía* n.º 29. Octubre, pp. 177-191.
- HORWITZ, M.J. (1980). Law and economics: Science or Politics? *Hofstra Law Review* n.º 8, pp. 905-912.
- HUBERMAN, G.; MAYERS, D.; SMITH, C.W. (1983). Optimal Insurance Policy Indemnity Schedules. *Bell Journal of Economics* n.º 14, pp. 415-426.
- IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.W. (2011). *Análisis Económico del Derecho. Método, investigación y práctica jurídica*. Barcelona: Bosch.
- KAGEL, J.K.; BATTALIO, R.C.; GREEN, L. (1995). *Economic choice theory: An experimental analysis of animal behavior*. Cambridge: Cambridge University Press.
- KAPLOW, L.; SHAVELL, S. (2002). On the Superiority of Corrective Taxes to Quantity Regulation. *American Law and Economics Review* n.º 4, pp. 1-17.
- KORNHAUSER, L.A.; REVESZ, R.L. (1998). Regulation of Hazardous Wastes. *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Vol. 3. Macmillan. Londres, pp. 238-242.
- KOROBKIN, R.B.; ULEN, T.S. (2000). Law and Behavior Science: Removing the Rationality Assumption from Law And Economics. *California Law Review* n.º 88, pp. 1051-1144.
- KRONMAN, A. (1980). Contract Law and Distributive Justice. *Yale Law Journal* n.º 89, pp. 472-511.
- LARENZ, K. (1956). *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: EDERSA.

- LORENZETTI, R. (1999). Análisis económico del derecho: valoración crítica. Hacia una teoría de la acción individual y colectiva en un contexto institucional. *Revista de Derecho privado y comunitario* n.º 21. Sección Doctrina. Santa Fe: Editorial Rubinzal y Culzoni, pp. 61-90.
- LUHMANN, N. (1997). *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Barcelona: Paidós. Pensamientos Contemporáneos. ICE Universidad de Barcelona.
- (1996). *Confianza*. Barcelona: Anthopos.
- MACKENZIE, D.W. (2013). *El mito del fallo del mercado*, [En línea] <http://www.mises.org.es/2013/03/el-mito-del-fallo-del-mercado/> (consultado 13/11/2018).
- MAGDALA, G.S.; MILLER, E. (1990). *Microeconomía* (trad. J. Coro Panda). México: Mc Graw-Hill.
- MERCURO, N.; MEDEMA, S. (2006). *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism and Beyond*. Princeton: Princeton University Press.
- MONTEIRO PESSOA, R. (2013). El interés económico de las partes y el incumplimiento contractual. *Revista de Derechos Fundamentales* n.º 10. Universidad Viña del Mar, [En línea] <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4754545> (consultado 7/10/2018).
- NICITA, A. (2005). *L'analisi economica dei contratti*. Siena: Carocci edit. Universidad de Siena.
- NICOLAU, N.L. (2004). El rol de la buena fe en la moderna concepción del contrato, en AA.VV. (Garrido Cordobera, L.M.R.; Kluger, V. Coord.). *Tratado de la buena fe en el derecho*. Buenos Aires: La Ley, pp. 75-99.
- NORTH, D. (1993). *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México: Fondo de Cultura Económica.
- NOZICK, R. (1990). *Anarquía, Estado y utopía*. México: Fondo de Cultura Económica.
- PLATA LÓPEZ, L.C. (2005). La naturaleza social y económica del contrato. *Revista de Derecho*. Universidad del Norte n.º 23, pp. 97-110.
- POLINSKY, A.M. (1985). *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- POSNER, R.A. (1983). *The Economics of Justice*. Cambridge: Harvard University Press.
- (2007). *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- (2010). Hayek, ley y cognición. *Revista Foro Jurídico* n.º 10. PUCP, pp. 121-133, [En línea] <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18547> (consultado 02/01/2019).
- QUEROL ARAGÓN, N. (2014). *Análisis económico del Derecho*. Madrid: Dykinson.
- RAWLS, J. (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press.
- REHBINDER, M. (1981). *Sociología del Derecho*. Madrid: Pirámide.
- ROBINSON, J. (1982), en MACKAAY, E. *Economist of Information and Law*. Amsterdam: Kluwer & Nijhoff Publ.
- ROMERO PÉREZ, J.E. (2010). Reflexión en torno al tema de Derecho y Economía. Su encuadre en la corriente institucional y neoinstitucional. *Revista de Ciencias Jurídicas* n.º 122. Universidad de Costa Rica, pp. 131-170.
- SALVADOR CODERCH, P.; GOMEZ LIGÜERRE, C. (2005). El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes. *Indret* 1, pp. 1-23, [En línea] http://www.indret.com/pdf/275_es.pdf (consultado con fecha 2/03/2018).

- SCHÄFER, H.-B.; OTT, C. (1991). *Manual de análisis económico del derecho civil*. Madrid: Tecnos.
- SERRANO SANTAMARÍA, A. (2019). *Aire, viento y parques eólicos: aspectos jurídico-co-privados*. (dir. C. Rogel Vide; S. Díaz Alabart). Madrid: Reus.
- SHAVELL, S. (2016). *Fundamentos del análisis económico del Derecho*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- (1997). The Fundamental Divergence between the Private and the Social Motive to Use the Legal System. *Journal of Legal Studies* n.º 26, pp. 575-612.
- (1980). Strict Liability versus Negligence. *Journal of Legal Studies* n.º 9, pp. 1-25.
- STIGLER, G.J. (1992). Law or Economics? *Journal of Law and Economics* XXXV, pp. 455-468.
- STRAFFIN, P.D. (1993). *Game theory and strategy*. N. York: Mathematical Association of America.
- TELES, S.M. (2008). *The Rise of the Conservative Legal Movement. The Battle for Control of the Law*. Princeton: Princeton University Press.
- TENA ARREGUI, R. (2010). Instinto jurídico contra análisis económico (con comentario sobre las modificaciones estructurales). *Cuadernos de derecho y comercio* N.º 54, pp. 45-71, [En línea] <http://eprints.ucm.es/11652/> (consultado /03/2018).
- THOMAS, D.A. (ed.). (1994). *Thompson on Real Property*. Vol. 8. Charlottesville: Michie Company.
- TORRES LÓPEZ, J. (1987). *Análisis económico del derecho. Panorama actual*. Madrid: Tecnos.
- VALLE, F.G.M. (2008). El concepto Hayekiano de orden espontáneo. *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados* N.º 49 Octubre. Buenos Aires, pp. 186-212.
- VON WIESER, F. (1927, 1914). *Social economics*. New York: Adelphi Company.
- WAPSHOTT, N. (2013). *Keynes VS Hayek. El choque que definió la economía moderna*. Barcelona: Deusto Ediciones.
- WITTMAN, D. (1981). Optimal Pricing of Sequential Inputs: Last Clear Chance, Mitigation of Damages and Related Doctrines in the Law. *Journal of Legal Studies* n.º 10, pp. 65-91.

NOTAS

¹ MERCURO, N.; MEDEMA, S. (2006). *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism and Beyond*. Princeton: Princeton University Press.

² TELES, S.M. (2008). *The Rise of the Conservative Legal Movement. The Battle for Control of the Law*. Princeton: Princeton University Press, p. 216.

³ ROMERO PÉREZ, J.E. (2010). Reflexión en torno al tema de Derecho y Economía. Su encuadre en la corriente institucional y neoinstitucional. *Revista de Ciencias Jurídicas* n.º 122. Universidad Costa Rica, p. 158.

⁴ AKERLOF, G.A.; SHILLER, R.J. (2009). *Animal Spirits: How Human Psychology Drives the Economy and Why It Matters for Global Capitalism*. Princeton, NJ: Princeton University Press, pp. 19 y ss.

⁵ IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.W. (2011). *Análisis Económico del Derecho. Método, investigación y práctica jurídica*. Barcelona: Bosch, pp. 32-33; DOMENECH PASCUAL, G. (2014). Por qué y cómo hacer análisis económico del derecho. *Revista de Administración Pública* n.º 195, pp. 102-103.

⁶ TENA ARREGUI, R. (2010). Instinto jurídico contra análisis económico (con comentario sobre las modificaciones estructurales). *Cuadernos de derecho y comercio* N.º 54, pp. 23 y ss.

⁷ COASE, R.H. (1980). *The Firm, the Market, and the Law*. Chicago: University of Chicago Press; (1960). The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics* n.º 3, pp. 1 y ss.

⁸ VON WIESER, F. (1927). *Social Economics*. London: George Allen & Unwin Ltd.; LORENZETTI, R. (1999). Análisis económico del derecho: valoración crítica. Hacia una teoría de la acción individual y colectiva en un contexto institucional. *Revista de Derecho privado y comunitario* n.º 21. Sección Doctrina. Santa Fe: Editorial Rubinzal y Culzoni, pp. 72-74.

⁹ DOMENECH, PASCUAL, G. (2014). *Op. Cit.*, p. 119.

¹⁰ STIGLER, G. (1992). Law or Economics? *Journal of Law and Economics* XXXV, pp. 455-468.

¹¹ IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.W. (2011). *Op. Cit.*, pp. 51, 52.

¹² KOROBKIN, R.B.; ULEN, T.S. (2000). Law and Behavior Science: Removing the Rationality Assumption from Law And Economics. *California Law Review* n.º 88, pp. 1060 y ss.

¹³ IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.W. (2011). *Op. Cit.*, pp. 46-48.

¹⁴ DOMENECH PASCUAL, G. (2014). *Op. Cit.*, pp. 130-132.

¹⁵ Citando a Calabresi, SALVADOR CODERCH, P.; GOMEZ LIGÜERRE, C. (2005). El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes. *Indret* 1, pp. 17-18.

¹⁶ CASALMIGLIA, A. (1989). Justicia, eficiencia y optimización de la legislación. *Documentación Administrativa* n.º 218-219, pp. 113-151.

¹⁷ DOMENECH PASCUAL, G. (2014). *Op. Cit.*, pp. 126-127.

¹⁸ ATIENZA, M. (1989). Sociología Jurídica y ciencia de la legislación, en *El Derecho y sus realidades Investigación y enseñanza de la sociología jurídica* (Coord. Bergalli, R.). Barcelona: PPU, pp. 41-70, 385 y ss.

¹⁹ KAGEL, J.K.; BATTALIO, R.C.; GREEN, L. (1995). *Economic choice theory: An experimental analysis of animal behavior*. Cambridge: Cambridge University Press.

²⁰ IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.W. (2011). *Op. Cit.*, pp. 152 y ss.

²¹ IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.W. (2011). *Op. Cit.*, p. 50.

²² POSNER, R.A. (1983). *The Economics of Justice*. Cambridge: Harvard University Press., p. 2; COLEMAN, J. (1988). Efficiency, Auction and Exchange, en *Markets, Morals and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 95.

- ²³ IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.W. (2011). *Op. Cit.*, pp. 146 y ss.
- ²⁴ DOMENECH PASCUAL, G. (2014). *Op. Cit.* 2014, pp. 127-130.
- ²⁵ HORWITZ, M.J. (1980). Law and economics: Science or Politics? *Hofstra Law Review* n.º 8, pp. 905-912.
- ²⁶ CONGREGADO RODRÍGUEZ DE AGUILERA, E.; POMARES HERNÁNDEZ, J.I.; RAMA MATÍAS, E. (2000). Análisis económico del derecho: una revisión selectiva de la literatura reciente, en *Derecho y Conocimiento*. Volumen 1, p. 332.
- ²⁷ IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.W. (2011). *Op. Cit.*, pp. 170 y ss.
- ²⁸ COASE, R.H. (1988). *Op. Cit.*, p. 23.
- ²⁹ COASE, R.H. (1960). *Op. Cit.*, pp. 2, 13.
- ³⁰ SHAVELL, S. (2016). *Fundamentos del análisis económico del Derecho*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, p. 86.
- ³¹ SERRANO SANTAMARÍA, A. (2019). *Aire, viento y parques eólicos: aspectos jurídico-privados*. (dir. C. Rogel Vide; S. Díaz Alabart). Madrid: Reus, pp. 135 y ss.
- ³² Una referencia al concepto de precaución relacionado con el derecho de daños, en POLINSKY, A.M. (1985). *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Barcelona: Ariel, pp. 55 y ss.
- ³³ Traemos a colación aquí la noción de contrato perfecto. Al respecto, NICOLAU, N.L. (2004). El rol de la buena fe en la moderna concepción del contrato, en AA.VV. (GARRIDO CORDOBERA, L.M.R.; KLUGER, V. Coord.). *Tratado de la buena fe en el derecho*. Buenos Aires: La Ley, pp. 75-99.
- ³⁴ SHAVELL, S. (2016). *Op. Cit.*, p. 117.
- ³⁵ FLORIANO CORRALES, C. (1988). *Derecho y Economía. Una aproximación al análisis económico del derecho*. Badajoz: Universidad de Extremadura, pp. 109-111; NORTH, D. (1993). *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México: Fondo de Cultura Económica, pp. 139, 140.
- ³⁶ SHAVELL, S. (2016). *Op. Cit.*, pp. 102-103.
- ³⁷ KAPLOW, L.; SHAVELL, S. (2002). On the Superiority of Corrective Taxes to Quantity Regulation. *American Law and Economics Review* n.º 4, pp. 1-17.
- ³⁸ SHAVELL, S. (2016). *Op. Cit.*, pp. 235 y ss.
- ³⁹ Respecto al conflicto entre los incentivos sociales y particulares en el uso del sistema legal, SHAVELL, S. (1997). The Fundamental Divergence between the Private and the Social Motive to Use the Legal System. *Journal of Legal Studies* n.º 26, pp. 575 y ss.
- ⁴⁰ Una relación entre el nivel de cuidado y el nivel de actividad en SHAVELL, S. (1980). Strict Liability versus Negligence. *Journal of Legal Studies* n.º 9, pp. 1 y ss.
- ⁴¹ SHAVELL, S. (2016). *Op. Cit.*, pp. 277-279.
- ⁴² En cuanto al problema de la insolvencia del agente del daño y su incidencia en la suscripción de un contrato de seguro, HUBERMAN, G.; MAYERS, D.; SMITH, C.W. (1983). Optimal Insurance Policy Indemnity Schedules. *Bell Journal of Economics* n.º 14, pp. 415-426.
- ⁴³ KORNHAUSER, L.A.; REVESZ, R.L. Regulation of Hazardous Wastes. *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Vol. 3. Macmillan. Londres. 1998, pp. 238-242.
- ⁴⁴ THOMAS, D.A. (ed.). (1994). *Thompson on Real Property*. Vol. 8. Charlottesville: Michie Company, pp. 122-124.
- ⁴⁵ WITTMAN, D. (1981). Optimal Pricing of Sequential Inputs: Last Clear Chance, Mitigation of Damages and Related Doctrines in the Law. *Journal of Legal Studies* n.º 10, pp. 67 y ss.
- ⁴⁶ SCHÄFER, H-B; OTT, C. (1991). *Manual de análisis económico del derecho civil*. Madrid: Tecnos, pp. 261-263.

- ⁴⁷ BERNAD MAINAR, R. (2020). Un nuevo enfoque de los contratos bajo la perspectiva del análisis económico del derecho (AED). *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* n.º 1, pp. 31-37.
- ⁴⁸ NORTH, D. (1993). *Op. Cit.*, pp. 139, 140.
- ⁴⁹ LARENZ, K. (1956). *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: EDERSA.
- ⁵⁰ BERNAD MAINAR, R. (2006). *Curso de Derecho privado romano*. Caracas: Publicaciones UCAB, pp. 399-406.
- ⁵¹ LUHMANN, N. (1997). *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Barcelona: Paidós. Pensamientos Contemporáneos. ICE Universidad de Barcelona, p. 60.
- ⁵² BETTI, E. (2000). *Teoría del negocio jurídico*. Granada: Comares, pp. 57, 58.
- ⁵³ Sobre el fenómeno en general de la especialización normativa, BUSTOS PUECHE, J.E. (1998). Sugerencias para reflexionar sobre el fenómeno de la especialización normativa. *ADC*. LI-3, pp. 1071-1113.
- ⁵⁴ POSNER, R. (2007). *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, pp. 271 y ss., 432, 443 y ss., 831.
- ⁵⁵ KRONMAN, A. (1980). Contract Law and Distributive Justice. *Yale Law Journal* n.º 89, p. 483, 484.
- ⁵⁶ NOZICK, R. (1990). *Anarquía, Estado y utopía*. México: Fondo de Cultura Económica.
- ⁵⁷ HAYEK, F.A. (1988). *La fatal arrogancia. Los errores del socialismo*. Obras Completas Vol. 1. Buenos Aires: Unión Editorial, pp. 142 y ss., [En línea] <http://www.ilcebolivia.org/libro/hayek-la-fatal-arrogancia/> (consultado con fecha 8/10/2018); MACKENZIE, D.W. (2013). *El mito del fallo del mercado*, [En línea] <http://www.mises.org.es/2013/03/el-mito-del-fallo-del-mercado/> (consultado 13/11/2018).
- ⁵⁸ VALLE, F.G.M. (2008). El concepto Hayekiano de orden espontáneo. *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados* N.º 49 Octubre. Buenos Aires, pp. 186-212.
- ⁵⁹ POSNER, R.A. (2010). Hayek, ley y cognición. *Revista Foro Jurídico* n.º 10. PUCP, p. 123, [En línea <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18547> (consultado 02/01/2019).
- ⁶⁰ WAPSHOTT, N. (2013). *Keynes VS Hayek. El choque que definió la economía moderna*. Barcelona: Deusto Ediciones, pp. 45 y ss.
- ⁶¹ BULLARD GONZÁLEZ, A. (2010). *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra, p. 319; POSNER, R. (2007). *Op. Cit.*, pp. 202, 214, 221.
- ⁶² POSNER, R. (2007). *Op. Cit.*, pp. 178 y ss.
- ⁶³ GARRIDO GÓMEZ, M.I. (2011). Lo que queda del principio clásico pacta sunt servanda. *Derecho y Cambio Social* n.º 25, pp. 1 y ss.
- ⁶⁴ BERNAD MAINAR, R. (2006). *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*. Tomo II. Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. UCV, pp.183-186.
- ⁶⁵ FLORIANO CORRALES, C. (1998). *Op. Cit.*, pp. 98, 99.
- ⁶⁶ MONTEIRO PESSOA, R. (2013). El interés económico de las partes y el incumplimiento contractual. *Revista de Derechos Fundamentales* n.º 10. Universidad Viña del Mar, p. 87, [En línea] <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4754545> (consultado 7/10/2018).
- ⁶⁷ KRONMAN, A. (1980). *Op. Cit.*, p. 474. Una crítica a la tesis distributiva de Kronman en HEVIA, M. (2008). Kronman, el derecho de los contratos y la justicia distributiva. *Isonomía* n.º 29. Octubre, pp. 178 y ss.

- ⁶⁸ POSNER, R.A. (2007). *Op. Cit.*, pp. 36 y ss.
- ⁶⁹ HORWITZ, M.J. (1980). *Op. Cit.*, p. 911.
- ⁷⁰ RAWLS, J. (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, pp. 74, 75.
- ⁷¹ ROBINSON, J., en MACKAAY, E. (1982). *Economist of Information and Law*. Amsterdam: Kluwer & Nijhoff Publ., p. 26.
- ⁷² COOTER, R.; ULEN, T. (2016). *Law and Economics*. Berkeley: Addison-Wesley. Berkeley Law Books. Book 2, pp. 277 y ss.
- ⁷³ BARCIA LEHMAN, R. (2004). Los efectos de las obligaciones desde la perspectiva del análisis económico del derecho. *Cuadernos de análisis jurídico: Colección derecho privado*. Vol. 1. Santiago de Chile: Facultad de Derecho, p. 138.
- ⁷⁴ ATAZ LÓPEZ, J.; SALELLES CLIMENT, J.R. (2013). *La libertad contractual y sus límites*. Tratado de contratos (dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.). Vol. 1. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 139 y ss.
- ⁷⁵ BETTI, E. (1969). *Teoría general de las obligaciones*. Tomo I. Madrid: EDERSA, p. 118.
- ⁷⁶ BETTI, E. (1969). *Op. Cit.*, p. 61.
- ⁷⁷ En expresión de COOTER, R.; ULEN, T. (1998). *Derecho y Economía*. México: Fondo de Cultura Económica, pp. 276 y ss.), el derecho contractual aborda las relaciones entre individuos para quienes los costos de transacción en la adopción de acuerdos privados son relativamente bajos, a diferencia de lo que sucede en el campo correspondiente a la responsabilidad civil extracontractual (Tort law, pp. 187 y ss.).
- ⁷⁸ BARCIA LEHMAN, R. (1998). *Op. Cit.*, pp. 150-152.
- ⁷⁹ Al respecto, TORRES LÓPEZ, J. (1987). *Análisis económico del derecho. Panorama actual*. Madrid: Tecnos, p. 57.
- ⁸⁰ NICITA, A. (2005). *L'analisi economica dei contratti*. Siena: Carocci editore. Universidad de Siena, p. 8.
- ⁸¹ PLATA LÓPEZ, L.C. (2005). La naturaleza social y económica del contrato. *Revista de Derecho. Universidad del Norte* n.º 23, pp. 97-110.
- ⁸² TORRES LÓPEZ, J. (1987). *Op. Cit.*, pp. 13-15.
- ⁸³ FLORIANO CORRALES, C. (1998). *Op. Cit.*, pp. 23, 24, 31.
- ⁸⁴ REHBINDER, M. (1981). *Sociología del Derecho*. Madrid: Pirámide, pp. 155-170.
- ⁸⁵ CARRASCO PERERA, A. (Dir.) (2017). *Lecciones de Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos en general*. 3.ª ed. Madrid: Tecnos, pp. 26 y ss.
- ⁸⁶ TORRES LÓPEZ, J. (1987). *Op. Cit.*, pp. 47 y ss.
- ⁸⁷ QUEROL ARAGÓN, N. (2014). *Análisis económico del Derecho*. Madrid: Dykinson, p. 77.
- ⁸⁸ QUEROL ARAGÓN, N. (2014). *Op. Cit.*, p. 81.
- ⁸⁹ COASE, R.H. (1981). El problema del coste social. *Hacienda Pública Española* n.º 68, pp. 245-274. Una versión digital [En línea] http://www.ebour.com.ar/ensayos_meyde/Coase%20-%20El%20problema%20del%20coste%20social%202011.pdf, pp. 41 y ss. (consultado 20/02/2018).
- ⁹⁰ POSNER, R.A. (2007). *Op. Cit.*, pp. 61, 62.
- ⁹¹ STRAFFIN, P.D. (1993). *Game theory and strategy*. New York: Mathematical Association of America, p. 27.
- ⁹² DAVIS, M.D. (1986). *Introducción a la teoría de los juegos*. Madrid: Alianza, p. 18.
- ⁹³ POSNER, R. (2007). *Op. Cit.*, pp. 160-169.
- ⁹⁴ TORRES LÓPEZ, J. (1987). *Op. Cit.*, pp. 56 y 57.
- ⁹⁵ SCHÄFER, H-B.; OTT, C. (1991). *Manual de análisis económico del derecho civil*. Madrid: Tecnos, pp. 279, 280.

- ⁹⁶ BAYÓN, J.C. (1994). Eficiencia e inalienabilidad. *Cuadernos Doxa* 15-16, p. 972.
- ⁹⁷ BARCIA LEHMAN, R. (2004). *Op. Cit.* 2004, p. 133.
- ⁹⁸ Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, 10 de julio de 2003 (artículos 9-11).
- ⁹⁹ Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre.
- ¹⁰⁰ SCHÄFER, H-B.; OTT, C. (1991). *Op. Cit.*, p. 28.
- ¹⁰¹ SCHÄFER, H-B.; OTT, C. (1991). *Op. Cit.*, pp. 26, 27.
- ¹⁰² BARCIA LEHMAN, R. (2004). *Op. Cit.*, p. 133.
- ¹⁰³ QUEROL ARAGÓN, N. (2014). *Op. Cit.*, p. 87.
- ¹⁰⁴ NICOLAU, N.L. (2004). El rol de la buena fe en la moderna concepción del contrato, en AA.VV. (Garrido Cordobera, L.M.R.; Kluger, V. Coord.). *Tratado de la buena fe en el derecho*. Buenos Aires: La Ley, pp. 75-99.
- ¹⁰⁵ GARRIDO CORDOBERA, L.M.R. (2006). La negociación contractual y el análisis económico, en *Análisis económico del Derecho* (Comp. Kluger, V.). Buenos Aires: Heliasta, p. 148.
- ¹⁰⁶ QUEROL ARAGÓN, N. (2014). *Op. Cit.*, p. 87.
- ¹⁰⁷ FLORIANO CORRALES, C. (1998). *Op. Cit.*, pp. 106 y ss.
- ¹⁰⁸ QUEROL ARAGÓN, N. (2014). *Op. Cit.*, pp. 86 y 87.
- ¹⁰⁹ SCHÄFER, H-B.; OTT, C. (1991). *Op. Cit.*, p. 261.
- ¹¹⁰ SCHÄFER, H-B.; OTT, C. (1991). *Op. Cit.*, p. 263.
- ¹¹¹ GARRIDO CORDOBERA, L.M.R. (2008). La negociación contractual y el análisis económico. *Pensar* n.º 13, 1, p. 25.
- ¹¹² FLORIANO CORRALES, C. (1998). *Op. Cit.*, pp. 109-111.
- ¹¹³ NORTH, D. (1993). *Op. Cit.*, pp. 139, 140.
- ¹¹⁴ FLORIANO CORRALES, C. (1998). *Op. Cit.*, p. 108.
- ¹¹⁵ QUEROL ARAGÓN, N. (2014). *Op. Cit.*, pp. 88 y 89.
- ¹¹⁶ NORTH, D. (1993). *Op. Cit.*, p. 85.
- ¹¹⁷ BAIRD, D.G.; GERTNER, R.H.; PICKER, R.C. (1994). *Game Theory and the Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- ¹¹⁸ Al respecto, LUHMANN, N. (1996). *Confianza*. Barcelona: Anthropos.
- ¹¹⁹ COASE, R. (1960). The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, pp. 15 y ss., [En línea] <http://www2.econ.iastate.edu/classes/tsc220/hallam/Coase.pdf> (consultado 18/10/2018).
- ¹²⁰ QUEROL ARAGÓN, N. (2014). *Op. Cit.*, p. 87.
- ¹²¹ PLATA LÓPEZ, L.C. (2005). *Op. Cit.*, p. 103.
- ¹²² PLATA LÓPEZ, L.C. (2005). *Op. Cit.*, p. 105.
- ¹²³ SCHÄFER, H-B.; OTT, C. (1991). *Op. Cit.*, p. 263.
- ¹²⁴ COOTER, R.; ULEN, T. (1998). *Op. Cit.*, pp. 256 y ss.
- ¹²⁵ SCHÄFER, H-B.; OTT, C. (1991). *Op. Cit.*, pp. 282-284.
- ¹²⁶ BULLARD GONZÁLEZ, A. (2007). De acuerdo en que no estamos de acuerdo: análisis económico de la interpretación contractual. *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados* n.º 47, p. 36.
- ¹²⁷ BULLARD GONZÁLEZ, A. (2007). *Op. Cit.*, p. 45.
- ¹²⁸ PLATA LÓPEZ, L.C. (2005). *Op. Cit.*, p. 108.
- ¹²⁹ GARRIDO CORDOBERA, L.M.R. (2008). Las desigualdades negociales y la trascendencia del poder en la negociación contractual. *Universitas* n.º 115. Bogotá, pp. 213 y ss.

- ¹³⁰ SCHÄFER, H.-B.; OTT, C. (1991). *Op. Cit.*, pp. 318-320.
- ¹³¹ GARRIDO CORDOBERA, L.M.R. (2008). *Op. Cit.*, p. 27.
- ¹³² BARCIA LEHMAN, R. (2004). *Op. Cit.*, pp. 145-147.
- ¹³³ PLATA LÓPEZ, L.C. (2005). *Op. Cit.*, pp. 107-110.
- ¹³⁴ SHAVELL, S. (2016). *Op. Cit.*, pp. 337-340.
- ¹³⁵ SCHÄFER, H.-B.; OTT, C. (1991). *Op. Cit.*, pp. 287-291.
- ¹³⁶ SCHÄFER, H.-B.; OTT, C. (1991). *Op. Cit.*, pp. 219 y ss.
- ¹³⁷ BARCIA LEHMAN, R. (2004). *Op. Cit.*, p. 145.
- ¹³⁸ SHAVELL, S. (2016). *Op. Cit.*, pp. 299, 300.
- ¹³⁹ SCHÄFER, H.-B.; OTT, C. (1991). *Op. Cit.*, p. 98.
- ¹⁴⁰ BERNAD MAINAR, R. (2010). Sobre la función preventiva de la responsabilidad civil. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 1. Madrid, pp. 68-73, 78 y ss.
- ¹⁴¹ MITCHEL POLINSKI, A. (1985). *Op. Cit.*, pp. 53 y ss.
- ¹⁴² POSNER, R. (2007). *Op. Cit.*, pp. 297 y ss.
- ¹⁴³ MITCHEL POLINSKI, A. (1985). *Op. Cit.*, pp. 64-67.
- ¹⁴⁴ SHAVELL, S. (2016). *Op. Cit.*, pp. 195 y ss.
- ¹⁴⁵ BERNAD MAINAR, R. (2006). *Op. Cit.* II, pp. 192 y ss.
- ¹⁴⁶ POSNER, R. (2007). *Op. Cit.*, pp. 322 y ss.
- ¹⁴⁷ COOTER, R.; ULEN, T. (2008). *Op. Cit.*, p. 449.
- ¹⁴⁸ POSNER, R. (2007). *Op. Cit.*, p. 169.
- ¹⁴⁹ MONTEIRO PESSOA, R. (2013). *Op. Cit.*, p. 103.
- ¹⁵⁰ BARCIA LEHMAN, R. (2004). *Op. Cit.*, p. 149.
- ¹⁵¹ BAIRD, D.G.; GERTNER, R.H.; PICKER, R.C. (1994, 1998). *Game Theory and the Law*. Cambridge, Londres: Harvard University Press, p. 89.
- ¹⁵² SCHÄFER, H.-B.; OTT, C. (1991). *Op. Cit.*, pp. 267 y ss.
- ¹⁵³ SCHÄFER, H.-B.; OTT, C. (1991). *Op. Cit.*, pp. 275, 276.
- ¹⁵⁴ MITCHEL POLINSKI, A. (1985). *Op. Cit.*, pp. 75-77.
- ¹⁵⁵ SHAVELL, S. (2016). *Op. Cit.*, pp. 358-360.
- ¹⁵⁶ PLATA LÓPEZ, L.C. (2005). *Op. Cit.*, p. 107.
- ¹⁵⁷ BECKER, G.S. (1993). *A treatise on family*. Cambridge: Harvard University Press, [En línea] <https://brunofvieira.files.wordpress.com/2012/12/gary-becker-a-treatise-on-the-family.pdf> (consultado 14/02/2025); POSNER, R. (2007). *Op. Cit.*, p. 238.
- ¹⁵⁸ BARCIA LEHMAN, R. (2011). Análisis económico del derecho de familia: una breve mirada al derecho de familia como una forma de promover la estabilidad del matrimonio. *Revista del Magister y Doctorado en Derecho* n.º 4, [En línea] https://r.search.yahoo.com/_ylt=AwrlEJKS5clnyT4iYky_wt.;_ylu=Y29sbwMEcG9zAzEEdnRpZAMEc2VjA3Ny/RV=2/RE=1741313554/RO=10/RU=https%3a%2f%2fwww.academia.edu%2f74919765%2fAn%-25C3%25A1lisis_econ%25C3%25B3mico_del_derecho_de_familia_una_breve_mirada_al_derecho_de_familia_como_una_forma_de_promover_la_estabilidad_del_matrimonio/RK=2/RS=mTTWdGbm70Vpcb06NidoaGmsl6A- (consultado 6/03/2025).
- ¹⁵⁹ POSNER, R. (2007). *Op. Cit.*, p. 262.
- ¹⁶⁰ POSNER, R. (2007). *Op. Cit.*, p. 241.
- ¹⁶¹ SHAVELL, S. (2016). *Op. Cit.*, pp. 64 y ss.
- ¹⁶² SHAVELL, S. (2016). *Op. Cit.*, p. 70.
- ¹⁶³ SHAVELL, S. (2016). *Op. Cit.*, p. 71.
- ¹⁶⁴ POSNER, R. (2007). *Op. Cit.*, pp. 795, 796.

La protección del consumidor
ante la contratación de microcréditos
o créditos rápidos, préstamos personales
y créditos o tarjetas *revolving* como
instrumentos alternativos de financiación

*Consumer protection when contracting
microcredits or quick credits, personal
loans and revolving credits or cards as
alternative financing instruments.*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil (acreditada a profesor Titular).
Universidad Complutense de Madrid.*

RESUMEN: El presente estudio se va a centrar en el análisis de los diferentes instrumentos jurídico-financieros que se ponen a disposición del consumidor como préstamos al consumo, microcréditos o créditos rápido, créditos *revolving* y los diferentes recursos de los que puede valerse aquél para una adecuada protección. Nos estamos refiriendo, por un lado, a la necesidad de información pre-contractual y, por otro, al control de incorporación, transparencia y abusividad y en la nulidad de tales instrumentos.

ABSTRACT: This study is going to centre on the analysis of the various legal and financial instruments available to consumers, such as consumer loans, microcredits, quick loans, and revolving credits, and the various resources available to them for adequate protection. We are referring, on the one hand,

to the need for pre-contractual information and, on the other, to the control of incorporation, transparency, and abusiveness and that can lead to the invalidity of such instruments.

PALABRAS CLAVES: Consumidor, préstamos personales, microcréditos, créditos rápidos, créditos *revolving*, información precontractual, riesgo, control de incorporación, transparencia y abusividad, usura, nulidad.

KEYWORDS: *Consumer, personal loans, microcredit, quick loans, revolving credit, pre-contractual information, risk, incorporation control, transparency and abusiveness, usury, nullity.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. MICROCRÉDITOS O CRÉDITOS RÁPIDOS.—III. PRÉSTAMOS O CRÉDITOS AL CONSUMO: 1. LA NUEVA DIRECTIVA DE CRÉDITO AL CONSUMO: EL DEBER DE INFORMACIÓN Y EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA.—IV. CRÉDITOS O TARJETA *REVOLVING*: CONCEPTO Y CARACTERES.—V. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR: EL CONTROL DE INCORPORACIÓN Y EL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN LOS PRÉSTAMOS AL CONSUMO Y CRÉDITO *REVOLVING*.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFIA.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN.

Son varios los instrumentos financieros que se ofrecen al consumidor como: microcréditos o créditos rápidos, préstamos personales y, tarjetas y créditos *revolving*.

Tienen como principal objetivo ofrece una financiación rápida para satisfacer necesidades económicas propiciadas por el propio consumidor, o de exigencias perentorias ante una situación de angustia o imperativa.

La problemática se deriva de la falta de información financiera del producto, una adecuada evaluación de la solvencia del consumidor y de los altos tipos de interés. La ventaja, si así se puede definir, deriva de su rápido acceso a la cuantía monetaria solicitada.

A todos los productos financieros mencionados vamos a hacer referencia, a las exigencias normativas aprobadas en la línea de protección del consumidor, que están pendiente de aprobación o desarrollo y de la postura doctrinal y jurisprudencial desarrollada orientada, entre otros fines, a la sanción de los intereses remuneratorios usurarios o al cumplimiento de los llamados controles de inclusión o incorporación o de control de transparencia, pues, operamos sobre el objeto principal del producto financiero (tipo de interés remuneratorio) a la par de

la exigencia de cumplimiento de un deber de información pre y post contractual y la necesaria evaluación de la solvencia del consumidor para evitar que se convierta en un “deudor cautivo”. A tal fin, dedicaremos un análisis, asimismo, a las tarjetas o créditos *revolving* por su ingente operatividad práctica y contratación y la numerosa jurisprudencia desarrollada por nuestro Tribunal Supremo, Sala de lo Civil en la que se pretende concretar tanto su concepto como alcance y efectos de su aplicación en el consumidor contratante¹.

En todo caso, resulta necesario referirnos a los avances de la regulación sectorial acometidos en áreas como el crédito al consumo, los servicios de pago o la publicidad; y, asimismo, a la enorme transformación que la comercialización de servicios bancarios ha experimentado desde los primeros años noventa hasta la actualidad. Transformación estrechamente vinculada a circunstancias como la enorme expansión del crédito, especialmente hipotecario, al aumento y completa generalización del acceso minorista a los servicios bancarios, la aparición de nuevos instrumentos financieros de creciente complejidad, la difusión del empleo de las nuevas tecnologías en las relaciones con los clientes y, no cabe duda, debido también a la profunda crisis del sector financiero durante los años más recientes.

II. MICROCRÉDITOS O CRÉDITOS RÁPIDOS

También conocidos en la versión inglesa como “*payday loans*” o “*high-cost short-term credit*”. En el Portal del Cliente Bancario del Banco de España se indica que, son préstamos de reducido importe cuyo destinatario no cuenta con los recursos o garantías suficientes para acceder a una financiación que le permita poner en marcha su proyecto. De ahí que, la finalidad de estos microcréditos resida en la realización de un proyecto o una oportunidad de negocio². Su concesión puede tener lugar mediante una llamada telefónica o por internet, el importe suele ser reducido como también el plazo de devolución, con unas condiciones preferentes, no se exigen avales u otro tipo de garantías; si bien, como en los créditos rápidos tienen unos tipos de interés elevados con respecto a la media de los créditos o préstamos personales. Para su tramitación, no se exigen muchos trámites y gestiones para su concesión —basta con el DNI, una nómina, algún recibo y los datos de la cuenta bancaria—; y, además, son flexibles a la hora de devolver el dinero del banco. Conllevan la mayoría de las veces la exigencia de un seguro para el caso de impago. Normalmente, quienes ofrecen este producto financiero son establecimientos financieros o de crédito y se caracterizan principalmente por: 1. Una publicidad muy agresiva, en internet, redes sociales, radio o televisión, destacando la facilidad en su concesión y contratación, pero sin apenas ofrecer información

sobre su contenido al consumidor demandante; 2. Ofertan cantidades de dinero no muy elevadas; 3. No se exigen apenas garantías para su concesión, es frecuente que basta que el posible cliente posea una cuenta bancaria, un teléfono móvil y un correo electrónico; 4. El plazo de devolución suele ser muy corto (a menos un mes); y, 5. Los intereses remuneratorios suelen ser superior a otras operaciones de financiación; en concreto, préstamos o créditos personales.

En esta línea, AGÜERO ORTIZ manifiesta que “son préstamos cuyos intereses se devengan por días o, a lo sumo, meses sin que, en ningún caso alcancen el año de duración”. Indica, asimismo la autora que “son préstamos que no cuentan con ninguna garantía real ni personal y tampoco están respaldados por depósitos”. Además señala que “dado que las entidades prestamistas no son depositarias, no se requiere domiciliación de nóminas, ni recibos por parte del prestatario”³. Precisamente, señalan ENRICH GUILLÉN y ARANDA JURADO que “no se realizan comprobaciones de la capacidad de pago del solicitante, pues basta con que tenga una pensión o nómina periódica, aunque sea de poco importe”. Incluso en algunos microcréditos, añaden “no se requiere la justificación de ingresos”. Tampoco indican los citados autores “se exige una justificación del gasto a resolver con la financiación”⁴. Por otra parte, como indica el artículo 6 d) de la Ley 16/2011, de 24 de junio de Contrato del Crédito al Consumo (LCCC) la tasa anual equivalente (TAE) representa el coste total del crédito para el consumidor, expresado como porcentaje anual del importe total del crédito concedido, más los costes contemplados en el apartado 2 del artículo 32, si procede. Estos costes son, según prevé el artículo 32.2 de la citada LCCC, todos los costes que no tengan relación con el incumplimiento de la obligación principal. Sobre tales bases, partiendo de la consideración que la TAE es una tasa anual, esto es, representa lo que el consumidor pagaría en un año. Pues bien, al ser los microprestamos productos de duración inferior a un año, no procede la aplicación de la TAE como referencia del tipo de interés. De ahí que, resulte imposible que se pueda conocer la onerosidad real del microprestamos, aplicando, precisamente, un TAE anual⁵.

Ahora bien, actualmente ninguna entidad pública que tenga encomendada la función de recabar los datos sobre los precios de los microprestamos, ni pública estadísticas sobre los mismos. Además el Banco de España no tiene la obligación de publicar estadísticas relativas a precios de empresas fuera de su supervisión. Ciertamente, para la determinación del tipo medio de operaciones de crédito extrabancarias —no concluidas por entidades de crédito— no se puede acudir a las estadísticas que publica la citada Autoridad crediticia, precisamente, para los préstamos concedidos por prestamistas (entidades bancarias o de crédito)⁶. Se trata de establecimientos financieros ni sujetas a obligaciones de autorización previa y registros.

De ahí que, sea desde el ámbito académico el que haya procedido a llevar a cabo tal misión. El más reciente es en informe emitido por el Centros de Estudios

de Consumo (CESCO). En el que se recoge y verifica los tipos medios aplicados a los micropréstamos concedidos por empresas asociadas a AEMIP, así como los datos obtenidos de estos precios por asociaciones independientes de consumidores ASUFIN y FACUA. En dicho informe en 2024: en un micropréstamos de 100 euros: 37,94% de interés; de 300 euros: 111,26%; de 500 euros: 182,51.

En este contexto, la Asociación Española de Microcréditos (AEMIP) es una asociación que representa el interés de empresas y negocios que ofrecen micropréstamos a corto plazo no garantizados más que con la simple garantía personal, conocidos como microcréditos, micropréstamos, anticipos de nómina, préstamos rápidos u otras denominaciones análogas.

Los asociados ofrecen microcréditos online, por cualquier medio telemático o a distancia y están sometidos a la legislación española en vigor que les sea de aplicación. Los micropréstamos o créditos rápidos son préstamos de 50€ a 1.500€ concedidos con inmediatez por mecanismos de contratación a distancia, ya sea por medios electrónicos o telefónicos, carentes de garantías reales, con una duración inferior a 12 meses, lo cual conlleva que sean de mayor coste.

Esta Asociación ha elaborado un Código de Buenas Prácticas para la concesión de microcréditos.

El objetivo de este Código es garantizar el cumplimiento por parte de sus miembros de las presentes buenas prácticas acordadas y diseñadas por la Asociación, con la finalidad de establecer un decálogo de normas de obligado cumplimiento que protejan y beneficien a los clientes y consumidores, a la vez que se fomente un uso responsable del producto, habida cuenta sus características peculiares que lo distinguen de los productos financieros tradicionales, siendo que no pueden serles de aplicación analógica o directa las normas diseñadas para realidades superadas por el estado actual de la tecnología y el contexto social actual. La Asociación y sus asociados deberán publicitar este Código, dándolo a conocer a sus clientes, poniéndolo a su disposición e informando sobre los detalles del procedimiento de reclamación⁷.

Se ha aprobado la Directiva (UE) 2021/2167/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2021, sobre los administradores de crédito y los compradores de crédito (conocidos como “*services*”) y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2014/17/UE —Directiva NPLs— tiene como objetivo garantizar la estabilidad financiera y establecer unos estándares adecuados de gestión de riesgo de crédito, armonizados entre Estados Miembros. Está siendo objeto de transposición a través del Proyecto de Ley de Administradores y Compradores de Crédito, aunque no sean normas dirigidas directamente a las entidades no reguladas del sector de los micropréstamos; si modifica, como analizaremos oportunamente, la LCCC que, sí puede ser de aplicación directa. En todo caso, el proyecto establece garantías adicionales para la protección de los

prestatarios, garantizando un trato adecuado e información suficiente. Se hace especial referencia a las obligaciones de transparencia y los derechos de los prestatarios sobre modificaciones unilaterales del contrato. Refuerzo especialmente la protección de los consumidores financieros que se encuentran en situación de vulnerabilidad económica, que son los beneficiarios del ingreso mínimo vital. Asimismo, el proyecto establece una política de renegociación de deudas en los casos en los que el prestatario incumpla sus obligaciones de pago; también, contempla medidas encaminadas a alcanzar acuerdos de renegociación antes de abordar acciones judiciales como la exigencia total del préstamo o crédito. En casos de impagos por parte del consumidor, se limitan los intereses de demora a un máximo de la suma de los intereses ordinarios más de tres puntos porcentuales. Los gastos por reclamación de saldos pendientes de pago deberán corresponderse únicamente con los costes reales que asuma el prestamista. En fin, se aclaran las condiciones de las comisiones de amortización, en especial, cuando el préstamo esté vinculado directamente a la compra de bienes o servicios.

En este contexto procede señalar que, en 2025 la concesión de microcréditos en España y otros mercados muestra un auge, especialmente en el ámbito digital, más de 31,7 millones de euros en microcréditos en los primeros 8 meses de 2025, un 8.8% más que el año anterior. Las plataformas 100% online representan la vía principal de acceso, facilitando préstamos rápidos y sin trámites excesivos. Entidades como Microbank han incrementado su financiación a emprendedores, estudiantes y microempresas con un enfoque social; asimismo, las citadas plataformas online ofrecen préstamos rápidos (100€-10.000€) con procesos ágiles, la exigencia de requisitos tales como ingresos demostrables y con ofertas como 0% TAE para los primeros préstamos. Ciertamente, este crecimiento en la demanda sea visto impulsado por la necesidad de financiación accesible y la consolidación de la banca digital para necesidades personales y de pequeños negocios. Fintechs como Dinora han entrado en el mercado, operando con procesos digitales y de aprobación instantánea; Presta Puffin y Cash Go ofrecen importes desde 100€ y TAE desde 0%; Vivus ofrece 300€ gratis en 15 minutos para el primer préstamo. También hay convocatorias gubernamentales como la del Plan de Recuperación (2024/2025) que permitía presentar solicitudes hasta el 30 de septiembre de 2025 para ciertos fondos y cuenta con dos líneas de subvención: 1. Subvenciones a personas ocupadas o desempleadas que hayan realizado alguna de las formaciones digitales o de economía productiva recogidas en el Anexo II de la convocatoria. El coste de la formación realizada habrá de ser de al menos 600 euros, asumiendo, en su caso, la persona interesada la parte del coste de la formación que supere dicha ayuda; y, 2. Subvenciones a entidades impartidoras de formación por cada persona ocupada o desempleada formada en las acciones referidas a los programas formativos incluidos en el Catálogo de Especialidades

Formativas del Sistema Nacional de Empleo. La formación en las especialidades formativas, que se recogen en el Anexo III de la convocatoria, ha de ser impartida y acreditada por la entidad impartidora beneficiaria de la subvención.

III. PRÉSTAMOS O CRÉDITO AL CONSUMO.

Una parte importante de los préstamos personales a personas físicas son los llamados préstamos o créditos para consumo que, se regulan en la LCCC hasta la transposición de la Directiva (UE) 2023/2225, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, relativa a los contratos de crédito al consumo⁸. ALEMANY CASTELL define el préstamo o crédito al consumo como “operación por la que el principal prestado se entrega en una sola, está sujeto o a un calendario y/o al cumplimiento de unas condiciones y limitado a un plazo determinado. El préstamo se amortiza en una serie de pagos periódicos (cuotas) sin que pueda volverse a disponer. Se vincula la mayoría de las veces a una finalidad concreta sobre la que el prestamista (una entidad financiera) requiere una justificación documental determinada”⁹. El prestatario asume como obligación la devolución del principal y el abono de interés y gastos derivados de la operación. Se asocia a una libreta o cuenta corriente operativa a nombre del prestatario en la que se realizará el abono del préstamo y asimismo, se utiliza para el pago de las cuotas mensuales. En algunas ocasiones, se contrata un seguro de protección de pagos con el objeto de asegurar la amortización, total o parcial de mismo, en caso de que le suceda algo al prestatario (fallecimiento, incapacidad, paro prolongado).

Ahora bien, para que resulte de aplicación la citada Ley, los préstamos o créditos concedidos deben cumplir con los requisitos subjetivos y objetivos contenidos en la misma. Así, en cuanto al ámbito subjetivo de aplicación, se indica que el prestamista puede ser cualquier persona física o jurídica que, concede o se compromete a conceder un crédito en el ejercicio de su actividad comercial o profesional (artículo 2.2), lo que incluye a las entidades de crédito, mientras que el prestatario es una persona física que actúa al margen de su actividad comercial o profesional, con el propósito de satisfacer una necesidad de consumo. La LCCC define al consumidor como “la persona física que, en las relaciones contractuales reguladas por esta Ley, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional” (artículo 2.1). Además la Ley contempla la figura del “intermediario del crédito” como sujeto que, con carácter profesional y remunerado, presenta u ofrece los contratos, los celebra en nombre del prestamista o asiste a los consumidores en los trámites previos. En cuanto al ámbito objetivo de aplicación, la cantidad financiada oscila entre 200 y 75.000 euros. Si el importe del crédito supera este máximo, únicamente resultará aplicable a estos contratos lo dispuesto en los artículos 1 a 11, 14,

15 y 32 a 36 de la citada Ley (artículo 4.5); el reembolso de lo financiado es aplazado. Al respecto quedan expresamente excluidos los contratos en los que el reembolso único del capital deba realizarse en un plazo máximo de tres meses, siempre que han sido concedidos libres de intereses y gastos, o con gastos que no excedan en su conjunto del 1% del importe total del crédito. Habitualmente el crédito es oneroso. Se excluyen, asimismo, los contratos en los que su TAE es nula, salvo en el caso de “contratos vinculados” —aquellos en los que el crédito contratado sirve exclusivamente para financiar un contrato relativo al suministro de bienes o a la prestación de servicios específicos constituyendo ambos contratos una unidad comercial—, en los cuales se presumirá, salvo pacto en contrario, que el prestamista y el proveedor de bienes o servicios han pactado una retribución por la que este abonará a aquel una cantidad por la celebración del contrato. También se excluyen los contratos de crédito garantizado con hipoteca inmobiliaria; los contratos de arrendamiento o de arrendamiento financiero en los que no se establezca una obligación de compra del objeto del contrato por el arrendatario no en el propio contrato, ni en otro aparte; y, los contratos de crédito concedidos en forma de facilidad de descubierta y que tenga que reembolsarse en el plazo máximo de un mes (artículo 3).

Por otra parte, la LCCC en su artículo 16.1 prevé que, los préstamos sujetos a su ámbito de aplicación, concedidos a consumidores deberán constar “por escrito, en papel o soporte duradero y se redactarán con una letra que resulte legible y con un contraste de impresión adecuado” bajo pena de anulabilidad del contrato (artículo 21.1).

Ahora bien, en el capítulo II bajo la rúbrica “Información y actuaciones previas a la celebración del contrato de crédito” se regula la publicidad —condiciones que se recogerán de forma clara, concisa y destacada mediante ejemplo representativo—; la obligación de entrega —y el contenido— de la información precontractual, la obligación de facilitar, ante la solicitud del cliente, la oferta vinculante; y el deber de los prestamistas y, en su caso de los intermediarios de prestar asistencia al consumidor previo a la formalización del contrato, facilitándole las explicaciones adecuadas, de forma individualizada sobre el producto, incluidas las consecuencias de impago (artículos 8 a 13). De todas maneras, con respecto a la información precontractual prevista en el artículo 10, impone al prestamista la obligación de entregar información precontractual que deberá especificarse dentro de un formulario estandarizado denominado “Información normalizada europea sobre el crédito al consumo” (INE) que figura en el Anexo II, especificando en dicho documento que, se deberá facilitar al consumidor de forma gratuita con la debida antelación y antes de que el consumidor asuma cualquier obligación en virtud de un contrato u oferta de crédito sobre la base de las condiciones del crédito ofrecidas por el prestamista y, en su caso, de las preferencias manifestadas y

de la información facilitada por el consumidor¹⁰. Igual sucede con la información previa que, debe facilitarse en relación con determinados contratos de crédito a la que se refiere el artículo 12, que, igualmente, se facilitará mediante la INE que figura en este caso en el Anexo III. Entre la información que figura en ambas INE está el TAE, por lo que resulta esencial, dicha INE incluso para quien firma un crédito *revolving*. Además del cumplimiento de las obligaciones de información precontractual, el prestamista tiene la obligación de evaluar la solvencia del prestatario con carácter previo a la celebración del contrato, para lo cual podrá servirse de la información obtenida por sus propios medios y de la facilitada por el futuro prestatario, incluida la consulta a la base de datos (artículo 14). En todo caso, la carga de la prueba del incumplimiento de las obligaciones legales de información precontractual y de evaluación de la solvencia corresponde al prestamista. Ahora bien, el artículo 21 de la LCCC respecto a las omisiones o defectos en el clausulado detalla la penalización aplicable: 1. El incumplimiento de la forma escrita a que se refiere el párrafo primero del apartado 1 del artículo 16 dará lugar a la anulabilidad del contrato; 2. En el supuesto que el documento del contrato no contenga la mención a la tasa anual equivalente a la que se refiere la letra g) del apartado 2 del artículo 16, la obligación del consumidor se reducirá a abonar el interés legal en los plazos convenidos; 3. En el supuesto que el documento del contrato no contenga la mención a que se refiere la letra h) del apartado 2 del artículo 16, y siempre que no exista omisión o inexactitud en el plazo, la obligación del consumidor se reducirá a pagar el precio al contado o el nominal del crédito e los plazos convenidos. En el caso de omisión o inexactitud de los plazos, dicho pago no podrá ser exigido al consumidor antes de la finalización del contrato; 4. En el caso que los datos exigidos en el apartado 2 del artículo 16 y en el artículo 17 figuren en el documento contractual pero sean inexactos, se modularán, en función del perjuicio que debido a tal inexactitud sufra el consumidor, las consecuencias previstas en los apartados 2 y 3 anteriores.

Por último, cabe señalar que, en materia de transparencia bancaria, en lo no previsto en la LCCC, a los préstamos o créditos les será de aplicación lo previsto en el Título I y en el Capítulo I del Título III de la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, según preceptúa su artículo 33 (“Normativa de transparencia de los créditos al consumo”).

Sobre tales bases, REYNER SERRÀ señala la diferencia entre estos préstamos o créditos al consumo respecto a los créditos *revolving*. Así fija los siguientes: “1. El crédito *revolving* presenta frente al préstamo, una flexibilidad en forma de disponibilidad permanente de la parte no utilizada que, permite al acreditado su uso para satisfacer sus necesidades según se presenten; 2. En el crédito, a medida que se va pagando, se puede reutilizar hasta el límite y vencimiento establecidos. El préstamo no puede reutilizarse una vez amortizado total o parcialmente

por cualquier importe; 3. El crédito puede acompañarse (o no) a través de una tarjeta. El hecho de emitir la tarjeta permite al usuario otras facilidades, como por ejemplo, las disposiciones en efectivo en cajeros automáticos. Obviamente, no es el caso del préstamo; 4. El crédito no requiere normalmente la justificación de las necesidades, basta con la existencia del límite suficiente. En cambio en el préstamo, la justificación de la necesidad de los fondos es una parte importante del estudio de la operación; 5. El crédito permite la devolución anticipada sin esperar al vencimiento, mientras que el préstamo suele exigir la contraprestación a dicha facilidad en forma de una comisión de cancelación anticipada. En el caso de cuentas de crédito *revolving* a particulares, a diferencia de las de empresas, no suele ser habitual la existencia de una comisión por indisponibilidad; 6. Llegado el vencimiento de la operación, previa solicitud del acreditado y estudio del prestamista, el crédito puede renovarse por un nuevo plazo por el mismo o diferente límite en función del análisis realizado por la entidad financiera prestamista; 7. En el crédito, los intereses se pagan en función del grado de utilización del límite. En el préstamo se pagan por la totalidad del principal pendiente en cada momento; 8. El plazo del crédito suele ser más corto que el de un préstamo aunque, como se ha dicho, puede procederse a su renovación por el mismo o diferente límite; 9. El importe unitario medio de la operación de crédito *revolving* es habitualmente menor que el importe medio del préstamo; 10. El crédito *revolving* puede concederse tanto por los bancos como por establecimientos financieros de crédito (EFCs también conocidos como “financieras”)¹¹.

Por su parte, CARRASCO PERERA y CORDÓN MORENO destacan que, aunque la financiación con tarjeta de crédito es una forma de crédito al consumo, sin embargo, se trata de una modalidad muy distinta de la de los préstamos personales y sus diferencias son evidentes. Así indican: “1. El préstamo personal se otorga con una evaluación previa de solvencia del prestatario, las tarjetas de crédito no asociadas a un préstamo personal pueden o no otorgarse después de una evaluación del cliente, pero en todo caso bastante somera, porque la entidad sabe que la evaluación aquí y ahora no vale para predecir la situación económica en una previsión temporal normalmente larga, indefinida en principio; 2. El crédito concedido por medio de un préstamo al consumo es un crédito finalista, lo que permite a la entidad prestamista una más correcta evaluación de los medios y fines del prestatario; el crédito de tarjeta es un crédito general y abstracto, en el que el cliente elige los productos o servicios en los que aplicar la línea de crédito incorporada a la tarjeta. La mitad de los créditos personales se conceden para la compra de automóviles, producto es trazable, reposable, ejecutable. La aplicación mayoritaria del crédito de tarjeta a bienes intangibles o no trazables impide ya de principio el análisis de la adecuación de los fines; 3. El crédito personal tiene un plazo de vencimiento, al cabo del cual el capital ha de ser amortizado. El crédito de tarjeta no, lo que

incrementa notablemente el riesgo de impago, porque las condiciones económicas del cliente al tiempo de concesión de la tarjeta pueden dejar de existir en cualquier momento sucesivo; 4. El crédito personal puede —y en la financiación de activos de consumo como el automóvil es lo normal, comportando estos más de la mitad de los préstamos al consumo en total— contar con garantías reales (reserva de dominio) o personales; el crédito de tarjeta es siempre un crédito no garantizado. Las tarjetas emitidas por establecimientos financieros de crédito que, no son entidades de crédito, no disponen siquiera del recurso implícito a compensarse con las cuentas del cliente, porque el cliente no mantiene cuentas en aquéllos; 5. En el crédito personal vinculado a la prestación de servicios o entrega de bienes, el financiador y el prestador constituyen muchas veces una unidad económica que se lucra a la vez con el precio del bien y con la prima de financiación; en el crédito de tarjeta, el acreditado sólo se lucra con la comisión anual de la tarjeta y, eventualmente, el interés remuneratorio. Por eso, en la financiación del crédito comercial no es raro que el crédito que, se concibe como instrumento para aumentar las ventas, pueda concederse gratuitamente. Valga, el ejemplo de la tarjeta de pago y crédito comercial emitida por los grandes almacenes de venta minorista más populares de España; 6. El crédito personal siempre genera la obligación accesoria de pago del interés pactado. En la tarjeta *revolving* el interés solo se paga si el cliente decide aplazar el reintegro del capital dispuesto más allá del período de facturación; 7. El crédito personal se documenta de forma que el crédito esté incorporado a un título ejecutivo a efectos de ejecución; el contrato de tarjeta no, porque el título nunca puede predeterminar la cantidad cierta por la que eventualmente vaya a despacharse ejecución, ni el contrato se documenta en forma de póliza notarial; 8. La operación *revolving* es más costosa para la entidad o establecimiento financiero del crédito; 9. El riesgo de impago en las tarjetas proviene también de lo que los economistas han catalogado como un fenómeno de “selección adversa”; y 10. Riesgo operacional. Las operaciones de tarjeta requieren sistemas más complejos, lo que incrementa el riesgo por el uso fraudulento de la tarjeta”¹².

Asimismo, ENRICH GUILLÉN y ARANDA JURADO señalan que el clásico préstamo personal o pago aplazado se diferencia principalmente del crédito *revolving* por lo siguiente: “1. El préstamo personal carece de ese carácter rotativo característico del crédito renovable. Así en el préstamo personal no cabe la reutilización del capital amortizado por parte del prestatario; 2. La disposición del capital concedido en el préstamo personal es inmediata, una vez formalizado, y su disposición es total, no permitiéndose que quede a disposición del titular del préstamo una cantidad de la que puede disponer, según sus necesidades. Es por ello que no cabe en el préstamo personal la posibilidad de realizar reintegros de efectivo a requerimiento del prestatario; 3. El préstamo se concede para un plazo establecido y se cancela a su vencimiento, por lo que no cabe la renovación del mismo; 4. Tanto

la duración —plazo— como el importe —capital concedido— es distinto en cada una de estas figuras, siendo mayor —tanto el plazo como capital— en el préstamo que en el crédito rotativo; 5. En cuanto a las garantías exigidas por la entidad prestamista, en ocasiones y dependiendo de la situación económica y personal del prestatario, así como del importe solicitado, se puede solicitar garantías adicionales, como el aval de terceras personas. Esto no sucede en el crédito *revolving*; 6. Los intereses que se pactan en ambos contratos, suelen ser también distinto, siendo en esta ocasión más elevados en el crédito renovable que en el préstamo personal; 7. Para su formalización, la entidad financiera suele requerir la intervención del fedatario público, cuando se trata de un préstamo personal. En el caso de crédito revolvente no se requiere; 8. El préstamo tiene asociada una cuota a devolver; sin embargo, el crédito *revolving* puede estar o no sujeto a este tipo de cuota, más allá del importe dispuesto cada mes; 9. Habitualmente, la entidad financiera requiere justificar el gasto que se va para sufragar con el importe del préstamo y se asegura que se destina a dicha operación. En las operaciones de crédito revolvente, no se le exige al solicitante ningún tipo de justificación para sus disposiciones”¹³.

1. LA NUEVA DIRECTIVA DE CRÉDITO AL CONSUMO: EL DEBER DE INFORMACIÓN Y EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA.

La Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo establecía normas a nivel de la Unión en relación con los contratos de crédito al consumo. En 2014, la Comisión presentó un informe sobre la aplicación de la Directiva 2008/48/CE. En 2020, la Comisión presentó un segundo informe sobre la aplicación de dicha Directiva y un documento de trabajo de los servicios de la Comisión con los resultados de una evaluación de adecuación y eficacia normativa de dicha Directiva, que incluyó una amplia consulta de las partes interesadas.

Esos informes y consultas pusieron de manifiesto que la Directiva 2008/48/CE ha resultado parcialmente eficaz para garantizar elevados niveles de protección de los consumidores y fomentar el desarrollo de un mercado único de crédito, y que tales objetivos siguen siendo pertinentes, entre otros motivos por la redacción imprecisa de ciertos artículos, como en factores externos, por ejemplo, los cambios derivados de la digitalización, la aplicación práctica y el cumplimiento en los Estados miembros, así como en la existencia de ciertos aspectos del mercado de crédito al consumo que dicha Directiva no contempla.

Por otra parte, la digitalización ha contribuido a cambios en el mercado que no se previeron en el momento de la adopción de la Directiva 2008/48/CE. De hecho, los rápidos avances tecnológicos registrados desde la adopción de dicha Directiva han traído consigo cambios significativos en el mercado de los créditos

al consumo, tanto por el lado de la oferta como por el de la demanda, entre los que se encuentra la aparición de nuevos productos y la evolución del comportamiento y las preferencias de los consumidores.

En este contexto, se aprueba la Directiva (UE) 2023/2225 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, relativa a los contratos de crédito al consumo y por el que se deroga la Directiva 2008/48/CE. Esta Directiva debe aplicarse con independencia que el prestamista sea una persona física o jurídica. No obstante, la presente Directiva no debe afectar al derecho de los Estados miembros a reservar únicamente a las personas jurídicas o a algunas personas jurídicas la actividad de concesión de créditos al consumo. Ciertamente, la información a los consumidores, como las explicaciones adecuadas, la información precontractual, la información general y la información sobre consulta de bases de datos, debe proporcionarse gratuitamente. Se debe prestar especial atención a las necesidades de las personas con discapacidad.

Asimismo, esta Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos, en particular, en la Carta. En particular, esta Directiva respeta plenamente el derecho a la protección de datos de carácter personal, a la propiedad, a la no discriminación, a la protección de la vida familiar y profesional y a la protección de los consumidores con arreglo a la Carta.

Tiene por objeto establecer un marco común para la armonización de determinados aspectos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a los contratos de crédito al consumo (artículo 1).

A los efectos de esta Directiva se entenderá por: consumidor: una persona física que actúa con fines ajenos a su actividad comercial, empresarial o profesional; contrato de crédito: contrato mediante el cual un prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito en forma de pago aplazado, préstamo u otra facilidad de pago similar, exceptuados los contratos para la prestación continuada de servicios o para la entrega de bienes de un mismo tipo en el marco de los cuales el consumidor paga por tales bienes o servicios en cuotas periódicas mientras dure la prestación; la tasa anual equivalente o TAE: el coste total del crédito para el consumidor, expresado como porcentaje anual del importe total del crédito y calculado según se contempla en el artículo 30¹⁴; e información precontractual: la información que se proporciona antes de que el consumidor quede vinculado por un contrato de crédito o, cuando proceda, por la transmisión de una oferta vinculante, y que el consumidor necesita para poder comparar diferentes ofertas de crédito y tomar una decisión fundada sobre si celebrar el contrato de crédito.

Respecto a la información que debe proporcionarse antes de la celebración del contrato de crédito como información básica que debe figurar en la publicidad de los contratos de crédito establece el artículo 8 que: “1. Los Estados miem-

bros exigirán que la publicidad relativa a los contratos de crédito incluya una advertencia clara y destacada para poner en conocimiento de los consumidores que los préstamos cuestan dinero, utilizando la fórmula “Atención: tomar dinero prestado cuesta dinero” u otra equivalente; 2. Los Estados miembros exigirán que aquella publicidad de contratos de crédito que indique un tipo de interés o cualesquiera cifras relacionadas con algún coste del crédito para el consumidor incluya la información básica indicada en este artículo. La obligación a que se refiere el párrafo primero no se aplicará a los casos en que el Derecho nacional exija que se indique la tasa anual equivalente en aquella publicidad de contratos de crédito que no indique un tipo de interés o cualesquiera cifras relacionadas con algún coste del crédito para el consumidor en el sentido del párrafo primero; 3. La información básica será fácilmente legible o claramente audible, según proceda, y se adaptará a las limitaciones técnicas del medio utilizado para la publicidad, y especificará, de forma clara, concisa y destacada, todos los elementos siguientes: a) El tipo deudor, fijo y/o variable, junto con información sobre cualquier gasto incluido en el coste total del crédito para el consumidor; b) El importe total del crédito; c) La tasa anual equivalente; d) En su caso, la duración del contrato de crédito; e) En el caso de los créditos en forma de pago aplazado de un bien o servicio en particular, el precio al contado y el importe de los posibles anticipos; f) En su caso, el importe total adeudado por el consumidor y el importe de las cuotas periódicas”.

En cuanto a *la información general sobre los contratos de crédito* que proporcionen en sus locales los prestamistas o, en su caso, los intermediarios de crédito, se pondrá a disposición de los consumidores como mínimo en papel. Esta información general a que se refiere el apartado 1 incluirá, como mínimo: “a) La identidad, la dirección geográfica, el número de teléfono y la dirección de correo electrónico del emisor de la información; b) Los fines para los que puede emplearse el crédito; c) La duración posible del contrato de crédito; d) Las formas del tipo disponible, indicando si este es fijo o variable o una combinación de ambos, con una breve descripción de las características de los tipos fijos y variables, incluyendo sus implicaciones para el consumidor; e) Un ejemplo representativo del importe total del crédito, del coste total del crédito para el consumidor, del importe total adeudado por el consumidor y de la tasa anual equivalente; f) Una indicación de otros posibles costes, no incluidos en el coste total del crédito para el consumidor, que deben pasarse en relación con un contrato de crédito; g) La gama de las diversas opciones existentes para reembolsar el crédito al prestamista (incluyendo el número, la frecuencia y el importe de las cuotas de reembolso periódicas); h) Una descripción de las condiciones relacionadas directamente con el reembolso anticipado; i) Una descripción del derechos de desistimiento; j) Una indicación de los servicios accesorios que el consumidor esté obligado a

contratar para obtener el crédito o para obtenerlo en las condiciones ofrecidas y, en su caso, la aclaración que los servicios accesorios pueden contratarse con un proveedor distinto del prestamista; y, k) Una advertencia general sobre las posibles consecuencias de no cumplir los compromisos asociados al contrato de crédito”.

En relación a la *información contractual*: Los Estados miembros exigirán que el prestamista y, en su caso, el intermediario de crédito proporcionen al consumidor la información precontractual clara y comprensible necesaria para comparar diferentes ofertas a fin de tomar una decisión informada sobre la conveniencia de celebrar un contrato de crédito sobre la base de las condiciones de crédito ofrecidas por el prestamista y, en su caso, de las preferencias manifestadas y de la información proporcionada por el consumidor. Dicha información precontractual se proporcionará al consumidor con la debida antelación antes que este quede vinculado por cualquier oferta o contrato de crédito, también cuando se usen técnicas de comunicación a distancia tal como se definen en el artículo 2 letra e) de la Directiva 2002/65/CE. La información precontractual se proporcionará en papel o en otro soporte duradero elegido por el consumidor mediante el formulario de Información Normalizada Europea sobre el Crédito al Consumo que figura en el anexo I. Toda la información proporcionada en el formulario se presentará de forma igualmente destacada. La información precontractual, asimismo, deberá especificar todos los datos siguientes, que figurarán de forma destacada en la primera parte del formulario de Información Normalizada Europea sobre el Crédito al Consumo, en una página.

En fin, respecto a la *obligación de evaluar la solvencia del consumidor*: los Estados miembros exigirán que, antes de celebrar un contrato de crédito, el prestamista realice una evaluación en profundidad de la solvencia del consumidor. Dicha evaluación se realizará en interés del consumidor, a fin de prevenir las prácticas de préstamo irresponsables y el endeudamiento excesivo, y tendrá debidamente en cuenta los factores pertinentes para verificar las perspectivas de cumplimiento por parte del consumidor de sus obligaciones en virtud del contrato de crédito. Esta evaluación de solvencia se llevará a cabo sobre la base de información pertinente y exacta sobre los ingresos y gastos del consumidor y otras circunstancias financieras y económicas que sean necesarias y proporcionadas en relación con la naturaleza, la duración, el valor y los riesgos del crédito para el consumidor. Dicha información podrá incluir datos que demuestren ingresos u otras fuentes de reembolso, información sobre activos y pasivos financieros, o información sobre otros compromisos financieros. Dicha información no incluirá las categorías especiales de datos a que se refiere el artículo 9 apartado 1 del Reglamento (UE) 2016/679. La información se obtendrá a partir de fuentes internas o externas pertinentes, incluido el consumidor, y, en caso necesario, se

recurrirá a la consulta de una base de datos de las mencionadas en el artículo 19 de la presente Directiva. Las redes sociales no se considerarán una fuente externa a los efectos de esta Directiva. La información obtenida se verificará adecuadamente, y, en caso necesario mediante una remisión a documentación verificable de forma independiente (artículo 18).

A la espera de normativa nacional de transposición de esta Directiva se está tramitando en el Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley de administraciones y compradores de créditos y por la que se modifican la Ley de medidas de Reforma del Sistema Financiero, la Ley de contratos de crédito al consumo, la Ley de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, la Ley reguladora de los contratos de créditos inmobiliario y el texto refundido de la Ley Concursal¹⁵ que a los efectos que a nosotros interesa se añade un artículo 31 bis a la LCCC sobre la información relativa a la modificación de un contrato de crédito.

Es cierto que la transposición de la Directiva (UE) 2023/2225 en España tenía como fecha límite el 20 de noviembre de 2025 -lo que no ha tenido lugar-, su aplicación a partir del 20 de noviembre de 2026. De conformidad con lo previsto en el artículo 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, con el objetivo de mejorar la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas, con carácter previo a su elaboración se ha sustanciado desde el Ministerio de Economía, Comercio y Empresa una consulta pública cuyo plazo de duración ha sido hasta el 4 de octubre de 2024, a través del portal web del departamento competente, en la que se recabará opinión de los sujetos potencialmente afectados y de las organizaciones más representativas.

En todo caso, nos parece oportuno sintetizar lo siguiente: esta Directiva representa una norma que busca modernizar y homogeneizar el marco europeo para adaptarlo a las nuevas situaciones jurídico-económicas como los créditos de bajo importe, la contratación on line, los modelos de Buy Now Pay Later (BNPL), al tiempo que refuerza la protección del consumidor sin afectar a la innovación financiera.

La nueva Directiva, como hemos indicado, extiende su ámbito de aplicación objetivo a contratos de crédito inferiores a 200 euros, así como a productos BNPL —con un crecimiento exponencial—, arrendamientos con opción de compra y créditos a través de plataformas de crowdfunding.

Atendiendo a que la Comisión Europea ha puesto en el punto de mira en el problema del sobreendeudamiento del consumidor y que ha provocado en España un número elevado de solicitudes de beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho en sede judicial; en este sentido, la Directiva impone una evaluación de la solvencia exhaustiva, adecuada, proporcional al crédito que se solicita y,

que tiene su base fundamental en la información precontractual financiera y económica actualizada y rigurosa que se proporciona al consumidor y la que tiene el prestamista a través de los bureau crediticios. Con ello se fomenta el crédito responsable, se previene el sobreendeudamiento y se obliga a llevar a cabo estudios más rigurosos de la solvencia de consumidor (cliente).

En este contexto, la norma europea también refuerza la obligación de proporcionar información clara y transparente, estandarizada antes de la contratación, incluyendo el tipo de interés anual equivalente (TAE), las necesarias simulaciones y advertencias al consumidor (clientes) sobre el producto de cara a que tome una decisión debidamente informada y evite riesgos de sobreendeudamiento. Operando en un mercado digitalizado con esta medida se busca garantizar una transparencia material de los contratos. De forma que, con esta exigencia se dota de mayor seguridad al sistema financiero y se fomenta la confianza del consumidor y la predictibilidad o productividad (rendimientos) del prestamista. En todo caso, la proporcionalidad y simplificación de la información debe ser un factor esencial; de ahí que, la información, explicaciones y la complejidad documental debe ser la justa y necesaria, dado que muchas operaciones crediticias son de bajo importe. Se aboga, precisamente, por la simplicidad a la par que se mejora la información precontractual y se adapta a los nuevos formatos digitales.

Por otra parte, se establece un límite razonable del tipo de interés remuneratorio, evitando los abusos y la usura. Como veremos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha fijado parámetros objetivos de determinación del umbral de la usura en los contrato de crédito revolving. En esencia, se permite a los Estados miembros establecer unos límites máximos para tipos de interés excesivos.

En fin, ante la aparición en los últimos tiempos de establecimientos financieros y plataformas digitales que ofrecen un crédito digital rápido, sin papeles, on line que están afectando al ecosistema económico español (a la compleja red de interacciones) y, por ende, daños reputacionales al sector regulado; es por ello que, uno de los cambios que implementa esta Directiva es establecer un mecanismo de registro y supervisión de todos los prestamistas, incluyendo a los nuevos actores digitales. Con ello se logra un sector regulado y supervisado que permita, entre otras cosas, controlar el sobreendeudamiento y los riesgos que pueden generarse, si no están todas las entidades de crédito y establecimientos sometidos a las mismas reglas y control. Supone la regularización total del sistema.¹⁶

IV. CRÉDITOS O TARJETA *REVOLVING*: CONCEPTO Y CARACTERES.

El crédito *revolving* opera en un mercado independiente frente a la financiación de consumo tradicional y con entidad propia. Se comercializa por entidades

bancarias y por establecimientos financieros de crédito como alternativa a los créditos personales tradicionales y posibilita al cliente la obtención de una línea de crédito con cierta inmediateidad y flexibilidad en el pago, a la vez que su rotación o carácter revolviente permite una disponibilidad de fondos continúa en el tiempo, lo que hace que sea un producto demandado y atractivo para los consumidores, pese a sus altos intereses remuneratorios, gastos y comisiones y, en principio, se destina a compras y gastos puntuales. Ahora bien, su consolidación como un producto más en el mercado crediticio y de fácil e inmediato acceso, ha determinado la frecuencia de su uso en operaciones de consumo habituales. En cierta forma, se puede decir que, ha desplazado a los créditos personales de consumo, que tienen a su favor intereses más baratos. Precisamente, se destaca en el Blog publicado el 20 de febrero de 2020 en el Portal del Cliente Bancario del Banco de España dentro de la pestaña “actualidad y educación financiera” que “uno de los productos más ofertados por las entidades son las llamadas tarjetas *revolving*”.

En los últimos años ha habido un aumento exponencial de la litigiosidad respecto de las tarjetas de crédito en su modalidad de tarjeta de crédito *revolving*, centrada fundamentalmente en el tipo de interés remuneratorio aplicado a estas operaciones, que en unas ocasiones acaba siendo declarado usurario y en otras abusivo (falta del control de transparencia) y, por lo tanto, nulo. No obstante, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ha ido perfilando, de forma cada vez más nítida, los límites que afectan al diseño y comercialización del producto.

Se trata de productos o instrumentos crediticios que, tienen asociado un disponible que coincide con el límite máximo de crédito fijado por la entidad crediticia o el establecimiento financiero de crédito. Este límite de crédito disminuye según se va disponiendo de él, mediante adquisiciones de bienes o servicios, disposiciones de efectivo, liquidaciones de intereses y gastos. A su vez, se puede reestablecer tal crédito con abonos. Ahora bien, no se trata de un producto crediticio que, solamente, se solicite por aquella persona que se encuentra en situación de angustia o necesidad, sino que también se destina, en ocasiones, para cubrir operaciones de consumo de bajo importe, con una facilidad de contratación — pues se puede disponer del crédito mediante llamadas telefónicas¹⁷ o de acceso mediante el uso de una tarjeta expedida por la entidad financiera—, cubren un elevado número de operaciones de créditos de pequeños importes en los que no se prestan garantías ni personales ni reales de devolución de ningún tipo (avales, fianzas, hipotecas), tampoco se exige ninguna vinculación con la entidad crediticia al que se solicita el contrato o emisor de la tarjeta (nominas, domiciliación de recibos o suscripción de seguros), ni resulta necesario justificar la finalidad a la que se destina; asimismo, resulta difícil su ejecución procesal al ser costoso litigar por una cantidad deudora relativamente pequeña, a diferencia de la que se

asume en un préstamo hipotecario o préstamos personales; y, en fin, se opera en un mercado donde existe una tasa elevada de morosidad, pues, normalmente no se solicita información sobre la capacidad de pago o solvencia del peticionario/cliente, derivado, en la mayoría de los supuestos, por la poca o nula vinculación que se tiene con aquél¹⁸. En todo caso, se opera en un mercado independiente y autónomo respecto del que actúa el crédito al consumo y se ofrecen unos productos financieros o crediticios que, por sus características específicas, operan con unos tipos de interés más altos. Una gama de productos que, resulta esencial determinar si la voluntariedad en su contratación, deriva de una situación angustiosa o de necesidad, o no planteándose en tal situación, sin embargo, se desconoce el alcance de lo que se contrata; lo que tal forma de contratación tiene como consecuencia, la adopción de unas medidas de protección y sanciones distintas para el consumidor o cliente atendiendo, precisamente, a las circunstancias en que se contrató.

La mayor parte de la población consumidora española utiliza este tipo de producto de financiación complejo, no financiero, pues, de ser así se aplicaría la normativa MIFID II (Directiva sobre Mercados de Instrumentos Financieros II). Se trata de una regulación europea que busca mejorar la protección del inversor, la transparencia y la supervisión de los mercados financieros, especialmente en relación con la prestación de servicios de inversión. Entró en vigor el 3 de enero de 2018, modificando y actualizando la normativa anterior, MiFID I.

Ciertamente, el crédito *revolving* (instrumentalizado con o sin tarjeta) es un tipo de instrumento financiero claramente diferenciado de los préstamos al consumo (préstamos personales). Permite, como trataremos, obtener una línea de crédito, rápida, flexible y revolvable para el pago de bienes y la obtención de capital¹⁹.

Estos créditos de duración indefinida con carácter revolviente o *revolving* presentan ciertas especialidades que los hacen susceptible de un tratamiento jurídico diferenciado. Se comercializan mayoritariamente asociados a instrumentos de pago que prevén, de forma exclusiva o junto con otras modalidades de reembolso, la posibilidad de establecer una modalidad de pago aplazado flexible o *revolving*, lo que facilita su accesibilidad y la inmediatez en la realización de disposiciones del límite por el titular. Lo habitual es que se incorpore el crédito a una tarjeta que funciona como soporte del crédito, facilitando con ello su uso, al permitir la disponibilidad de fondos en la red de cajeros automáticos o efectuar pagos a terceros en cualquiera de sus modalidades (presencial u *on line*)²⁰. En todo caso, se trata de una tarjeta complementaria de la tarjeta de crédito o débito²¹ y, asimismo, constituye un elemento accesorio del crédito, pues, lo que se contrata es el crédito, la tarjeta que se asocie al mismo facilita la operatividad de la disposición del efectivo —facilitar su uso—, pero no resulta necesario para

que se conceda el crédito²². Es posible que el crédito *revolving* no se asocie a una tarjeta y, en consecuencia, la disponibilidad de fondos se realice por otras vías —vía internet a través de la página web de la entidad de crédito o establecimiento financiero de crédito o mediante una simple llamada telefónica—. De todas formas, si el crédito se asocia a la tarjeta se suele emplear la denominación de tarjeta *revolving*²³. Ciertamente, resulta una práctica minoritaria la contratación de crédito *revolving* sin tarjeta, pero, conviene tener claro que, si se contrata de una u otra forma nos encontramos ante el mismo tipo de producto.

El principal elemento que los caracteriza es que el prestatario puede disponer hasta el límite de crédito concedido sin tener que abonar la totalidad de lo dispuesto a fin de mes o en un plazo determinado, sino que el prestatario se limita a reembolsar el crédito dispuesto de forma aplazada mediante el pago de cuotas periódicas cuyo importe puede elegir y modificar durante la vigencia del contrato dentro de unos mínimos establecidos por la entidad. La cuantía de las cuotas puede variar en función del uso que se haga del instrumento del crédito y de los abonos que se realicen por el prestatario en la cuenta de crédito asociada; mientras que, en las estrictamente de crédito, se abonan de una vez las cantidades adeudadas, o bien se establecen cuotas fijas hasta el total abono de los intereses y la amortización de la financiación solicitada, como si de un préstamo se tratara²⁴. Efectivamente, el titular puede disponer de hasta el límite del crédito concedido a cambio del pago aplazado de las cuotas periódicas fijadas en el contrato, las cuales pueden consistir en un porcentaje de la deuda (con un mínimo según el contrato) o una cuota fija que el cliente puede elegir y cambiar dentro de unos mínimos establecidos.

Las cuantías de las cuotas destinadas a la amortización del capital que el prestatario abona de forma periódica vuelve a formar parte de su crédito disponible (de ahí su nombre, *revolvente* o *revolving*), por lo que constituye un crédito que se renueva de manera automática en cada vencimiento, de tal forma que en realidad es un crédito rotativo equiparable a una línea de crédito permanente. Efectivamente, estos instrumentos crediticios se caracterizan frente a otros con pago a fin de mes en la existencia de un crédito *revolvente*, esto es, su carácter rotativo o renovable²⁵. En todo caso, esta peculiar característica “*revolvente*” del crédito tiene sus consecuencias, así, por un lado, si se paga una cuota mensual de bajo importe, la amortización del principal se realizará en un periodo de tiempo muy prolongado, lo que puede derivar en que se tengan que pagar muchos intereses, esto es, el pago total de una cifra elevada de intereses a medio y a largo plazo; y, por otro, que no es posible emitir un cuadro de amortización previo (como si sucede cuando se contrata un préstamo), al variar la deuda y, por ende, las cuotas mensuales a pagar²⁶.

Sobre el capital dispuesto se aplica el tipo de interés pactado. Adicionalmente, si se producen impagos o la cuantía de la cuota periódica es muy baja y no cubre los intereses, estas cantidades se capitalizan mediante nuevas disposiciones del crédito que, a su vez, generarán intereses (anatocismo)²⁷.

En fin, el límite de crédito establecido por el prestamista disminuye según se dispone de él, principalmente mediante adquisiciones de bienes o servicios, disposiciones de efectivo, transferencias del crédito concedido o liquidaciones de intereses y gastos. A su vez, se repone con abonos, en esencia mediante el pago de los recibos periódicos o la realización de amortizaciones anticipadas, si bien, en particular en el caso de los créditos asociados a un instrumento de pago, también se pueden producir devoluciones de compras que reponen igualmente el crédito disponible.

En todo caso, el hecho que los intereses generados, las comisiones y otros gastos repercutible al cliente se sumen y financien junto con el resto de las operaciones (pagos en comercios, en internet o reintegros de cajero) implica que, ante levados tipos de interés de la deuda de la tarjeta, cuando se pagan cuotas mensuales bajas respecto al importe total de la deuda, la amortización del principal se realice en un periodo de tiempo muy prolongado; lo que, supone el pago rotal de una cifra elevada de intereses a medio y a largo plazo, que se calculan sobre el total de la deuda pendiente. Como analizaremos, la Orden 699/2020 trata de contribuir a reducir el riesgo de prolongación excesiva del crédito y de aumento de la carga final de la deuda más allá de las expectativas razonables del prestatario que contrata este producto, a la vez que reforzar la información que el prestatario recibe de la entidad, para lo cual cobra especial relevancia que este pueda conocer periódicamente con previsión la deuda que mantiene con la entidad.

Sobre tales bases, para CARRASCO PERERA y CORDÓN MORENO la tarjeta *revolving* es “una tarjeta de crédito de pago o débito diferido en el que se cobran intereses (remuneratorios) solo si el cliente decide aplazar el pago más allá del tiempo previsto de devolución (un mes por ejemplo) y que con el reembolso o reembolsos sucesivos, se retroalimenta el crédito siempre hasta el límite de la cantidad concedida como si se tratara de una línea de crédito permanente”²⁸.

Por su parte, ENRICH GUILLÉN y ARANDA JURADO definen el crédito *revolving* como “una línea de crédito concedida por una entidad financiera a un cliente, con un límite del que puede disponer durante un tiempo determinado”²⁹. Asimismo, SÁNCHEZ GARCÍA señala que, el crédito personal *revolving* consiste en “un contrato de crédito que le permite al prestatario hacer disposiciones mediante llamadas telefónicas o mediante el uso de tarjeta de crédito”³⁰.

Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 8.^a, de 13 de enero de 2020³¹ manifiesta, al respecto que, los denominados créditos o tarjetas *revolving* son “sistemas de financiación híbridos entre las tarjetas de

crédito y los préstamos personales que se caracterizan por su naturaleza rotativa, así como por el hecho de que el consumidor tiene a su disposición una cantidad máxima de dinero de la que puede disponer de manera total o parcial en cualquier momento, de manera que el saldo total deudor se va recalculando mes tras mes en función de los importes solicitados y la cuantía amortizada”.

Por su parte, de acuerdo con lo establecido en el artículo 33 bis de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (modificado por la Orden ETD/699/2020, de 24 de julio), el crédito *revolving* se conceptúa como el “crédito al consumo con interés de duración indefinida o de duración definida prorrogable de forma automática concedido a personas físicas en el que el crédito dispuesto no se satisface en su totalidad al final del período de liquidación pactado”.

Los créditos *revolving* son productos de crédito que, se comercializan por entidades de crédito —Bancos— y, por establecimientos financieros de crédito (EFC) en calidad de prestamista (acreedor/sujeto activo), a cualquier persona —prestarios (deudor/sujeto pasivo)—. Si bien, lo habitual es que se trate de particulares —personas físicas— en su condición de consumidoras, y en tal caso, le resultan aplicables la normativa de protección de consumidores, así el TRLG-DCU y la LCGC, como también Directiva (UE) 2023/2225 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de octubre de 2023, relativas a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 2008/48/CE; y, la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (LCCC) en tanto no se transponga la citada Directiva 2023.

En todo caso, la Orden TD/699/2020, de 24 de julio, de regulación del crédito revolvente y por la que se modifica la Orden ECO/697/2004, de 11 de marzo, sobre Central de Información de Riesgos, la Orden EHA/1718/2019, de 11 de junio y la Orden/EHA/2889/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios que trata de los créditos de duración indefinida con carácter revolvente o *revolving* presentan ciertas especialidades que son susceptibles de un tratamiento regulatorio diferenciado. Si bien es cierto que, en la actualidad el principal medio de disposición de los créditos *revolving* son las denominadas tarjetas *revolving*, nada impide que, dado el progreso tecnológico exponencial en esta área, se desarrollen nuevas formas de prestar el servicio de crédito revolvente asociado a otros instrumentos de pago.

Esta orden ministerial consta de tres artículos, dos disposiciones adicionales, una disposición transitoria y dos disposiciones finales. El artículo segundo modifica la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, con la finalidad de establecer los criterios que deben utilizarse en el ejemplo representativo cuando se realiza publicidad de un crédito *revolving*.

Por su parte, el artículo tercero aborda tres tipos de medidas para la mejora de la protección del prestatario. En primer lugar, incorpora una previsión en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en la que se establecen orientaciones para las entidades en el ámbito de la evaluación de solvencia, de manera que se asegure una estimación más prudente que asegure la suficiente capacidad de pago del cliente y evite el sobreendeudamiento.

En segundo lugar, a través de la inserción de un nuevo capítulo III bis en el título III en la citada Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, se potencia el suministro de información al prestatario. Lo dispuesto en este nuevo capítulo se aplicará a los créditos de duración indefinida o de duración definida prorrogable de forma automática, excluyéndose aquellos créditos en los que el titular abone la totalidad del crédito dispuesto de una sola vez al final del periodo de liquidación pactado y sin intereses, estén o no asociados a instrumentos de pago.

El suministro de información deber realizarse en un momento previo a la suscripción del contrato en el que se prevea la posibilidad de obtener crédito, obligando a que la información con el contenido y el formato previstos en la LCCC, sea entregada a la persona física prestataria con la debida antelación a la firma del contrato, tal como se establece en el nuevo artículo 33 ter. El objetivo es asegurar que el cliente cuente en todo momento con un periodo de tiempo suficiente que le permita conocer adecuadamente el alcance y efectos del contrato. Además, si el contrato de crédito prevé entre las formas de reembolso del límite dispuesto el pago aplazado en modalidad *revolving*, a la obligación de entregar la información precontractual normalizada europea prevista en la Ley 16/2011, de 24 de junio, se adiciona el suministro de un ejemplo representativo de crédito *revolving* con dos opciones de cuota, con las características y elementos que establezca el Banco de España.

El nuevo artículo 33 quáter recoge el derecho de desistimiento del contrato de crédito previsto en el artículo 28 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, lo que supone que, en caso de ejercerse el mismo, el contrato de crédito celebrado deja de tener efecto.

Además de la información que debe facilitarse al prestatario de conformidad con lo previsto en la Ley 16/2011, de 24 de junio, se añaden elementos específicos en el nuevo artículo 33 quinquies para este tipo de créditos, que la entidad ha de remitir periódicamente al prestatario de forma gratuita, dirigidos básicamente a conseguir que el prestatario sea en todo momento consciente de la carga de la deuda en términos de importe y de plazo de amortización y de opciones para poder reducirla.

Las obligaciones de suministro de información se complementan en el nuevo artículo 33 sexies con la posibilidad del prestatario de obtener en cualquier mo-

mento toda o parte de la información periódica, así como el cuadro de amortización e información detallada sobre las cantidades satisfechas y la deuda pendientes. Asimismo, este precepto establece la obligación de la entidad de informar previamente al prestatario en cada ampliación del límite del crédito no solicitado por éste, incluyendo, en su caso, la nueva cuota y la deuda acumulada.

Conforme al nuevo artículo 33 septies contractualmente se determinará el medio a través del cual la entidad deberá remitirle la información prevista en los nuevos artículos 33 quinquies y 33 sexties, regulando el nuevo artículo 33 octies los gastos que puede cobrar la entidad por facilitar la información.

En todo caso, resulta esencial la información sobre la TAE. Así la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de enero de 2019³² respecto de la TAE señala en su *Fundamento de Derecho tercero apartado 11*: “las partes principales del precio del préstamo, el interés remuneratorio y la comisión de apertura son objeto de regulación por las normas tanto de Derecho de la Unión Europea como de Derecho interno, con la finalidad de asegurar su transparencia. Uno de los principales medios de asegurar esa transparencia es que ambas partidas deben incluirse en el cálculo de la tasa anual equivalente (TAE), que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo, por lo que podrá realizar una comparación con otras ofertas en tanto que la TAE constituye un instrumento de medida homogéneo, y podrá tomar conciencia del sacrificio patrimonial que la concesión del préstamo le supondrá. Tanto el interés como la comisión de apertura deben incluirse en la información precontractual sobre el precio total del producto o servicio que exige el actual art. 60.2 del TRLCU y, específicamente, en las fichas de información normalizada reguladas en esa normativa sobre transparencia bancaria”.

V. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR: EL CONTROL DE INCORPORACIÓN Y EL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN LOS PRÉSTAMO AL CONSUMO Y EN LOS CRÉDITOS *REVOLVING*

El control de abusividad *versus* transparencia del interés remuneratorio, procede señalar que, la doctrina emanada de las sentencias del Pleno de la Sala Primera de 9 de mayo de 2013³³, de 8 de septiembre de 2014³⁴, de 24 de marzo³⁵, de 25 de marzo³⁶ y de 29 de abril de 2015³⁷ han tratado el control de transparencia en materia de cláusulas limitativas de la variabilidad del interés remuneratorio pactado en contratos con garantía hipotecaria (“cláusulas suelo”). Se indica que las cláusulas suelo forma parte inescindible del precio que debía pagar el prestatario, esto es, definen el objeto principal del contrato por lo que están exentas del control de contenido que podía llevarse a cabo con el fin de determinar el posible

carácter abusivo de la cláusula, es decir, no se extiende al justo equilibrio de las prestaciones; de tal forma que, no cabe un control sobre el precio. Si podrían estar sometidos al control de transparencia, superado así el inicial control de inclusión previsto en el artículo 7 de la LCGC.

Ya con anterioridad a tales resoluciones, varias sentencias habían declarado la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores y, en especial, de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y prestación. Esta línea jurisprudencial se inicia en sentencia de 22 de diciembre de 2009³⁸, de 17 de junio y 1 de julio de 2010³⁹, de 25 de noviembre de 2011⁴⁰ y se perfila con mayor claridad en las sentencias de 18 de junio de 2012⁴¹, de 15, 17 y 18 de enero de 2013 y 30 de junio de 2014⁴².

En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 30 de abril de 2014⁴³ (asunto C-26/2013) caso Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai y OTP Jelzálogbank Zrt, declara (apartado número 55 de la sentencia)⁴⁴ y, la sentencia, Sala Novena, de 26 de febrero de 2015 (asunto C-143/2013) caso Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei y SC Volksbank România S.A. ratifica, que la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control⁴⁵.

Respecto al control de incorporación, la sentencia 151/2024, de 6 de febrero⁴⁶ ha declarado: “1. La jurisprudencia de esta Sala de lo Civil ha configurado el control de incorporación o inclusión fundamentalmente como un control de cognoscibilidad. Lo que requiere, en primer lugar, que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato la existencia de la condición general controvertida y, en segundo lugar, que la misma sea legible y tenga una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal. 2. La legibilidad de los contratos con consumidores, en relación con el tamaño de la letra empleado en su redacción, viene regulada actualmente en el artículo 80.1 b) del TRLDCU (en redacción dada por la Ley 4/2022, de 25 de febrero), que impone un tamaño superior a los 2.5 milímetros y un espacio entre líneas superior a los 1.15 milímetros, así como que el contraste con el fondo sea suficiente para no hacer dificultosa la lectura”.

Previamente, la reforma del mismo precepto por la Ley 3/2014, de 27 de marzo había establecido el tamaño mínimo de la letra en 1,5 milímetros.

En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de octubre de 2024⁴⁷ la recurrente no alega que la letra de la cláusula cuestionada no cumpla los requisitos formales exigidos por la normativa citada, pues se limita a afirmar que la cláusula sobre intereses se halla en idéntico tipo de letra que el resto de

las condiciones y demás clausulado, en un pequeño tamaño de fuente de letra. La cláusula que establece los intereses de la operación es perfectamente legible a simple vista, no se justifica que incumpla los expresados requisitos formales y se encuentra incluso resaltada mediante un subrayado, lo que permitía su plena cognoscibilidad por la contratante.

Ciertamente, el control de transparencia no se agota en el mero control de incorporación, sino que supone un *plus* sobre el mismo. Según se desprende inequívocamente de la jurisprudencia del Tribunal Justicia de la Unión Europea (sentencias de 21 de marzo de 2013, C-92/11, RWE Vertrieb; 30 de abril de 2014, C-26/13, Kásler y Káslerne Rábai; 26 de febrero de 2015, C-143/13, Matei; y 23 de abril de 2015, C-96/14, Van Hove) no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas. En consecuencia, dicho control de transparencia excluye que, en contratos en que el adherente sea un consumidor pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como éste la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica le pasó inadvertida, porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se le facilitó la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula.

Ahora bien, no existen medios tasados para obtener el resultado que con el requisito de la transparencia material se persigue: un consumidor suficientemente informado (sentencias de 10 de junio de 2021, BNP Paribas Personal Finance, C-609/19, apartados 42 y 43, de 10 de junio de 2021, BNP Paribas Personal Finance, C-776/19 a C-782/19, apartados 63 y 64, y de 20 de abril de 2023, C-263/22, Ocidental-Companhia Portuguesa de Seguros de Vida SA, apartado 26).

El adecuado conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios. Así se puso de relieve en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 171/2017, de 9 de marzo al afirmarse que en cada caso pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia. Así resulta también de la doctrina jurisprudencial consolidada del TJUE, reiterada nuevamente en la sentencia de 16 de julio de 2020 (C-224/19 y C-259/19, CY y Caixabank, S. A.) que tras recordar que “la exigencia de redacción clara y comprensible que figura en el artículo 5 de la Directiva 93/13 se aplica en

cualquier caso, incluso cuando una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de esa Directiva” y que “esta exigencia no puede reducirse únicamente al carácter comprensible de la cláusula contractual en un plano formal y gramatical (sentencia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, apartado 46)”, añade que: “dado que el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referente, en particular, al nivel de información, la mencionada exigencia debe entenderse de manera extensiva, esto es, en el sentido de que no solo impone que la cláusula en cuestión sea comprensible para el consumidor en un plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 70 a 73; de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 37, y de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, apartado 43)” (apartado 67). Y explica que esa exigencia del “carácter claro y comprensible” de las cláusulas litigiosas debe ser examinada: “a la vista de todos los aspectos de hecho pertinentes, entre los que se cuenta la publicidad y la información ofrecidas por el prestamista en el contexto de la negociación de un contrato de préstamo, y teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 74; de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 75; de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartados 46 y 47, y de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, apartado 46)” (apartado 68). En definitiva, en el examen de la transparencia se deberán tener en cuenta “el conjunto de circunstancias en torno a la celebración del contrato” (apartado 70). Es, por ello que, la exigencia de transparencia de las cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores que resulta de los artículos 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE no puede reducirse solo al carácter comprensible de estas en un plano formal y gramatical, sino que, por el contrario, toda vez que el sistema de protección establecido por dicha Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, esa exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales, y por tanto de transparencia, debe

entenderse de manera extensiva (sentencias de 30 de abril de 2014, C-26/13, Kásler y Káslerné Rábai, apartados 71 y 72, de 9 de julio de 2015, C-348/14, Bucura, apartado 52, y, más recientemente, de 20 de abril de 2023, C-263/22, Ocidental-Companhia Portuguesa de Seguros de Vida SA, apartado 26)⁴⁸.

Ciertamente, esta interpretación de la transparencia implica que los profesionales deben proporcionar información clara a los consumidores sobre las cláusulas del contrato y sus implicaciones y consecuencias antes de la celebración del contrato. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha enfatizado repetidamente la importancia de dicha información para que los consumidores puedan comprender el alcance de sus derechos y obligaciones en virtud del contrato antes de estar sujetos a este. Así, en las sentencias de 21 de marzo de 2013, C-92/11, RWE Vertrieb, apartado 44, y de 21 de diciembre de 2016, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, Gutiérrez Naranjo y otros, apartado 50, de 13 de julio de 2023, Banco Santander, C-265/22, apartado 51, y de 12 de diciembre de 2024, C-300/23, Kutxabank, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información. El citado Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha especificado los requisitos aún más, en particular con respecto a las cláusulas contractuales que son esenciales para el alcance de las obligaciones que los consumidores aceptan asumir. De la doctrina sentada en las sentencias de 21 de marzo de 2013, C-92/11, RWE Vertrieb, apartado 49, de 26 de febrero de 2015, C-143/13, Matei, apartado 74, y de 20 de septiembre de 2017, C-186/16, Andriuc, apartado 47, se desprende que al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, es necesario verificar que se comunicaron al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, que se expusieron de manera transparente los motivos y las particularidades de la estipulación contractual, así como la relación entre dicha cláusula y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan y le permitan evaluar, en particular, el coste total de su préstamo, permitiéndole evaluar las consecuencias financieras de este⁴⁹.

El control de transparencia no requiere que el consumidor comprenda la fórmula matemática del cálculo de intereses, sino que la función propia es la comprensibilidad clara y sencilla para un consumidor medio del coste de ese producto y que ese consumidor medio puede tener una idea cierta y real del coste

económico que la va a representar ese producto que contrata. La concreción de esa fórmula matemática se encuentra en la TAE.

Sobre tales bases, los elementos esenciales —y por ende las cláusulas de limitación de la variabilidad del tipo de interés (cláusulas suelo) o de tipos de interés remuneratorios (habida cuenta que éstos forman parte del precio)— *son susceptibles de ser sometidas a un control de transparencia, control, tal y como se ha configurado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*: un primer control de incorporación que atiende a la transparencia documental y gramatical de la cláusula; y, un segundo control de transparencia reforzado, dirigido garantizar que, al tiempo de celebrarse el contrato el cliente conocía las consecuencias económicas que conlleva la inclusión de dicha cláusula en el contrato y que el mismo se encontraba en condiciones de comparar y elegir entre las distintas alternativas de préstamo hipotecario que incluyeran o no la cláusula en cuestión. Este segundo control que se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato, supone que el adherente conoce o puede conocer con sencillez tanto la carga económica que supone para él el contrato celebrado, como la carga jurídica y al tratarse de un parámetro abstracto se sitúa fuera del ámbito de la interpretación general del Código Civil del denominado “error vicio”⁵⁰.

En consecuencia, por aplicación de la referida jurisprudencia, si bien los intereses remuneratorios están al margen de un control del contenido, si están sometidos al doble control de transparencia que, va más allá, como hemos indicado, del control de inclusión a que se refiere el artículo 7 de la LCGC y que supone que el adherente conoce o puede conocer la carga económica y jurídica que deriva para él del contrato en cuestión⁵¹.

Pues bien, la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Civil, de 30 de enero de 2025⁵² aplicando los anteriores criterios a las cláusulas del contrato de crédito *revolving*, recuerda, en primer lugar que, en la sentencia también del Pleno de la Sala de lo Civil, 149/2020, de 4 de marzo el Alto Tribunal mencionó algunos de los riesgos que presenta este tipo de crédito, cuando se afirmó que: “Han de tomarse además en consideración otras circunstancias concurrentes en este tipo de operaciones de crédito, como son el público al que suelen ir destinadas, personas que por sus condiciones de solvencia y garantías disponibles no pueden acceder a otros créditos menos gravosos, y las propias peculiaridades del crédito *revolving*, en que el límite del crédito se va recomponiendo constantemente, las cuantías de las cuotas no suelen ser muy elevadas en comparación con la deuda pendiente y alargan muy considerablemente el tiempo durante el que el prestatario sigue pagando las cuotas con una elevada proporción correspondiente a intereses y poca amortización del capital, hasta el punto de que puede convertir al prestatario en un deudor “cautivo”, y los intereses y comisiones devengados se capitalizan para devengar el interés remuneratorio”. Por otra parte, el Banco de

España también ha hecho referencia a las consecuencias financieras que puede tener esta peculiaridad del crédito *revolving*, que puede dar lugar a lo que dicho organismo califica como “efecto de bola de nieve”, que es el riesgo de encadenarse a una deuda indefinida, que nunca se termina de pagar. Estas consecuencias negativas para el consumidor pueden producirse por la conjunción de varios factores: el carácter indefinido o prorrogable automáticamente del crédito; el límite del crédito se va recomponiendo constantemente; el elevado tipo de interés; la escasa cuantía de las cuotas, bien porque han sido establecidas por defecto en el contrato, bien porque han sido elegidas por el consumidor por el atractivo de ser asumibles en el corto plazo pero que van acrecentando un problema que se hará cada vez más serio a largo plazo pues suponen que se amortice muy poco capital; y, en su caso, el anatocismo en caso de impago de alguna cuota, comisión o indemnización de modo que el interés de demora se calcula sobre la totalidad de la cantidad adeudada, incluyendo capital, intereses, indemnizaciones y comisiones. En consecuencia, entendiendo el Pleno de la Sala de lo Civil que, es preciso que el consumidor reciba una información sobre estas características y estos riesgos, con un contenido y presentación adecuada y en el momento oportuno.

Ambas sentencias de 2025 (número 154/2025 y número 155/2025) nos recalca algo que, ya debemos saber sobre la naturaleza del crédito *revolving*, esto es, que se trata de un crédito al consumo con interés, de duración indefinida o de duración prorrogable de forma automática, en que el consumidor dispone hasta un límite de crédito concedido sin tener que pagar la totalidad del capital concedido en un plazo determinando, sino que reembolsa el crédito de forma aplazada, mediante el pago de cuotas periódicas que pueden consistir en un cuota fija o en un porcentaje del capital dispuesto, siendo habitual que, la entidad de crédito o establecimiento financiero fije, por defecto, una cuota (cantidad o porcentaje bajo), o que supone alargar el plazo de amortización y la generación de muchos intereses al amortizar poco capital en cada cuota, además, el crédito se renueva automáticamente al vencimiento de cada cuota (normalmente, mensual), por su carácter rotativo o revolvente, lo que le acerca a una línea de crédito permanente. Al respecto, debe informarse de lo que representa el crédito *revolving* en los términos apuntados, de la TAE, en esencia, se ha de informar de las consecuencias económicas que se derivan de la naturaleza de los créditos *revolving*, de sus riesgos; de forma que, un consumidor medio pueda comprender realmente el producto ofertado y su alcance en términos económico y financieros⁵³.

En todo caso, para DÍEZ-PICAZO “la entrega de la documentación e información exigida legalmente en cada momento, esto es, la INE a partir de 25 de septiembre de 2011 y la INE más la información adicional establecida en la Orden 699/2020, a partir de 2 de enero de 2021, debería ser suficiente para concluir sobre el cumplimiento de los requisitos de transparencia y, por tanto, la falta de

abusividad”; y, para la evaluación de los contratos anteriores al 25 de septiembre de 2011 “al no existir la obligación hela respecto de la entrega de la INE, habrá que valorarse, asimismo, la exigencia de información precontractual según el estado de las cosas al momento de la contratación”⁵⁴.

En cuanto al momento en que debe facilitarse la información, atendiendo a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ésta debe ser facilitada al consumidor antes de celebrar el contrato. De ahí que, se considere por el Pleno de la Sala que, el hecho que la tarjeta pueda comenzar a utilizarse con posterioridad a la celebración del contrato y no necesariamente en el momento de la suscripción del contrato, no exime al profesional de facilitar esa información con antelación suficiente a la celebración del contrato pues, una vez celebrado este, el consumidor puede hacer uso inmediato del crédito facilitado y sufrir las consecuencias derivadas de los riesgos del sistema *revolving* a que hemos hecho referencia, antes de haber analizado la información.

Respecto al contenido de la información que debe suministrarse al consumidor al que se le ofrece una tarjeta con la modalidad *revolving*, ha de cumplir con las exigencias establecidas en la normativa nacional y con aquellas que el citado Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha extraído de la Directiva 93/13/CEE. Por lo que, debe exponerse, de manera transparente su contenido, forma de expresión y ubicación en el documento, el funcionamiento concreto del mecanismo de recomposición del capital y su influencia en la liquidación de los intereses y en la amortización del capital dispuesto, especialmente en los supuestos de incremento notable del riesgo, ya indicados: cuando la cuota periódica de pago no es elevada pero sí lo es el tipo de interés; y cuando se produce un impago y la capitalización de los intereses y las comisiones devengadas prolonga indefinidamente el pago de la deuda porque las cuotas periódicas, que por defecto se fijan en una cuantía mínima, apenas amortizan capital. Por tanto, debe informarse de la relación entre la elevada TAE, el mecanismo de recomposición del capital y las demás cláusulas con trascendencia en la creación de los riesgos descritos, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él. En concreto, en lo que respecta al anatocismo, constituye una previsión contractual lícita, pero excepcional y con efectos significativamente graves para el consumidor, que requiere, por tanto, información clara al consumidor y que la redacción de la cláusula sea inteligible para el consumidor medio, como requisito para que pueda ser considerada transparente. En consecuencia, la información debe permitir al consumidor medio comprender el producto ofertado, tomar conciencia de los riesgos que se derivan del plazo indefinido o prorrogable automáticamente, el elevado tipo de interés, la recomposición constante del crédito, la escasa amortización del capital en el caso de cuotas bajas, y el anatocismo;

y, asimismo, debe permitirle comparar las diversas ofertas, tal como exige el artículo 10 de la Ley de contratos de crédito al consumo, pues para optar por una u otra modalidad de amortización es necesario que las comprenda. Por tanto, es necesaria una información diferenciada sobre las características, los costes y los riesgos de las tres modalidades de financiación que por lo general son electivas, por más que en muchos casos se aplique, por defecto, la modalidad *revolving*, ya que, la diferencia de la modalidad *revolving* con la modalidad de pago aplazado a fin de mes, sin intereses, puede ser fácil de comprender, pero no lo es tanto la diferencia entre la modalidad de pago aplazado, que es en realidad un préstamo al consumo, parecido a la compra a plazos, y la modalidad *revolving*. Es, por ello, que considera el Pleno de la Sala de lo Civil que, para cumplir con tales exigencias no es suficiente que la información contenga la TAE. De ahí que, en términos comprensibles para el consumidor medio, la información: 1. Debe indicar que el sistema de amortización es del tipo *revolving*; 2. Debe establecer cuál es la cuota mensual (bien en una cantidad determinada, bien en un porcentaje de la cantidad dispuesta); 3. Debe señalar cuál es la duración del contrato; 4. Debe disponer si, y en qué casos, el interés se devengará no solo respecto del capital dispuesto sino también respecto del total de la cantidad adeudada (incluyendo intereses, comisiones e indemnizaciones devengadas); y 5. Deberá contener unos ejemplos adecuados tanto para comprender los riesgos del sistema como para permitir la comparación con otras modalidades de amortización o con las ofertas de otras entidades financieras. Asimismo, resulta preciso que la información incida sobre la forma en que esa elevada TAE opera en la propia economía del contrato, dada las particularidades del sistema de amortización y las demás cláusulas a que se ha hecho referencia. Y, debe hacerlo de modo claro y comprensible, no de una forma dispersa a lo largo de un extenso documento y en términos poco expresivos de los riesgos del sistema de amortización *revolving*. Estas exigencias están actualmente explicitadas en la Orden ETD/699/2020, de 24 de julio, de regulación del crédito revolviente y por la que se modifica la Orden ECO/697/2004, de 11 de marzo, sobre la Central de Información de Riesgos, la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Resulta evidente que, el sistema de amortización *revolving* no es simplemente un sistema como el de pago aplazado, que puede considerarse un simple préstamo al consumo que se va amortizando en cuotas periódicas durante un periodo determinado. Ya hemos expuesto sus peculiares características y los riesgos que conllevan, significativamente superiores a los de un simple préstamo al consumo. No se trata solo de que el mayor aplazamiento generará mayores intereses, conocimiento que alcanza al consumidor medio; o que, por su propia naturaleza,

no pueda fijarse ex ante el coste total del crédito ni establecer un cuadro de amortización. La duración indefinida o prorrogable del contrato de crédito *revolving* es relevante y ha de ser puesta en relación con el mecanismo de reconstitución de la deuda, especialmente si el contrato contempla la capitalización de los intereses y/o una cuota mínima por defecto de cuya incidencia en el coste del crédito es necesario advertir con suficiente claridad.

Sobre tales bases, como bien señala el Pleno de la Sala de lo Civil, con la información contenida en el contrato y en la ficha INE entregada, un consumidor medio, normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz, no es capaz de tomar conciencia de la naturaleza y consecuencias del mecanismo de amortización *revolving*, los elevados costes que pueden suponerle y los riesgos de terminar siendo un “deudor cautivo” que tal sistema puede implicar.

En este contexto, una vez que se ha determinado que la cláusula relativa al interés del crédito, considerada conjuntamente con el resto de las cláusulas del contrato y, más concretamente, las relativas al sistema de amortización *revolving*, no es transparente, es necesario valorar si es abusiva. Cuando un tribunal considera que una cláusula contractual no está redactada de manera clara y comprensible a efectos del artículo 4, apartado 2, y 5 de la citada Directiva 93/13/CEE, le incumbe examinar si tal cláusula es abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa misma Directiva.

Ciertamente, la falta de transparencia no supone automáticamente que una cláusula contractual sea considerada abusiva en virtud del artículo 3, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE, pues, la mera circunstancia de que una cláusula no esté redactada de manera clara y comprensible no le confiere, por sí sola, carácter abusivo. Esto significa que, aun estableciendo que una cláusula cubierta por el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE no es clara ni comprensible, su carácter abusivo debe todavía evaluarse con arreglo a los criterios establecidos en el artículo 3, apartado 1. Así lo ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde la sentencia de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus, apartados, 62 a 67, habiéndolo reiterado en sentencias como la de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, apartado 49, y de 13 de julio de 2023, C-265/22, Banco Santander, apartado 66. Sin embargo, en la medida en que las cláusulas contractuales no sean claras ni comprensibles, esta circunstancia puede contribuir a concluir que una cláusula contractual es abusiva en virtud del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, o incluso puede indicar su carácter abusivo. La transparencia de una cláusula contractual que exigen los artículos 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE (más exactamente, su falta de transparencia) es uno de los elementos que deben tenerse en cuenta para apreciar si tal cláusula es abusiva (por todas, las recientes sentencias de 13 de julio de 2023, C-265/22, Banco Santander, apartado 66, y de 12 de diciembre de 2024, C-300/23, Kutxabank, apartado 110).

Pues bien, de manera similar a como ha declarado el Tribunal Supremo en los supuestos de cláusulas suelo o de préstamos en divisas, en el caso de las tarjetas *revolving*, la falta de transparencia de la cláusula relativa a la TAE, valorada junto con las cláusulas relativas al sistema de amortización, el anatocismo y la escasa cuota mensual, no es inocua para el consumidor, sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los riesgos significativos que entraña dicho sistema de amortización, no puede comparar la oferta con las de otros sistemas de amortización y se compromete en un contrato que puede tener para él graves consecuencias pues puede terminar siendo lo que hemos venido en llamar un “deudor cautivo” y el Banco de España denomina “efecto bola de nieve”, como tantas veces hemos mencionado. Son también circunstancias relevantes para la valoración de la buena fe del predisponente necesaria para apreciar la abusividad de estas cláusulas la incitación por parte del profesional a la contratación en la modalidad *revolving* en los términos más proclives a acentuar tales riesgos, como resulta de su comercialización fuera de establecimientos financieros (en las estaciones de tren, autobús, aeropuerto o centros comerciales tales como hipermercados, grandes superficies de electrodomésticos y electrónica, etc.), con denominaciones que ocultan esos riesgos e incitan a su contratación (“cuota fácil” en este caso), con previsiones contractuales en las que, por defecto, se contrata el sistema *revolving* y/o las cuotas de escasa cuantía que incrementan el pago de intereses y prolongan el plazo de amortización.

La consecuencia de lo expuesto es para el Pleno de la Sala de lo Civil, que ha de confirmarse el carácter abusivo de la cláusula que fija el interés remuneratorio en el contrato objeto de este litigio, declarado en la sentencia de primera instancia, y desestimar el recurso de apelación interpuesto por la entidad financiera demandada.

En todo caso, procede señalar que, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en su artículo 32 ha modificado la Directiva 93/13/CEE insertando en la misma un nuevo precepto, en concreto, el artículo 8 bis que dispone que: “1. Cuando un Estado miembro adopte disposiciones con arreglo a lo dispuesto en el artículo 8, informará de ello a la Comisión, así como de todo cambio ulterior, en particular, si dichas disposiciones: hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración, o contienen listas de cláusulas contractuales que se consideren abusivas. 2. La Comisión se asegurará que la información a que se refiere el

apartado 1 sea fácilmente accesible para los consumidores y los comerciantes, entre otros medios, a través de un sitio web específico; 3. La Comisión transmitirá la información a que se refiere el apartado 1 a los demás Estados miembros y al Parlamento Europeo. La Comisión consultará a las partes interesada por lo que respecta a dicha información". Por lo que, el legislador español antes como ahora puede —artículos 4.2 y 8 bis de la Directiva 93/13/CEE—, si lo considera pertinente, extender el control de abusividad al objeto principal del contrato —a la adecuación del precio o de la remuneración— y garantizar al consumidor un mayor nivel de protección. Pero por ahora no se ha hecho uso de tal facultad y no ha incorporado el citado artículo 4.2 al ordenamiento español; de forma que, los intereses remuneratorios como precio del contrato, siguen quedando fuera del control de contenido —abusividad—, aunque sí están sometidos al control de transparencia, cuando no se hayan redactado de manera clara y comprensible⁵⁵. En todo caso, el último párrafo del artículo 83 del TRLGDCU, reformado por la Disposición Final octava de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, hace referencia al control de transparencia en una norma de protección de los consumidores, más en concreto a la consecuencia jurídica que se deriva si una no supera tal contrato de transparencia al disponer que *"las condiciones incorporadas de modo no transparente en perjuicios de los consumidores serán nulas de pleno derecho"*. De todas formas, esta Ley 5/2019 contiene en su Capítulo II normas de transparencia y de conducta orientadas a la concesión de préstamos inmobiliarios responsables que, imponen obligaciones a los prestamistas e intermediarios de crédito, así como a sus representantes designados con el objetivo de garantizar que el prestatario tenga a su disposición la información necesaria para que pueda comprender en su integridad la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar y que, por tanto, se puede considerar cumplido el principio de transparencia material —así obligaciones de información precontractual (artículos 9 y 10), obligaciones de transparencia en relación con los contratos (artículos 7 y 14), la determinación del cálculo de la Tasa Anual Equivalente (TAE) (artículo 8) y la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), completando y mejorando con ello el actual marco existente en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos y créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo y crédito. Esta regulación detallada de la fase precontractual, se completa, por una parte, con la obligación de evaluar la solvencia del potencial prestatario (artículos 11 y 12); y, con la función de asesoramiento y comprobación por el notario del cumplimiento de plazos y demás requisitos necesarios para entender por realizado el principio de transparencia material (artículo 15).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 2019⁵⁶ señala que no se aprecia la falta de transparencia de la cláusula, sin que el mero hecho que se trate de una cláusula larga determine por sí su falta de transparencia, si esta extensión, además de venir justificada por la necesidad de aportar una información completa, no sólo no complica su comprensión sino que por su claridad asegura que el consumidor pueda entender mejor sus consecuencias jurídicas y económicas. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6.ª, de 10 de abril de 2023⁵⁷ la concurrencia de este requisito de transparencia material no puede reputarse desvirtuada por una supuesta complejidad del contrato, que a estos efectos no puede estimarse la tenga, en cuanto conocido el TAE y la fórmula de cálculo del mismo, es comprensible deducir sin mayor dificultad la carga económica que el mismo representa para el consumidor, con independencia de su resultado indudablemente gravoso, derivado de la peculiaridad de este sistema de crédito, que no es otra que su periódica renovación mensual, que disminuye con los abonos que se hacen a través de las cuotas pactadas pero a su vez aumenta mediante el nuevo uso de la tarjeta para efectuar pagos, así como con los intereses derivados de las disposiciones anteriores. El pago a medio de cuotas mensuales bajas, tiene indudables consecuencias, en cuanto ello supone una amortización del principal dispuesto durante un plazo muy largo que alarga igualmente en forma exponencial el devengo de los intereses remuneratorios pactados. En definitiva no puede estimarse que el sistema de crédito *revolving*, revista una complejidad que afecte a este requisito de transparencia material, pues abundando en cuanto se lleva razonado, igualmente esta Sala, ya ha declarado al respecto que ha de excluirse que la peculiaridad de que los reembolsos hechos por el consumidor comporten simultáneamente la amortización de una parte del capital dispuesto y la restitución del crédito disponible, represente un obstáculo para comprender el fundamento del producto, y más concretamente que, a menor cuota mensual, menor será también la parte del capital amortizado, pues a nadie debería sorprender que será necesario más tiempo para la devolución y mayores también los intereses remuneratorios que habrá de satisfacer el cliente, al igual que ocurre con cualquier otra operación a largo plazo⁵⁸.

En fin, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado que para valorar la transparencia material de la cláusula que afecta a un elemento esencial del contrato como es el tipo de interés remuneratorio, no hay que juzgar si ese concreto consumidor ha entendido la cláusula (parámetro subjetivo), sino si un consumidor medio había entendido o comprendido las consecuencias económicas de la misma (parámetro objetivo).

Ahora bien, en el crédito *revolving* resulta difícil realizar un cuadro de amortización a largo plazo, pues, la amortización varía en función de la disponibilidad, pero también de las modificaciones que en la cuota haga el propio prestatario, si atendemos a su carácter revolvente. Ciertamente, lo que no varía es ni la TAE fijada ni el TIN que tiene que satisfacer. Precisamente, en el crédito *revolving* se aplica un tipo de interés fijo.

A tal fin, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de diciembre de 2022⁵⁹ respecto de un supuesto transacción en la que se sustituye el interés variable con un límite mínimo por un interés fijo en una primera fase y por un interés variable después, sin límite mínimo, y se incluye una cláusula de renuncia de acciones se indica que: “El convenio aparece redactado de forma clara y comprensible para un consumidor medio: se sustituye el interés variable con límite mínimo o “suelo” del 2,75% por un interés fijo del 1,25% durante un año y después se mantiene el régimen de interés variable sin suelo. Las consecuencias jurídicas y económicas que supone la aplicación de un interés remuneratorio a tipo fijo, o variable sin suelo, son fácilmente comprensibles por cualquier consumidor medio”. Por tanto, el consumidor medio conoce qué significa un tipo de interés fijo y qué efectos económicos tiene en el contrato.

Pues bien, en este contexto, procede, asimismo, indicar que, resulta compatible y coexisten en un mismo nivel aplicativo la normativa de la usura y la normativa relativa a la protección de consumidores⁶⁰. Todo ello frente a quienes entienden que se puede optar por la más favorable a los intereses del consumidor⁶¹, u otorgan preferencia a la usura ante situaciones de abuso⁶². En todo caso, resulta recomendable que, se pueda solicitar la aplicación de ambas, y así como petición principal o subsidiaria la determinación o no del carácter abusivo de la cláusula de interés remuneratorio⁶³.

Sobre tales bases, conviene señalar que, lo habitual es solicitar la nulidad del contrato de crédito por intereses usurarios y, subsidiariamente, por falta de transparencia y abusividad⁶⁴. De forma que, mientras que, la declaración de usura conlleva la nulidad del contrato con la consiguiente obligación restitutoria (artículo 3 de la LRU)⁶⁵, la abusividad no determina, necesariamente, la nulidad de pleno derecho del contrato, sino la posibilidad de nulidad parcial, si dicho contrato puede subsistir sin dicha cláusula (citado artículo 83 del TRLGDCU)⁶⁶. En todo caso, respecto de la cláusula suelo, el efecto de la nulidad por falta de transparencia es que la misma se tenga por no puesta y por lo tanto no produzca efecto, sin impedir que el consumidor en el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad, libremente y con conocimiento de lo que hace, fruto de la negociación, convenga con el empresario la sustitución de aquella cláusula (nula por falta de transparencia) por otra que ya no adolece de ese defecto⁶⁷. Y en cuanto a los efectos restitutorios de las cantidades indebidamente percibidas que, a su vez,

devengan el interés legal, por aplicación de la doctrina de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de 21 de diciembre de 2016⁶⁸, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, caso Gutiérrez Naranjo y, de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil, en sentencia del Pleno de 24 de febrero de 2017⁶⁹, se retrotraen a la fecha de celebración del contrato en aplicación del artículo 1303 del Código Civil⁷⁰. Ciertamente, como precisa, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, de 4 de febrero de 2025⁷¹ la nulidad por falta de transparencia de una cláusula contractual abusiva que determina los intereses remuneratorios, con la consiguiente subsistencia del contrato en todo lo que no esté afectado por esa nulidad, determina que la financiera debe recalcular el cuadro de amortización sin intereses, ni comisiones, tomando en cuenta, en su caso, el total de lo ya recibido por intereses y comisiones al margen del capital principal del prestamos que ha sido abonado; y, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4.ª, de 9 de abril de 2025⁷² los efectos de la declaración de nulidad conllevan la liquidación del contrato integrando los pagos hechos por la prestataria, con los intereses legales devengados desde la fecha y sobre el importe de cada uno, frente a las cantidades dispuestas y las compras hechas con la tarjeta, igualmente, con los intereses legales devengados desde la fecha de cada apunte y sobre su correspondiente importe.

De todas formas, si se ha pactado un interés de demora y fijado en una cláusula no negociada en un contrato concertado con un consumidor, puede ser objeto de control de contenido y declarado abusivo, si supone una indemnización desproporcionadamente alta para el consumidor que, no cumple con su obligación de pago⁷³, no control de transparencia.

Asimismo, como hemos señalado y reiteramos, la normativa sobre cláusulas abusivas en contrato concertado con consumidores no permite el control del carácter “abusivo” del tipo de interés remuneratorio —control del contenido— en tanto que, la cláusula que se refiere a este interés, constituye un elemento esencial del contrato al referirse al precio del servicio, siempre que cumpla el doble control de transparencia, que es fundamental para asegurar, en primer lugar que, la prestación del consentimiento se haya realizado por el consumidor con pleno conocimiento de la carga onerosa que la contratación de la operación de crédito le supone y, en segundo lugar, que haya podido comparar las distintas ofertas de las entidades de crédito para elegir de entre ellas, la que le resulte más favorable. En todo caso, la falta de transparencia provoca en el consumidor un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, al no permitirle conocer los riesgos que entraña la contratación del préstamo o crédito, u otro producto crediticio⁷⁴ y la subsiguiente nulidad por abusiva de la cláusula. Señala la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 26 de enero de 2017⁷⁵ (asunto C-421/14), caso Banco Primus S.A. y Jesús Gutiérrez García

en su apartado 64 que, de apreciarse la falta de transparencia en relación con el cálculo de intereses ordinarios “incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar el carácter abusivo de dicha cláusula y, en particular, si ésta causa, el detrimento del consumidor que se trate, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato a la luz de las consideraciones expuestas en los apartados 58 a 61 de la presente sentencia”. Al respecto el apartado 59 ilustra con carácter general cómo puede determinarse si una cláusula causa en detrimento del consumidor “un desequilibrio importante” entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato para ello “deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si —y, en su caso, en qué medida— el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas (sentencia de 14 de marzo de 2013⁷⁶, Aziz, C-415/11 apartado 68)”. El apartado 60 precisa en qué circunstancias se causa ese desequilibrio “contrariamente a las exigencias de la buena fe” por lo que debe señalarse que “habida cuenta del decimosexto considerando de la Directiva 93/13/CEE, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual (sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, apartado 69). Y, conforme al apartado 61 en la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta “la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración (sentencias de 4 de junio de 2009⁷⁷, Pannon GSM, C-243/08, apartado 39; y de 9 de noviembre de 2010⁷⁸ VB Pénzügyi Lizong, C-137/08, apartado 42). De ello se desprende que, en esta perspectiva puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, implica un examen del sistema jurídico nacional (sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11 apartado 71)”.

Ahora bien, aunque los intereses remuneratorios pueden ser objeto de doble control de transparencia en la línea expuesta, ello no impide que puedan ser considerados usurarios conforme la LRU. En todo caso, el TRLGDCU será de aplicación en aquellos casos en que el carácter abusivo se produzca en aspectos distintos a la propia cuantía excesiva de los intereses, o en la imposición de indemnizaciones o intereses moratorios desproporcionadamente altos o el redon-

deo de los tipos de interés únicamente al alza, así como la imposición de garantías desproporcionadas con el riesgo existente⁷⁹.

Por otra parte, como ha dicho la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de marzo de 2018⁸⁰ la información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar. Es la que posibilita, lo que nosotros consideramos, la formación de un consentimiento informado.

En este contexto, no cabe ninguna duda que no procede realizar un control de precios respecto de la cláusula que regula el interés remuneratorio de un préstamo o en un crédito; de ahí que, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de diciembre de 2020⁸¹ establezca que: “No es procedente que el juez realice un control de precios, que pueda anular una cláusula que establece el precio porque este resulta desproporcionado a la prestación. Tal exclusión resulta del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE y de su desarrollo en Derecho interno mediante la sustitución de la expresión “justo equilibrio de las contraprestaciones” por “desequilibrio importante de los derechos y obligaciones” en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, como han declarado las sentencias de esta sala 406/2012, de 18 de junio, 241/2013, de 9 de mayo, y 669/2017, de 14 de diciembre) y de la jurisprudencia del TJUE que lo ha interpretado, representada por las sentencias de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai, y 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Bogdan Matei e Ioana Ofelia Matei”.

Nos parece oportuno finalizar este apartado indicando de forma sistemática lo siguiente que, las sentencias del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 154/2025 y 155/2025, de 30 de enero indican sobre el control de transparencia de los créditos revolving exigiendo información sobre lo que representa en sí esta modalidad crediticia, del anatocismo, del “efecto bola de nieve” y el sobreendeudamiento del consumidor “deudor cautivo”. De forma que, la jurisprudencia del citado Alto Tribunal opera sobre dos pilares: la usura y el control de transparencia. Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en línea con la regulación del crédito al consumo, incide sobre la evaluación de la solvencia. Así la sentencia, Sala Tercera, de 11 de enero de 2024, C-755/22 (asunto Nárokuj s.r.o. y EC Financial Services, a.s.) tras establecer en su apartado 31 que del tenor del artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/48 se desprende que el prestamista está obligado a evaluar la solvencia del consumidor antes de la celebración del contrato de crédito —carácter precontractual de esta obligación— (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de diciembre de 2014, CA Consumer Finance, C 449/13, EU:C:2014:2464, apartado 45) declara que “los artículos 8 y 23 de la Directiva 2008/48 deben interpretarse en el sentido que no se oponen a que, cuando el prestamista ha incumplido su obligación de evaluar la solvencia del consumidor, ese prestamista sea sancionado, de conformidad con el Derecho

nacional, con la nulidad del contrato de crédito al consumo y la pérdida de su derecho al pago de los intereses pactados, aun cuando ese contrato haya sido ejecutado en su totalidad por las partes y el consumidor no haya sufrido consecuencias perjudiciales a causa de ese incumplimiento”. En este contexto, la falta de transparencia y la falta de evaluación de la solvencia tienen el mismo resultado evitar el riesgo de sobreendeudamiento o de insolvencia. La responsabilización de los prestamistas y la prevención de prácticas irresponsables en la concesión de créditos al consumo versus crédito revolving contribuyen de manera esencial al buen funcionamiento del mercado crediticio. Aunque el Tribunal Supremo no alude a la evaluación de la solvencia directamente, si implícitamente lo hace, cuando se refiere a la concesión de crédito irresponsable que puede derivar tanto la falta de transparencia como de la falta de evaluación de la solvencia del deudor. Es cierto que, no impone la sanción de nulidad del contrato o de la pérdida de los intereses remuneratorios, pues, esa labor corresponde al legislador, al que anima el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y, sobre estas bases, recordemos el contenido de la Directiva (UE) 2023/2225 que refuerza la evaluación de la solvencia por parte del prestamista, tope a los tipos de interés: límites máximos a TAE o coste total y solicitar intervención humana en decisiones automatizadas. Precisamente, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de la Sala Primera, de 27 de febrero de 2025 C-203/22 (asunto CK contra Magistrat der Stadt Wien con intervención de Dun & Brandstreet Austria GmbH) en relación con decisiones automatizadas y algoritmos opacos (la famosa caja negra) relacionados con la evaluación de la solvencia tras disponer en su apartado 61 que “la información significativa sobre la lógica aplicada” a decisiones automatizadas, en el sentido del artículo 15, apartado 1, letra h), del RGPD, debe describir el procedimiento y los principios concretamente aplicados de tal manera que el interesado pueda comprender cuáles de sus datos personales se han utilizado y cómo se han utilizado en la adopción de la decisión automatizada en cuestión, sin que la complejidad de las operaciones que deban realizarse para la adopción de una decisión automatizada pueda exonerar al responsable del tratamiento de su deber de explicación”; declara que “ el artículo 15, apartado 1, letra h), del RGPD debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que se adopte una decisión automatizada, incluida la elaboración de perfiles, en el sentido del artículo 22, apartado 1, de dicho Reglamento, el interesado puede exigir al responsable del tratamiento, como “información significativa sobre la lógica aplicada”, que este le explique, mediante información pertinente y en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, el procedimiento y los principios aplicados concretamente para explotar, de forma automatizada, los datos personales relativos al interesado con el fin de obtener un resultado determinado, como un perfil

de solvencia” (apartado 66). Una información que es necesaria para cumplir con la evaluación de la solvencia.

VI. CONCLUSIONES

I. Son varios los instrumentos financieros que se ofrecen al consumidor como: microcréditos o créditos rápidos, préstamos personales y, tarjetas y créditos *revolving*. Tienen como principal objetivo ofrece una financiación rápida para satisfacer necesidades económicas propiciadas por el propio consumidor, o de exigencias perentorias ante una situación de angustia o imperativa.

II. Los microcréditos son préstamos de reducido importe cuyo destinatario no cuenta con los recursos o garantías suficientes para acceder a una financiación que le permita poner en marcha su proyecto. De ahí que, la finalidad de estos microcréditos resida en la realización de un proyecto o una oportunidad de negocio. Han sido utilizados por las entidades financieras para paliar los efectos catastróficos que para las PYMES y autónomos, están causando los incendios que asolan España en este verano de 2025.

III. Una parte importante de los préstamos personales a personas físicas son los llamados préstamos o créditos para consumo que, se regulan en la Ley 16/2011, de 24 de junio de Contratos de Crédito al Consumo hasta la transposición de la Directiva (UE) 2023/2225, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, relativa a los contratos de crédito al consumo.

IV. La Directiva (UE) 2023/2225 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, relativa a los contratos de crédito al consumo y por el que se deroga la Directiva 2008/48/CE se aplica con independencia que el prestamista sea una persona física o jurídica. No obstante, la Directiva no debe afectar al derecho de los Estados miembros a reservar únicamente a las personas jurídicas o a algunas personas jurídicas la actividad de concesión de créditos al consumo. Ciertamente, la información a los consumidores, como las explicaciones adecuadas, la información precontractual, la información general y la información sobre consulta de bases de datos, debe proporcionarse gratuitamente. Se debe prestar especial atención a las necesidades de las personas con discapacidad.

V. El crédito *revolving* opera en un mercado independiente frente a la financiación de consumo tradicional y con entidad propia. Se comercializa por entidades bancarias y por establecimientos financieros de crédito como alternativa a los créditos personales tradicionales y posibilita al cliente la obtención de una línea de crédito con cierta inmediatez y flexibilidad en el pago, a la vez que su rotación o carácter revolvente permite una disponibilidad de fondos continua en el tiempo; lo que hace que sea un producto demandado y atractivo para los

consumidores, pese a sus altos intereses remuneratorios, gastos y comisiones y, en principio, se destina a compras y gastos puntuales.

VI. El control de abusividad *versus* transparencia del interés remuneratorio, procede señalar que, la doctrina emanada de las sentencias del Pleno de la Sala Primera de 9 de mayo de 2013, de 8 de septiembre de 2014, de 24 de marzo, de 25 de marzo y de 29 de abril de 2015 han tratado el control de transparencia en materia de cláusulas limitativas de la variabilidad del interés remuneratorio pactado en contratos con garantía hipotecaria (“cláusulas suelo”).

VII. En todo caso, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 2025 indica, precisamente, que “es preciso que el consumidor reciba una información sobre estas características y estos riesgos, con un contenido y presentación adecuada y en el momento oportuno. Respecto del momento en que debe facilitarse la información, ya hemos hecho referencia a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que resalta la importancia de que la información sea facilitada al consumidor antes de celebrar el contrato. También la normativa nacional aplicable cuando se celebró el contrato establecía esta obligación de informar con antelación a la celebración del contrato”. En lo que respecta al contenido, la información debe exponerse de manera transparente por su contenido, forma de expresión y ubicación en el documento, el funcionamiento concreto del mecanismo de recomposición del capital y su influencia en la liquidación de los intereses y en la amortización del capital dispuesto, especialmente en los supuestos de incremento notable del riesgo: cuando la cuota periódica de pago no es elevada pero sí lo es el tipo de interés; y cuando se produce un impago y la capitalización de los intereses y las comisiones devengadas prolonga indefinidamente el pago de la deuda porque las cuotas periódicas, que por defecto se fijan en una cuantía mínima, apenas amortizan capital.

VIII. El control de transparencia no se agota en el mero control de incorporación, sino que supone un *plus* sobre el mismo.

IX. La Orden EHA/2899/2011 tras su modificación por la Orden ETD/699/2020 crea un nuevo capítulo III bis del Título III en la que se establecen una serie de normas relativas a los créditos al consumo de duración indefinida.

VII. BIBLOGRAFÍA.

- AGÜERO ORTIZ, A. (2016). “No todas las tarjetas de crédito son usurarias, es posible que haya futuro para la financiación de consumo”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, número 19, 2016, pp. 133 a 150.
- (2020). “Consecuencias auguradas de la doctrina “SYGMA” en la jurisprudencia menor: del interés normal usurario al control de transparencia”, *Revista Jurídica so-*

- bre consumidores y usuarios. Especial tarjetas y crédito revolving. *VLex*. Febrero, pp. 72 a 90.
- (2024). “II Estadísticas de las TAE y precios medios aplicados a los micropréstamos (2024)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, número 52, p.
- ALBALADEJO, M. (1995). “La nulidad de los préstamos usurarios”, *Anuario de Derecho Civil*, T. XLVIII, Fasc. I, enero-marzo, p.
- ALEMANY CASTELL, M. (2020). “Los créditos y las tarjetas revolving”, *Revista Jurídica sobre consumidores y usuarios. Especial tarjetas y créditos revolving. VLex*. Febrero, pp. 90 a 114.
- (2019). “La comparación del interés “normal del dinero” en los créditos revolving de acuerdo con las estadísticas que publica el Banco de España”, *Diario LA LEY*, número 9367, sección Tribuna, 27 de febrero,
- ALEMANY CASTELL, M. y PELLEJERO J. (2022). “Comentarios sobre la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña en materia de usura en las tarjetas revolving y la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2022”, *Diario LA LEY*, número 10100, 29 de junio, p.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1991). *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid.
- ALMENAR BELENGUER, M. (2019). “Tarjetas bancarias, créditos rápidos y créditos revolving”. En: C. del Carmen Castillo Martínez (dir.), J.L. Fortea Gorbe (coord.), *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros*, Valencia: tirant lo blanch.
- AMOR BAYONA, M. (2023). “Estudio jurisprudencial sobre la valoración del interés usurario en las tarjetas revolving (1)”, *Actualidad Civil*, número 3, marzo, pp.
- BETANCOR SÁNCHEZ, V. E. (2020). “Tarjetas revolving: ¿medio de pago o crédito al consumo?”, *Diario LA LEY*, número 9580, sección Tribunal, 24 de febrero, pp. 1 a 9.
- CADENAS OSUNA, D. (2024). “Carácter usuario del interés pactado en una operación crediticia”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 126, septiembre, pp. 1-9.
- CARRASCO PERERA, Á. y CORDÓN MORENO, F. (2019). *Intereses de usura y tarjetas de crédito revolving. La superación de la jurisprudencia “Sygma Mediatis”*, Navarra: Cuadernos Civitas, Civitas Thomson Reuters.
- CASAS VALLÉS, R. (2020). “Informe sobre la eventual calificación como usurarios de los intereses remuneratorios estipulados en contratos de crédito “revolving””, *Revista Jurídica sobre consumidores y usuarios. Especial tarjetas y créditos revolving. VLex*. Febrero, pp. 17 a 38.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (1993). “Comentario al artículo 1755 del Código Civil”. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, L. Díez-Picazo y P. Salvador Cordech (dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. II, Madrid: Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2013). “Comentario a los artículos 1755 y 1756 del Código Civil”. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, T. VIII, Valencia, tirant lo blanch.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, Á. (2012). *Sistema de Derecho Civil*, vol. II (T.2), décima edición, Madrid: Tecnos, Madrid.

- DIÉZ-PICAZO, I. (2025). “Transparencia y crédito revolving: la jurisprudencia del Tribunal Supremo exige el examen en cada caso”, *Diario LA LEY*, número 10753, sección doctrina, 27 de junio, p.
- DURÁN RIVACOBÁ, R. (2025). “La prescripción de la acción de restitución de efectos de la cláusula declarada nula en los contratos de crédito”, *Diario LA LEY*, número 10754, sección Tribuna, 1 de julio, p.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F. (1996). “Condiciones abusivas del crédito”. En: U. Nieto Carol (dir.), *Crédito y Protección del consumidor*, Madrid: Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial.
- EMID IRUJO, J.M. (1989). “Sobre el carácter usurario de un préstamo bancario”, *Diario LA LEY*, núm. 3, pp. 257 a 263.
- ENRICH GUILLÉN, D. y ARANDA JURADO, M. (2024). *Los créditos revolving y los intereses usurarios*, Barcelona: Bosch.
- FERNÁNDEZ DE AVILÉS, G.M. (2019). *Tarjetas revolving. Cómo reclamar y conseguir la nulidad*, Madrid: Colex.
- FUENTES DEVESA, R. (2019). “Créditos y préstamos revolving”. En: C. del Carmen Castillo Martínez (dir.), J.L. Fortea Gorbe (coord.), *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros*, Valencia: tirant lo blanch.
- GARCÍA CANTERO, G. (1989). “Préstamo, usura y protección de los consumidores”, *Actualidad Civil*, número 1, pp. 205-216.
- HERNÁNDEZ MANZANARES, A. (2025). “El crédito revolving: criterios sobre la falta de transparencia y abusividad”, *Diario LA LEY*, número 10676, marzo, p.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, FCO. J. (2010). *La usura. Evolución histórica y patológica de los intereses*, Madrid: Dykinson.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. et al., (2011). *Elementos de Derecho Civil*, T. II Derecho de Obligaciones, vol. I Parte General. Teoría general del contrato, 5.ª edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Madrid: Dykinson.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2021). “Sobre el concepto de “consumidor vulnerable” en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, *Blog Hay Derecho*, 1 de febrero.
- MARÍN PÉREZ, P. (1991). “Comentario al artículo 1755 del Código Civil”. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXII, vol. I.º, Madrid: Edersa.
- MARTÍN FUSTER, J.M. (2020). “La usura y su apreciación de oficio”, *Actualidad Civil*, número 2, febrero, pp. 1-21.
- MÚRTURA LAFUENTE, V. (1999). *La prestación de intereses*, Madrid: McGraw-Hill.
- (2010). “La usura: un viejo problema, una nueva perspectiva en tiempos de crisis”, *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto, pp. 3-39.
- (2012). *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Madrid: Reus.
- MUÑOZ CERVERA, M. (1996). “El interés y la usura”. En: U. Nieto Carol (dir.), *Crédito y Protección del consumidor*, Madrid: Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial.
- ORDÁS ALONSO, M. (2004). *El interés de demora*, Navarra: Thomson Aranzadi.

- (2013). “Comentario al artículo 1740 del Código Civil”. En: R, Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil, T. VIII*, Valencia, tirant lo blanch.
- PERTINEZ VILCHEZ, Fco. J. (2013), “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *Indret* número 3, julio 2013, pp. 1-28.
- PLANAS BALLVÉ, M. (2024). “La legitimación pasiva del cedente del préstamos declarado usurario”, *Diario LA LEY*, número 10508, mayo, pp.
- PLA VIDAL, I. (2025). “Hacia una trasposición coherente de la Directiva de Crédito al Consumo: retos y oportunidades”, *Noticias Jurídicas*, 13 de noviembre, pp. 1-2.
- REYNER SERRÀ, J. (2017). “El crédito “revolving” y su precio”, *Revista VLex*, número 158, mayo, pp. 1-23.
- (2020). “El crédito “revolving” con o sin tarjeta asociada. Diferencias y similitudes entre sí y con otras operaciones de crédito al consumo”, *Revista Jurídica sobre consumidores y usuarios. Especial tarjetas y créditos revolving. VLex. Febrero*, pp. 38-44.
- RODRÍGUEZ DE BRUJÓN Y FERNÁNDEZ, E. (2020). “Tribuna del consumidor. Preguntas prácticas sobre los créditos revolving”, *Revista Jurídica sobre consumidores y usuarios. Especial tarjetas y créditos revolving. VLex. Febrero*, pp. 163-186.
- SABATER BAYLE, E. (1986). *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, Navarra: Aranzadi.
- (2018). “Contratos usurarios: perspectiva jurisprudencial actual”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número 9, agosto, pp. 106-135.
- SÁNCHEZ GARCÍA, J. M.^a (2019). “El crédito revolving y la litigiosidad generada como consecuencia de una errónea interpretación de la sentencia del TS de 25 de noviembre de 2015”, *Diario LA LEY*, número 9525, sección Tribunal, 25 de noviembre de 2019, pp. 1-7.
- (2020). “¿Debe aplicarse la Ley de Represión de la Usura a las tarjetas revolving?”, *Revista Jurídica sobre consumidores y usuarios. Especial tarjetas y créditos revolving. VLex. Febrero*, pp. 6-16.
- TAPIA HERMIDA, A.J. (2025). “Préstamos hipotecarios: transparencia sustancial de la comisión de apertura”, *LA LEY, Unión Europea*, número 137, sección crónica de jurisprudencia, junio, p.
- TENAS ALÓS, M. Á. (2020). “A propósito de las tarjetas revolving”, *Diario LA LEY*, número 9612, sección Tribuna, de 14 de abril, pp. 1-5.
- TUR FAÜNDEZ, M.^a N. (1995). “Condiciones generales en contratos celebrados con consumidores y usura: cuenta corriente bancaria en descubierto (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de 17 de octubre de 1994)”, *Revista General del Derecho*, número 608, pp. 4869-4885.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (2016). “Créditos rotativos o “revolving”, crédito abusivo y crédito usurario. Una necesaria diferenciación conceptual ausente en la STS 628/2015, de 25 de noviembre”, *Diario LA LEY*, número 8701, sección Doctrina, 12 de febrero, pp. 1-9.

- (2020). “Los créditos rotativos o *revolving*. Control de transparencia, abusividad y carácter usurario”, *Revista Jurídica sobre consumidores y usuarios. Especial tarjetas y créditos revolving*. *VLex*. Febrero, pp. 44-71.
- VELA TORRES, P.J. (2025). “Criterios para declarar abusivos los interés de las tarjetas revolving por falta de transparencia”, *Diario LA LEY*, número 10688, marzo, pp. 1-4.
- (2025). “Prescripción de la acción restitutoria de las cantidades pagadas en exceso por cliente de una tarjeta revolving usuraria, *Diario LA LEY*, número 10756, sección *Comentarios de jurisprudencia*, 3 de julio, pp. 1-4.
- VILLARUBIA GONZÁLEZ, J. (2025). “Insólita sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2025 resolviendo la prescripción de la acción restitutoria por aplicación de interés usurario a través de las denominadas tarjetas revolving”, *Diario LA LEY*, número 10697, abril, pp. 1-10.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJCE, Sala Primera, de 14 de marzo de 1991.
- STJCE, Sala Sexta, de 3 de julio de 1997.
- STJCE, Sala Segunda, 20 de enero de 2005.
- STJUE, Sala Cuarta, de 3 de septiembre de 2015.
- STJUE, Sala Sexta, de 19 de noviembre de 2015.
- STJUE, Sala Primera, de 26 de enero de 2017.
- STJUE, Sala Tercera, de 25 de enero de 2018.
- STJUE, Sala Segunda, de 14 de febrero de 2019.
- STJUE, Sala Tercera, de 3 de octubre de 2019.
- STJUE, Sala Sexta, de 26 de marzo de 2020.
- STJUE, Sala Cuarta, de 16 de julio de 2020.
- STJUE, Sala Primera, de 3 de septiembre de 2020.
- STJUE, Sala Cuarta, de 16 de marzo de 2023.
- STJUE, Sala Tercera, de 11 de enero de 2024.
- STJUE, Sala Primera, de 27 de febrero de 2025.
- STS, Sala de lo Civil, de 25 de enero de 1984.
- STS, Sala de lo Civil de 29 de abril de 2015.
- STS, Pleno Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 20 de abril de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, de 7 de junio de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, de 8 de junio de 2017.
- STS, Pleno Sala de lo Civil, de 15 de noviembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, de 7 de junio de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 12 de junio de 2018.
- STS, Pleno Sala de lo Civil, de 23 de enero de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, de 20 de febrero de 2019.

- STS, Sala de lo Civil, de 5 de marzo de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, de 27 de marzo de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, de 6 de mayo de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, de 25 de junio de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de julio de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, de 10 de octubre de 2019.
- STS, Sala de lo Civil de 11 de octubre de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, de 12 de diciembre de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, de 27 de febrero de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, de 15 de junio de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, de 27 de octubre de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, de 10 de diciembre de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, de 15 de febrero de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, de 16 de marzo de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, de 4 de marzo de 2022.
- STS, Pleno Sala de lo Civil, de 15 de febrero de 2023 (dos).
- STS, Sala de lo Civil, de 28 de febrero de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de mayo de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, de 20 de septiembre de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, de 6 de octubre de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, de 10 de enero de 2024.
- STS, Sala de lo Civil, de 15 de enero de 2024.
- STS, Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2024.
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de abril, de 2024.
- STS, Sala de lo Civil, de 20 de mayo de 2024.
- STS, Sala de lo Civil, de 7 de octubre de 2024.
- STS, Sala de lo Civil, de 16 de octubre de 2024.
- STS, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 2025.
- STS, Pleno Sala de lo Civil, de 18 de febrero de 2025(dos).
- STS, Pleno Sala de lo Civil, de 5 de marzo de 2025.
- STS, Sala de lo Civil, de 12 de junio de 2025.
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de junio de 2025 (dos).
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de julio de 2025.
- SAP A Coruña, secc. 4.^a, de 21 de julio de 2000.
- SAP Badajoz, secc. 2.^a, de 15 de septiembre de 2005.
- SAP Barcelona, secc. 16.^a, de 9 de marzo de 2010.
- SAP Girona, secc. 1.^a, de 5 de octubre de 2010.
- SAP Tarragona, secc. 1.^a, de 10 de abril de 2012.
- SAP Valencia secc. 7.^a, de 19 de diciembre de 2012.
- SAP Islas Baleares, secc. 4.^a, de 27 de mayo de 2013.

- SAP Pontevedra, secc. 1.^a, de 14 de octubre de 2014.
- SAP Málaga, secc. 5.^a, de 1 de diciembre de 2014.
- SAP Málaga, secc. 4.^a, de 23 de mayo de 2016.
- SAP Álava, secc. 1.^a, de 30 de junio de 2016.
- SAP Cádiz, secc. 8.^a, de 3 de mayo de 2017.
- SAP Valencia, secc. 7.^a, de 17 de septiembre de 2018.
- SAP Albacete, secc. 1.^a, de 25 de septiembre de 2018.
- SAP Islas Baleares, secc. 5.^a, de 10 de diciembre de 2018.
- SAP Vizcaya, secc. 4.^a, de 3 de junio de 2019.
- SAP Zamora, secc. 1.^a, de 21 de junio de 2019.
- SAP Cádiz, secc. 2.^a, de 26 de junio de 2019.
- SAP Valencia, secc. 6.^a, de 1 de julio de 2019.
- SAP Santander, secc. 2.^a, de 9 de julio de 2019.
- SAP Zaragoza, secc. 5.^a, de 3 de septiembre de 2019.
- SAP Burgos, secc. 3.^a, de 30 de octubre de 2019.
- SAP Islas Baleares, secc. 3.^a, de 17 de septiembre de 2019.
- SAP Madrid, secc. 25.^a, de 4 de febrero de 2020.
- SAP Barcelona, secc. 17.^a, de 4 de noviembre de 2021.
- SAP Barcelona, secc. 15.^a, de 13 de enero de 2022.
- SAP Málaga, secc. 5.^a, de 23 de diciembre de 2023.
- SAP Las Palmas, secc. 4.^a, de 20 de mayo de 2024.
- SAP Las Palmas, secc. 4.^a, de 8 de julio de 2024.
- SAP A Coruña, secc. 4.^a, de 9 de abril de 2025.
- SAP Santa Cruz de Tenerife, secc. 3.^a, de 11 de abril de 2025.

NOTAS

¹ Señala la Orden ETD/699/2020, de 24 de julio, de regulación del crédito revolving en su apartado primero del Preámbulo señala que “Los créditos de duración indefinida con carácter revolving o *revolving* presentan ciertas especialidades que los hacen susceptibles de un tratamiento regulatorio diferenciado. El principal elemento que los caracteriza es que el prestatario puede disponer hasta el límite de crédito concedido sin tener que abonar la totalidad de lo dispuesto a fin de mes o en un plazo determinado, sino que el prestatario se limita a reembolsar el crédito dispuesto de forma aplazada mediante el pago de cuotas periódicas cuyo importe puede elegir y modificar durante la vigencia del contrato dentro de unos mínimos establecidos por la entidad. La cuantía de las cuotas puede variar en función del uso que se haga del instrumento del crédito y de los abonos que se realicen por el prestatario”.

² Portal del Cliente Bancario, apartado productos y servicios bancarios: préstamo personal y crédito al consumo, asimismo se indica que “el origen de los microcréditos se personalizan en Muhammad Yunus, empresario de Bangladesh, Premio Noble de la Paz en el año 2006 y del Príncipe de Asturias de la Concordia en 1998. Yunus comenzó a prestar pequeñas cantidades de dinero a personas desfavorecidas de su país para la puesta en marcha de pequeños proyectos y con excelentes resultados. De ello derivó la creación del Banco Grameen.

³ AGÜERO ORTIZ, A. (2024). “II Estadísticas de las TAE y precios medios aplicados a los microprestamos (2024)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, número 52, p.75.

⁴ ENRICH GUILLÉN, D. y ARANDA JURADO, M. (2024). *Los créditos revolving y los intereses usurarios*, Barcelona: Bosch, pp. 370-371.

⁵ Como precisa acertadamente AGÜERO ORTIZ, A. (2024). “II Estadísticas de las TAE y precios medios aplicados a los microprestamos (2024)”, *op. cit.*, p. 77 “parece que la mejor forma de hacer comparables los microprestamos con otros productos semejantes, es informar sobre el interés diario o la tasa del precio a tanto alzado (honorarios)”.

⁶ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de febrero de 2023 (RJ 2023,1105) en relación con el préstamo hipotecario concedido por una persona física. el criterio objetivo de determinación del “interés normal del dinero”, a través de las estadísticas del Banco de España, como canon o referencia a partir de la cual enjuiciar el carácter usurario o no de un préstamo, no puede aplicarse de espaldas al criterio de la comparación entre figuras o categorías de préstamos o créditos homogéneos, y, en concreto, fuera del ámbito de las operaciones que nutren esas estadísticas, limitado al propio de las entidades de crédito. La Circular 4/2002, de 25 de junio, del Banco de España, que dio cumplimiento al Reglamento (CE) n.º 63/2002, de 20 de diciembre de 2001, sobre estadísticas de los tipos de interés, limita su ámbito de aplicación a las “entidades de crédito”, entendiendo por tales las que enunciaba el art. 1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio (vid. art. 1 de la Circular núm. 4/1991, de 14 de junio, a Entidades de crédito sobre normas de contabilidad y modelos de estados financieros), es decir, bancos, cajas de ahorro, cooperativas de crédito e Instituto de Crédito Oficial (art. 1 Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito; antes art. 1 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito). Estas entidades de crédito están sujetas a las normas de ordenación y disciplina de crédito y supervisadas por el Banco de España, pero no son las únicas que intervienen en el mercado del crédito. Junto con ellas existen otras empresas distintas dedicadas profesionalmente a la concesión de créditos o préstamos hipotecarios, que actúan con sujeción al marco general de la legislación civil, mercantil, hipotecaria y consumerista, y específicamente a lo dispuesto en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores

de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamos y créditos.

Forma de operar trasladable al supuesto objeto de análisis en este apartado.

⁷ Como obligaciones generales: los asociados deberán: 1. Dirigir su actividad empresarial de forma legal, ética y eficaz, cumpliendo en todo momento con la legislación vigente, en especial la relativa al derecho fundamental de la protección de datos de carácter personal y a la protección de los consumidores y usuarios; 2. Actuar en todo momento y realizar su actividad empresarial con honestidad, de forma responsable, justa, razonable y tratando a los clientes con el debido y merecido respeto, velando en todo momento por su conducta empresarial del día a día; 3. Comportarse siempre con integridad y profesionalidad para asegurarse, en la medida y siempre que sea posible, que todas las personas o sociedades con las que mantengan relaciones empresariales que afecten a la actividad aquí descrita se comporten con los mismos estándares en cuanto a la protección al consumidor se refiere que los aquí establecidos; 4. Responder en todo momento con veracidad y lealtad a las reclamaciones y solicitudes de los clientes respecto a cualquiera de los aspectos de una transacción crediticia. Los asociados, también deberán adoptar todas las medidas razonables para asegurar, cuando sea posible, que los agentes, intermediarios, comisionistas y/o análogos operadores actúen de igual modo y con la misma diligencia; 5. Respetar la información confidencial que se les proporcione en el curso de su actividad empresarial; 6. Asegurar que la documentación crediticia contiene, de manera clara e inteligible todos los términos y condiciones del acuerdo, ajustando su redacción a los parámetros de transparencia e información a proporcionar al cliente, previstos legalmente, y facilitando copia de la misma al cliente en los términos establecidos en la ley aplicable; 7. Proveer la debida formación a su personal, agentes, colaboradores y cualquier otra persona que realiza otras tareas en nombre de un asociado, obligándolos a actuar de conformidad con lo dispuesto en este Código y los Página 6 de 19 principios que contiene. Además los asociados deberán vigilar sus acciones y decisiones para asegurarse que actúan según lo dispuesto en este Código; 8. Cumplir con las obligaciones y otras condiciones que pueden ser impuestas por las Organizaciones de Consumidores y Usuarios, por la Agencia Española de Protección de Datos, y resto de organismos administrativos, incluyendo pero no limitándose a lo indicado en LCCC, la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, y resto de normativa aplicable; 8. Seguir, cuando sea necesario, cualquier guía interpretativa de la Asociación que haga referencia al presente Código; 9. Garantizar la imparcialidad y la equidad en todas las relaciones comerciales con los clientes, tanto antes como después de la firma de un acuerdo y en la manera en que estos acuerdos resulten aplicables; 10. Cuando los términos de un acuerdo en vigor se modifiquen o estén sujetos a cambios, los asociados deberán advertir mediante una comunicación escrita al cliente con al menos treinta (30) días de antelación, antes de que se produzca el cambio en los términos y condiciones generales del acuerdo; y, 11. Los asociados deberán cumplir con la normativa en vigor en relación con la aprobación en p plazo y depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil.

Obligaciones específicas de los micrópréstamos: 1. Publicidad y marketing: a) Los asociados se comprometen a realizar una publicidad de los préstamos y, en general de su actividad, transparente, respetando siempre lo dispuesto en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos

de crédito al consumo, y resto de normativa que sea de aplicación en materia de publicidad de los productos financieros en cada momento, en especial la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad; b) Los asociados no facilitarán ni ofrecerán sus acciones comerciales y publicitarias, a clientes especialmente vulnerables o para los que el producto resulte de algún modo inapropiado; c) Los asociados deberán asegurar que toda la publicidad realizada sea fidedigna, correcta y no engañosa, haciendo especial énfasis en las condiciones económicas y en el corto plazo del micropréstamo; d) Los asociados deberán garantizar que toda la publicidad y documentación promocional sea justa y razonable, que no contenga información errónea o que pueda llevar a confusión y que cumpla con la legislación vigente. Esto incluye la inclusión o el desglose de un ejemplo representativo y/o la Tasa Anual Equivalente en su forma legal, cuando sea requerido por ley, a los simples efectos de que el consumidor pueda comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, si bien este indicador es comúnmente utilizado en la banca tradicional para productos a más largo plazo, en especial, a más de un año, no es un indicador válido ni representativo que pueda aplicarse a nuestro sector habida cuenta sus particularidades y el corto plazo de devolución; e) Los asociados deberán indicar que forman parte de la Asociación, en especial, en la página de inicio de su sitio web. Además, los asociados dispondrán de un enlace (link) a este Código de Buenas Prácticas en su sitio web y facilitarán copias de éste a petición del cliente; f) Los asociados se comprometerán y garantizarán que de forma transparente los clientes puedan conocer en todo momento la denominación de la compañía prestamista, así como su marca, en especial en aquellos casos en los que se utilicen marcas o nombres comerciales dando acceso de forma clara y sencilla en su página web a la información de la entidad jurídica que opera detrás de cada marca comercial. Asimismo, los miembros se comprometerán a publicar y mantener actualizados en sus respectivos sitios web el Aviso Legal, la Política de Privacidad y la Política de Cookies; g) Los asociados no presionarán a los clientes para suscribir un acuerdo de micropréstamo o para prorrogar el plazo de uno ya existente, más allá de informarles de tal posibilidad por los medios y canales habitualmente establecidos de comunicación con el cliente; h) Los asociados en ningún caso focalizarán sus estrategias de marketing en grupos económicamente vulnerables o con un historial crediticio desventajoso, evitando en todo caso las situaciones de sobreendeudamiento.

2 Agentes intermediarios, comisionistas o afiliados: Los asociados realizarán sus mejores esfuerzos para asegurar y controlar que los intermediarios, comisionistas, afiliados y análogos operadores, respeten también en su comunicación comercial las buenas prácticas recogidas en este Código.

3. Explicaciones del producto financiero; a) Los asociados deberán utilizar un lenguaje claro, inteligible y transparente en todas sus comunicaciones con los clientes, evitando cláusulas oscuras, de difícil interpretación o que puedan inducir al error, de tal modo que el cliente pueda conocer las características esenciales del producto y pueda manifestar a su vez su consentimiento de manera libre, informada, inequívoca y específica; b) Los asociados informarán a los potenciales clientes que los micropréstamos son un producto diseñado para solucionar problemas de liquidez puntual a corto plazo y que sus condiciones no son las más apropiadas para una financiación a medio o largo plazo; c) Los asociados deberán comunicar a los clientes los intereses gastos por prestación del servicio, honorarios o cuotas aplicables a sus micropréstamos y la base sobre la que se aplicarán, de tal modo que los consumidores sepan en todo momento y, en especial, antes de tomar su decisión de contratar el producto, el coste y resto de gastos asociados a la contratación del préstamo, así como las consecuencias del impago del mismo, facilitando que el cliente pueda tomar su decisión debidamente informado de la trascendencia e importancia económica de su decisión, de tal modo que la misma se adopte de manera responsable.

4. Información precontractual: a) Los asociados se comprometerán a garantizar la

transparencia en sus relaciones con los consumidores, incluida la necesidad de proveerles con las explicaciones adecuadas según la legislación aplicable; b) Los asociados deberán expresar con claridad el importe total a pagar, con inclusión de todas las comisiones, cargas, honorarios, gastos, y demás cantidades, así como todos los impuestos que graven la operación o, cuando no pueda indicarse un precio exacto, la base de cálculo que permita al cliente comprobar el precio; c) Antes que el cliente se encuentre vinculado a un acuerdo crediticio, los asociados le deberán proveer de información crediticia precontractual que establece la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo; d) Los asociados deberán explicar al cliente e informar en los documentos contractuales acerca del derecho de desistimiento conforme a la normativa en vigor y de forma clara y sencilla; e) Los asociados deberán proveer aclaraciones al cliente, para asesorarlo sobre si el acuerdo crediticio propuesto es apropiado a sus circunstancias, explicando: 1. Que los micropréstamos en efectivo son apropiados para cubrir necesidades financieras a corto plazo y que, en consecuencia, no son adecuados como financiación a medio o largo plazo; 2. Que ampliando la duración de los micropréstamos puede incrementarse sustancialmente el coste total del micropréstamo; 3. El riesgo de tener que pagar intereses adicionales o cuotas por mora en caso de incumplimiento del acuerdo; y, 4. La posibilidad de ejercer el derecho de desistimiento dentro del plazo legal de 14 días a contar desde el momento de la contratación, así como las condiciones aplicables a este derecho conforme a la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo – informar del importe diario del pago anticipado y de su comisión; f) Cuando un asociado tenga razones para sospechar que la documentación y explicaciones facilitadas no permiten al cliente evaluar si el acuerdo es apropiado para sus necesidades y circunstancias personales, los asociados deberán facilitar al cliente información adicional y aclaración que le permitan determinar la idoneidad del acuerdo; g) En todas las circunstancias los asociados deberán permitir al cliente hacer las preguntas que consideren oportunas sobre el acuerdo crediticio. Los asociados también deberán informar al cliente sobre cómo conseguir información adicional y obtener explicaciones sobre el acuerdo crediticio. 5

Evaluación de la rentabilidad y viabilidad: a) Los asociados deberán, antes de garantizar el crédito o incrementar sustancialmente la cantidad de crédito ofrecida al cliente, evaluar de forma adecuada la solvencia del cliente, para valorar bien la capacidad del prestatario de permitirse el compromiso financiero inicial o bien un compromiso de crédito adicional posterior. La evaluación de la solvencia deberá estar basada en información y evidencias proporcionadas por el cliente, pudiendo los asociados valorar la misma en base a sus ingresos y/o a la información proporcionada por agencias de crédito y/o registros de morosidad; b) La evaluación de la solvencia tendrá en cuenta aspectos tales como: 1. Importe del préstamo solicitado; 2. Ingresos del cliente; 3. Edad del cliente; 4. Capacidad de pago; 5. Información de agencias de crédito; 6. Experiencia previa del cliente; 7. Circunstancias personales del cliente comunicadas al prestamista; 8. El resultado de técnicas de análisis de crédito, scorings y similares – Información facilitada por el cliente para validar la información; c) Recordar al cliente el carácter de micropréstamo a corto plazo y sugerirle la contratación de un préstamo a largo plazo si resulta evidente que se están utilizando micropréstamos a corto plazo para necesidades de financiación recurrentes o constantes; d) Los asociados deberán supervisar continuamente sus prácticas comerciales para la concesión de micropréstamos, así como sus criterios de riesgo para fomentar unas prácticas de financiación responsable; y, e) Los asociados deberán garantizar, en el caso de que un micropréstamo sea rechazado y el cliente considere que el rechazo se ha hecho de forma irracional, que un supervisor o agente más experimentado revisará su solicitud.

⁸ Definido en líneas precedentes el préstamo, corresponde ahora conceptuar lo que se entiende por crédito. Representa la cantidad de dinero, con un límite máximo fijado que, una

entidad pone a disposición de un cliente. Una vez concedida la operación no se le entrega la totalidad de la cantidad concedida, sino que podrá utilizarla en cada momento conforme a sus necesidades, utilizando para ello una cuenta o una tarjeta de crédito. En todo caso, el cliente puede disponer de la totalidad o de parte del crédito concedido, o no disponer de él. Solo se paga intereses por el dinero del que se haya dispuesto efectivamente, si bien, en alguna ocasión se cobra una comisión mínima por el saldo no dispuesto. Se puede disponer del crédito pero no más allá del límite pactado. Los créditos, como los préstamos, se conceden también durante un plazo, pero a diferencia de éstos, los créditos cuando se terminan se pueden renovar o ampliar. El tipo de interés que se aplica a los créditos suele ser más alto que los de un préstamo, si bien, como hemos indicado, solo recaen por la parte dispuesta. Mientras que los préstamos se conceden para financiar la adquisición de un bien o servicio, los créditos suelen cubrir desfases de liquidez o periodos de falta de liquidez.

⁹ ALEMANY CASTELL, M. “Los créditos y las tarjetas revolving”, *Revista Jurídica sobre consumidores y usuarios. Especial tarjetas y créditos revolving*. VLex. Febrero, p. 92.

¹⁰ En relación con el derecho de desistimiento del que como señala, el artículo 26 apartado 1 letra a) y b) de la Directiva 2023/2225 del Parlamento Europeo y del Consejo; y, asimismo, el artículo 10.2 o) de la Ley 16/2011. Por su parte, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Sexta, de 26 de marzo de 2020 (LA LEY 9624/2020) asunto C-66/2019, caso JC y Kreissparkasse Saarlouis fija como doctrina que, los contratos de crédito al consumo deben especificar de forma clara y concisa el modo de computar el plazo de desistimiento y, declara al respecto en su fallo: “1. El artículo 10 apartado 2 letra p) de la Directiva 2008/48/CE debe interpretarse en el sentido que en el marco de la información que debe especificarse, de forma clara y concisa, en un contrato de crédito con arreglo a esa disposición, figura el modo de computar el plazo de desistimiento establecido en el artículo 14 apartado 1 párrafo segundo de dicha Directiva; 2. El artículo 10 apartado 2 letra p) de la Directiva 2008/48/CEE debe interpretarse, en relación con la información contemplada en el artículo 10 de esta, en el sentido que se opone a que un contrato de crédito remita a una disposición nacional que lo haga a su vez a otras disposiciones del Derecho del estado miembro de que se trate” (vid., asimismo, los apartados 39 y 49 de la sentencia). precisamente, en relación a esto último, señalar que, se indica en el apartado 46 de la sentencia “cuando una Directiva en el ámbito de la protección de los consumidores establece la obligación del profesional de poner en conocimiento del consumidor el contenido de la declaración contractual que se le propone, algunos de cuyos elementos vienen determinados por las disposiciones legales o reglamentarias imperativas de un Estado miembro, ese profesional está obligado a informar al citado consumidor del contenido de dichas disposiciones (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de abril de 2012, Invitel, asunto C-472/10 apartado 29). Por ello, añade el apartado 47 de la sentencia que “no basta la mera remisión efectuada en las condiciones generales de un contrato a una disposición legal o reglamentaria que establezca los derechos y obligaciones de las partes”.

¹¹ REYNER SERRÀ, J. (2017). “El crédito “revolving” y su precio”, *Revista VLex, número 158, mayo*, pp. 3-4. Asimismo, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 3.ª, de 30 de octubre de 2019 (JUR 2019,338368) establece que “en muchas ocasiones los créditos al consumo cuentan para en caso de impago con un cauce de ejecución privilegiada, como son los supuestos del artículo 250.1.10.º y 11.º de la LEC sobre ventas a plazo de bienes muebles y contratos de arrendamiento financieros, mientras que los créditos con tarjeta no disponen de ningún cauce procesal específico para su reclamación”.

¹² CARRASCO PERERA, Á. y CORDÓN MORENO, F. (2019). *Intereses de usura y tarjetas de crédito revolving*, Madrid: Cuadernos Civitas, pp. 80-82.

Por su parte, ENRICH GUILLÉN, D. y ARANDA JURADO, M. (2024). *Los créditos revolving y los intereses usurarios*, op. cit., pp. 368-369 señalan que el clásico préstamo personal o pago aplazado se diferencia principalmente del crédito *revolving* por lo siguiente: “1. El préstamo personal carece de ese carácter rotativo característico del crédito renovable. Así en el préstamo personal no cabe la reutilización del capital amortizado por parte del prestatario; 2. La disposición del capital concedido en el préstamo personal es inmediata, una vez formalizado, y su disposición es total, no permitiéndose que quede a disposición del titular del préstamo una cantidad de la que puede disponer, según sus necesidades. Es por ello que no cabe en el préstamo personal, la posibilidad de realizar reintegros de efectivo a requerimiento del prestatario; 3. El préstamo se concede para un plazo establecido y se cancela a su vencimiento, por lo que no cabe la renovación del mismo; 4. Tanto la duración—plazo— como el importe—capital concedido— es distinto en cada una de estas figuras, siendo mayor—tanto el plazo como capital— en el préstamo que en el crédito rotativo; 5. En cuanto a las garantías exigidas por la entidad prestamista, en ocasiones y dependiendo de la situación económica y personal del prestatario, así como del importe solicitado, se puede solicitar garantías adicionales, como el aval de terceras personas. Esto no sucede en el crédito *revolving*; 6. Los intereses que se pactan en ambos contratos, suelen ser también distintos, siendo en esta ocasión más elevados en el crédito renovable que en el préstamo personal; 7. Para su formalización, la entidad financiera suele requerir la intervención del fedatario público, cuando se trata de un préstamo personal. En el caso de crédito *revolvente* no se requiere; 8. El préstamo tiene asociada una cuota a devolver; sin embargo, el crédito *revolving* puede estar o no sujeto a este tipo de cuota, más allá del importe dispuesto cada mes; 9. Habitualmente, la entidad financiera requiere justificar el gasto que se va para sufragar con el importe del préstamo y se asegura que se destina a dicha operación. En las operaciones de crédito *revolvente*, no se le exige al solicitante ningún tipo de justificación para sus disposiciones”.

¹³ ENRICH GUILLÉN, D. y ARANDA JURADO, M. (2024). *Los créditos revolving y los intereses usurarios*, op. cit., pp. 368-369.

En el Informe y propuesta de resolución C/0535/13 Apollo/Evo Banco de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, pp. 5-6, igualmente, señala al respecto en sus apartados 31 a 33 que: “(31) Por una lado, en relación a los préstamos al consumo, la Comisión—casos M.5384 BNP Paribas/FORTIS; M-6164 Barclays Bank/Egg Credit Card Assets— ha establecido una clara distinción entre los préstamos personales concedidos directamente por los bancos o por las financieras en el punto de venta (“préstamos personales”) y los créditos renovables ligados a la utilización de las tarjetas de pago (“créditos renovables”) considerando que cada uno de estos tipos de crédito constituiría un mercado de producto diferenciados desde el punto de vista de la demanda. (32) En este sentido, los préstamos personales se contratan en relación a compras individuales, normalmente de cuantía sustancial y presentan tipos de interés, por lo general, más bajos. En el caso de los préstamos realizados en el punto de venta (gestionados a través del pago establecido donde se realiza la compra) es habitual que los establecimientos asuman parte de los intereses o incluso que éstos estén libres de intereses. La devolución de estos préstamos se realizan en cuotas regulares durante un periodo de tiempo acordado previamente (plazos). (33) En contraste, los créditos renovables a pesar de ofrecer tipo de interés nominalmente más alto, resultan más atractivos a los consumidores por su flexibilidad ya que, una vez obtenida la tarjeta, la concesión del crédito en cada operación es automática sin requerir trámites ulteriores, existiendo, asimismo, una mayor flexibilidad en cuanto a su devolución. Estos créditos sirven a un propósito distinto a los préstamos personales permitiendo a los usuarios de las tarjetas solventar problemas puntuales de liquidez, sin tener en cuenta necesidades de compra o de oportunidad”.

¹⁴ El artículo 30 establece que: “1. La tasa anual equivalente se calculará de conformidad con la fórmula matemática establecida en el anexo III, parte I. Equivaldrá anualmente al valor actual de todos los compromisos (disposiciones de créditos, reembolsos y gastos), futuros o vigentes, acordados por el prestamista y el consumidor; 2. Para calcular la tasa anual equivalente se determinará el coste total del crédito para el consumidor, exceptuando los gastos que este tendría que pagar por el incumplimiento de alguna de sus obligaciones con arreglo al contrato de crédito y los gastos, distintos del precio de compra, que corran por cuenta del consumidor en la adquisición de bienes o servicios, tanto si la operación se paga al contado como a crédito”.

La TAE es un indicador que se utiliza para calcular el coste total de un préstamo o el rendimiento de un producto de ahorro en un año. Se expresa como un porcentaje y tiene en cuenta no sólo el tipo de interés nominal (TIN), sino también otros gastos y comisiones asociados al producto financiero como comisiones de apertura, gastos administrativos, etc. La principal diferencia entre la TAE y el TIN (tipo de interés nominal) es que el TAE incluye todos los costes y comisiones asociados a productos financieros, mientras el TIN solo muestra el tipo de interés básico.

¹⁵ BOCG, serie A, núm. 49-1, de 14 de marzo de 2025, pp. 1 a 54.

¹⁶ En esta línea se expresa, PLA VIDAL, i (2025). “Hacia una transposición coherente de la Directiva de Crédito al Consumo: retos y oportunidades”, Noticias Jurídicas, 13 de noviembre, pp. 1-2.

¹⁷ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 5.ª, de 10 de diciembre de 2018 (JUR 2019,38786).

¹⁸ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 3.ª, de 17 de septiembre de 2019 (JUR 2019,281136).

¹⁹ La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 17.ª, de 4 de noviembre de 2021 (Roj. SAP B 13440/2021; ECLI:ES:APB:2021:13440) dispone al respecto que: “no cabe confundir crédito con tarjeta, pues esta última no es más que un instrumento de pago que sirve de medio de disposición de aquél. Y aunque, como señala la Orden citada, “actualmente el principal medio de disposición de los créditos *revolving* son las denominadas tarjetas *revolving*”, nada impide que puedan haber otros. Las disposiciones del crédito autorizado pueden realizarse mediante solicitud de transferencia (que podrá realizarse mediante llamada telefónica, fax, SMS, correo electrónico, por escrito o por los medios que Cofidis autorice) o mediante tarjeta de crédito que la entidad puede emitir y que los titulares deberán presentar al hacer sus compras, de lo que resulta que la utilización del crédito no va necesariamente ligada a una tarjeta. En definitiva, pues, nos hallamos ante un crédito *revolving*”.

²⁰ CARRASCO PERERA, Á., y CORDÓN MORENO, F. (2019). *Intereses de usura y tarjetas de crédito revolving. La superación de la jurisprudencia “Sygma Mediatitis”, op. cit.*, pp. 77-78 quienes, asimismo, precisa que, el Banco de España clasifica tanto la modalidad crédito *revolving* con tarjeta como la de crédito *revolving* sin tarjeta en la misma clase a efectos estadísticos.

²¹ VÁZQUEZ DE CASTRO, E., “Créditos rotativos o “*revolving*”, crédito abusivo y crédito usurario. Una necesaria diferenciación conceptual ausente en la STS 628/2015, de 25 de noviembre”, *Diario LA LEY*, número 8701, sección Doctrina, 12 de febrero, p. 2; del mismo autor (2020). “Los créditos rotativos o revolving. Control de transparencia, abusividad y carácter usuario”, *Revista Jurídica sobre consumidores y usuarios. Especial tarjetas y créditos revolving*. VLex. Febrero, p. 47; ALEMANY CASTELL, M. (2020). “Los créditos y las tarjetas revolving”, *Revista Jurídica sobre consumidores y usuarios. Especial tarjeta y crédito revolving*. VLex. Febrero, p. 94 que también indica que “la tarjeta es solamente un elemento

accesorio que facilita la operativa de disposición, pero no es un elemento fundamental de la operación”. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5.ª, de 3 de septiembre de 2019 (JUR 2019,27050) se trata de un crédito *revolving* instrumentado sin tarjeta de crédito, y que para resolver cuál era el tipo medio publicado oficialmente a tener en cuenta para ello, acudió al Informe del Banco de España de 20 de febrero de 2019, que dispone que es el de las tarjetas *revolving*.

²² Como precisa REYNER SERRÀ, J., “El crédito “revolving” con o sin tarjeta asociada. Diferencia y similitudes entre sí y con otras operaciones de crédito al consumo”, *Revista Jurídica sobre consumidores y usuarios. Especial tarjetas y créditos revolving*. VLex. Febrero, pp. 39-40 “la operación de crédito *revolving* existe con independencia de si se instrumenta mediante una tarjeta o no. La tarjeta es un elemento accesorio que facilita la operatividad de disposición, pero no es un elemento fundamental de la operación”. A lo que añade que “el crédito *revolving* es un contrato autónomo de la tarjeta.

²³ Para REYNER SERRÀ, J. “El crédito “revolving” con o sin tarjeta asociada. Diferencia y similitudes entre sí y con otras operaciones de crédito al consumo”, *op. cit.*, pp. 39-40 de esta forma, “se tiende a confundir el medio accesorio (la tarjeta) con el contrato principal (crédito *revolving*). Sin embargo, deben separarse claramente ambas cosas”. Por lo que, entiendo que, la expresión correcta debería ser la de un contrato de crédito “*revolving*” asociado a una tarjeta.

²⁴ La sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 5.ª, de 23 de diciembre de 2023 (Roj. SAP MA 3234/2022; ECLI: ES:APMA:2022:3234) señala en *su Fundamento de Derecho cuarto número 6* que: “el contrato suscrito era un contrato de línea de crédito *revolving*. El presente se trata de un producto que permite al acreditado disponer de pequeñas cantidades de dinero para un uso libre, esto es, no controlado por la entidad, que son devueltas mediante unas pequeñas cuotas prolongadas en el tiempo. Su principal característica es que la suma objeto de crédito es variable hasta un determinado límite, y aún más allá del mismo si a petición del solicitante es autorizada su ampliación por la entidad. El carácter revolvente viene dado por la posibilidad de que, a medida que la demandada vaya rebajando por el pago de cuotas que contienen la parte correspondiente a la amortización y la correspondiente a los intereses, de ordinario elevados en términos coloquiales, puede realizar nuevas disposiciones de nuevo hasta el límite y más allá del mismo si se autoriza por la entidad que se rebase. Reitera la Sala que el producto existe y conserva su naturaleza, con independencia de los instrumentos a través del cual se materializa, de ordinario todas las entidades permiten este producto en sus tarjetas de crédito emitidas, y generalmente informan y publicitan dicha posibilidad si bien suelen indicar la existencia de elevados costes financieros”.

²⁵ En este sentido, CARRASCO PERERA, Á. y CORDÓN MORENO, F. (2019). *Intereses de usura y tarjetas de crédito revolving. La superación de la jurisprudencia “Sygma Mediatis”*, *op. cit.*, p. 77; CASAS VALLÉS, R. (2020). “Informe sobre la eventual calificación como usuarios de los intereses remuneratorios estipulados en contratos de crédito “revolving””, *Revista Jurídica sobre consumidores y usuarios. Especial tarjetas y créditos revolving*. VLex. Febrero, p. 18; RODRÍGUEZ DE BRUJÓN y FERNÁNDEZ, E. (2020). “Tribuna del consumidor. Preguntas prácticas sobre los créditos revolving”, *Revista Jurídica sobre consumidores y usuarios. Especial tarjetas y crédito revolving*. VLex. Febrero, p. 163; BETANCOR SÁCHEZ, V.E. (2020). “Tarjetas revolving: ¿medio de pago o crédito al consumo?”, *Diario LA LEY*, número 9580, sección Tribunal, 24 de febrero, p. 1.

Por su parte, ALEMANY CASTELL, M. “Los créditos y las tarjetas revolving”, *op. cit.*, p. 93 indica en esta línea que “a diferencia de un préstamo al consumo tradicional, el crédito

revolving de ahí su nombre “revolvente”, no tiene ni un importe total ni un punto final preestablecidos, puesto que no se conoce cuando se contrata, sino que dependerá de las disposiciones y ampliaciones de la línea de crédito que realice el consumidor”.

Asimismo, se expresa las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, de 30 de junio de 2016 (JUR 2016,201974) se trata de créditos al consumo concedidos de forma rápida por una entidad financiera, en este caso Cofidis, a un cliente que tienen un carácter rotativo, es decir, el límite del crédito es variable y se rebajará o disminuirá en la medida en que el cliente lo utilice y se restablecerá o aumentará de nuevo en la medida que haga pagos el cliente para restituirlo; de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 8.ª, de 3 de mayo de 2017 (JUR 2017,303438) “cuenta vida libre” concedido por Cofidis constituye lo que se denomina genéricamente un crédito revolvente o *revolving* concedido a un consumidor tiene un carácter rotativo pues “el crédito disminuirá siempre que lo utilice y se restablecerá o aumentará si hace pagos para restituirlo, pudiéndose a su vez emplear, solicitándolo habitualmente de forma telefónica. Una característica es la inexistencia de un número determinado de disposiciones máximas porque se le concede un límite o tope máximo en dinero del que puede ir disponiendo durante un periodo de tiempo; realizará adeudos cuando así lo considere que rebajará el límite e, igualmente, podrán hacer abonos, restableciendo el límite”; y, de la Audiencia Provincial de Zamora, sección 1.ª, de 21 de junio de 2019 (JUR 2019,235157) cuando afirma que la peculiaridad de este crédito reside en que “la deuda derivada del crédito se “renueva” mensualmente: disminuye con los abonos que se hacen a través del pago de las cuotas, pero aumenta mediante las peticiones de numerario o el uso de la tarjeta (pagos, reintegros en cajero), así como con los intereses, las comisiones y otros gastos generados, que se financian conjuntamente”.

²⁶ En esta línea, REYNER SERRÁ, J. “El crédito “revolving” con o sin tarjeta asociada. Diferencia y similitudes entre sí y con otras operaciones de crédito al consumo”, *op. cit.*, pp. 38-39 destaca que sus características principales y diferenciadoras de otros contratos son: “1. Se establece por un importe máximo del que se puede disponer en cualquier momento durante la vigencia del contrato; 2. Normalmente no se exige formalización ante un fedatario público ni se exigen garantías distintas de las propias de los beneficiarios del crédito; 3. Puede utilizarse para cualquier finalidad aunque normalmente suele estar destinado a necesidades de consumo; 4. No se exige justificación alguna de las disposiciones; 5. Se podrán realizar tantas disposiciones (adeudos) como se desee y pudiendo reutilizarse tantas veces como se considere sin establecer un número máximo, siempre dentro del límite otorgado en el contrato; 6. Se pagan intereses deudores exclusivamente sobre la parte dispuesta. La parte disponible pero no dispuesta no supone ningún coste para el deudor, aunque ostente un derecho sobre la misma; 7. Se amortiza la deuda mediante abonos para rebajar la deuda o pagos periódicos normalmente optando entre un porcentaje de la deuda o una cuota fija dentro de los límites, máximos y mínimos, que se establezcan en el contrato. Con cada cuota que se paga, se reconstituye la parte del crédito disponible equivalente al importe de capital que se amortiza en la misma”.

²⁷ Memorias de Reclamaciones del Banco de España 2018, pp. 357-358; de 2019, pp. 223-227; de 2020, pp. 475-480; de 2021, pp. 252-256; y, de 2022, pp. 240-243.

²⁸ CARRASCO PERERA, Á., y CORDÓN MORENO, F. *Intereses de usura y tarjetas de crédito revolving*, *op. cit.*, p. 78. Para ALMENAR BELENGUER, M. (2019). “Tarjetas bancarias, créditos rápidos y créditos revolving”, En: C. del Carmen Castillo Martínez (dir.), J.L. Fortea Gorbé (coord.), *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros*, Valencia: tirant lo blanch, p. 347 las tarjetas *revolving* “son instrumentos de pago, con o sin soporte físico –en cuyo caso se habla de “tarjetas virtuales” para pagos en línea—, emitidos por

una entidad financiera o un comercio que permiten realizar un pago sin disponer de dinero en efectivo, cargándose acto seguido el pago en la cuenta designada por el cliente”.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2019 (AC 2019,1774) señala que “entre las tarjetas de crédito constituye una especie la denominada *revolving* que, a través de un particular modo de pago, el capital que debe reintegrarse a través de cuotas que se abonan periódicamente vuelve a formar parte del crédito del que se puede disponer. Es una línea de crédito permanente que, implica que sobre el capital se aplica un tipo de interés pactado que, generalmente es más elevado que otras modalidades de préstamos. La amortización no suele fijarse previamente en la mayoría de los casos al ser dependiente del componente variable de la cuota periódica a satisfacer, integrado por el capital pendiente y las disposiciones que, se hayan realizado mediante el uso de la tarjeta”.

²⁹ ENRICH GUILLÉN, D. y ARANDA JURADO, M. (2024). *Los créditos revolving y los intereses usuarios*, 2.ª ed., Barcelona: Bosch p. 283.

³⁰ SÁNCHEZ GARCÍA, J. M.ª (2019). “El crédito revolving y la litigiosidad generada como consecuencia de una errónea interpretación de la sentencia del TS de 25 de noviembre de 2015”, *Diario LA LEY*, número 9525, sección Tribunal, 25 de noviembre, p. 1. Para AMOR BAYONA, M. (2023). “Estudio jurisprudencial sobre la valoración del interés usurario en las tarjetas revolving (1)”, *Actualidad Civil*, número 3, marzo, p. 1 los créditos revolving o rotativos pueden ser definidos “como aquella modalidad crediticia en el que se pone a disposición del cliente una línea de crédito con un límite de capital prefijado, pudiendo el cliente disponer de la cantidad que considere oportuna dentro del límite sin necesidad de justificar el destino y cuya amortización o devolución se lleva a cabo por pagos aplazados, mediante una cuota mensual que elige libremente el usuario y que puede consistir en un porcentaje de la deuda existente o en una cuota fija”.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16.ª, de 9 de marzo de 2010 (JUR 2010,177285) dispone que, se trata de un crédito “rápido”, sin garantías, con posibilidades de sucesivas disposiciones incluso mediante una simple llamada telefónica, y, en definitiva, con un elevado riesgo de impago, crédito que resultaba, por tanto, de más que dudosa obtención por otras vías financieras y en mejores condiciones económicas para la prestataria. Considera que el interés remuneratorio del 22,2%, TAE 24,6% no se considera desproporcionado; y, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, sección 1.ª, de 21 de junio de 2019 (JUR 2019,235157) señala que los contratos *revolving* (apertura de crédito o tarjetas) son unos “contratos en los que se dispone de un límite de crédito determinado que, puede devolverse a plazos, a través de cuotas periódicas. Éstas pueden establecerse como un porcentaje de la deuda existente o como una cuota fija; cuotas periódicas que se pueden elegir y cambiar dentro de unos mínimos establecidos por la entidad”.

³¹ JUR 2020,73684.

³² Roj. STS 102/2019; ECLI:ES:TS:2019:1012.

³³ RJ 2013,3088.

³⁴ RJ 2014,4660.

³⁵ RJ 2015,845.

³⁶ RJ 2015,735.

³⁷ RJ 2015,2042.

³⁸ RJ 2010,703.

³⁹ RJ 2010,5407; y RJ 2010,6554.

⁴⁰ RJ 2012,576.

⁴¹ RJ 2012,8857.

⁴² RJ 2013,2276; RJ 2013,1819; y RJ 2013,1604.

⁴³ TJCE 2014,105.

⁴⁴ Por su parte, el apartado 75 de la sentencia establece que: “el artículo 4 apartado 2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor puede evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo” (sobre contratos de crédito al consumo denominados en divisa extranjera —hipoteca multidivisa—). Asimismo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de 3 de enero de 2020 (TJCE 2020,3) asunto C-125/18, caso M.G.M.G. y Bankia S.A. declara en su fallo: “(...) 2. La Directiva 93/13 y en particular sus artículos 4 apartado 2 y 8, debe interpretarse en el sentido que los tribunales de un Estado miembro están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que, se refiere al objeto principal del contrato con independencia de la transposición del artículo 4 apartado 2 de dicha Directiva al ordenamiento jurídico de un Estado miembro; 3) La Directiva 93/13 y, en particular sus artículos 4 apartado 2 y 5 debe interpretarse en el sentido que para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Constituyen elementos especialmente pertinentes para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto, por un lado, la circunstancia que los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de este mismo tipo de interés; 4. Los artículos 6 apartado 1 y 7 apartado 1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido que no se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales”.

⁴⁵ RJCE 2015,93 (apartado número 55 de la sentencia).

PERTINEZ VILCHEZ, FCO. J. (2013). “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *Indret número 3, julio*, p. 9 señala con cita de la doctrina alemana que hay tres razones básicas que inspiran el artículo 4.2 de la Directiva y justifican que el juez no deba controlar el equilibrio entre el precio y la contraprestación: a) El control de equilibrio del precio supone una violación del principio de autonomía de la voluntad, pilar básico de la economía de mercado, b) La ausencia de un parámetro nor-

mativo conforme al cual valorar si el precio es justo ya que la equivalencia entre el precio y la contraprestación viene determinada por el mercado y no por el derecho; y, c) La innecesariedad de un control de precios, puesto que la competencia es garantía del equilibrio económico. En esta línea, asimismo, ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1991). *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, pp. 101-102; MÚRTULA LAFUENTE, V. (2012). *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Madrid: Reus, pp. 79 y 80; y la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala Quinta, de 10 de mayo de 2001, asunto C-144/99 (TJCE 2001,131). En las conclusiones de la Jornada del CGPJ sobre las repercusiones de la doctrina del TJUE en materia de cláusulas abusivas en ejecuciones hipotecarias celebrada el 8 de mayo de 2013 se acordó a este respecto que: “En cuanto a las cláusulas de intereses remuneratorios, con carácter general se considera que dichos intereses forman parte del precio de forma que las cláusulas no pueden declararse abusivas, debiendo limitarse el examen judicial al control de transparencia”.

Por su parte, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 21 de marzo de 2013 (TJCE 2013,93), asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb AG y Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV declara al referirse al control de transparencia: “44. En efecto, reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información”. Doctrina reiterada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencias de la Sala Novena, de 26 de febrero de 2015 (TJCE 2015,93), asunto C-143/13 caso Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei y SC Volksbank România S.A., párrafo 75; de la Sala Tercera, de 23 de abril de 2015 (TJCE 2015/179), asunto C-96/14, caso Jean-Claude Van Hove y CNP ASSURANCES S.A., párrafo 47; y, de la Gran Sala, de 21 de diciembre de 2016 (TJCE 2016,309), asuntos acumulados C-154/15; C-307/15 y C-308/15, caso Francisco Gutiérrez Naranjo y Cajasur Banco S.A.U. (asunto C-154/15); Ana María Palacios Martínez y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA), Banco Popular Español S.A. (asunto C-307/15); y Emilio Irles López, Teresa Torres Andreu (asunto C-308/15).

⁴⁶ Roj. STS 467/2024; ECLI:ES:TS:2024:467. Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de octubre de 2020 (RJ 2020,4173); y, de 27 de octubre de 2020 (RJ 2020,4141).

⁴⁷ JUR 2024,405971.

⁴⁸ Analiza el control de transparencia en un crédito *revolving*: la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, sección 4.ª, de 12 de septiembre de 2022 (Roj. SAP BI 2240/2022; ECLI:ES:APBI:2020:2240) en su *Fundamento de Derecho tercero apartados 21 y 22*: “21. Centra la apelante su alegación en la falta la transparencia de la condición general relativa al interés, que el contrato establece en 18 % TAE (doc. n.º 1 de la demanda, folio 107 de los autos). Tal cifra consta, y fija un interés claro. En estas circunstancias la SAP Bizkaia, secc. 4.ª, 152/2021, de 12 febrero, rec. 709/2020, ECLI:ES:APBI:2021:283, con cita de la STJUE 20 septiembre 2017, C-186/16, ECLI: EU:C:2017:703, caso Andricuic, dijo “en tales circunstancias no cabe apreciar falta de transparencia en la cláusula del contrato que establece el interés remuneratorio porque la disposición que establece el tipo de interés es meridianamente clara y como razona la sentencia apelada entre la firma de la solicitud y la activación de la tarjeta hay una serie de actuaciones que debe realizar el cliente en las que tiene oportunidad de conocer los datos referentes al interés remuneratorio (también las distintas fórmulas de pago), no es verosímil que el cliente piense que la financiación que ofrece el banco a través de la tarjeta es

gratuita (no lo es ninguna contrato bancario de financiación) y añadimos que la utilización de un tarjeta de crédito sin leer las condiciones de uso o al menos la principal que es el interés que se paga por las disposiciones de crédito que se realizan con la misma ya sea en la modalidad de pago como en la de disposición de efectivo no es acorde con el comportamiento del consumidor medio, “consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz “al que hacen referencia las STJUE como parámetro para el control de transparencia del clausulado de un contrato”.

⁴⁹ Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de octubre de 2020 (RJ 2020,4173); y de 23 marzo de 2021 (RJ 2021,1283); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Ávila, de 4 de febrero de 2025 (JUR 2025,68061) no se acredita que la demandante tuviera formación financiera que le hiciera conocer el alcance de una tarjeta con financiación “*revolving*”, ni que conociera la repercusión en su patrimonio en este contrato, ni que la información ofrecida sobre los riesgos inherentes al producto fuera previa y suficiente para poder evaluar su coste económico. Se limita a citar la TAE sin informar a la consumidora que el interés del crédito *revolving* se aplica al saldo deudor y no al principal pendiente de abono. La financiera no le informó ni le dio explicaciones complementarias para entender las consecuencias de la mecánica de la modalidad “*revolving*” del crédito; y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4.^a, de 9 de abril de 2025 (JUR 2025,135462) control de transparencia sobre la cláusula de intereses a fin de comprobar que el consumidor ha recibido una información sobre las características y riesgos del contrato, debiendo indicar que el sistema de amortización es el del tipo *revolving*, establecer cuál es la cuota mensual, la duración del contrato, etc. En este caso, existe un incumplimiento de las exigencias mínimas de transparencia para un consumidor medio normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz, sea capaz de tomar conciencia de la naturaleza y consecuencias del mecanismo de amortización *revolving*, los elevados costes y los riesgos.

Por su parte, precisa la sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 3 de junio de 2016 (RJ 2016,2306) que el segundo control de transparencia solo es aplicable en los contratos con consumidores; de forma, que el control de transparencia no se extiende a la contratación bajo candajones generales en que el adherente no tiene la condición legal de consumidor. En estos casos se aplican las normas de contractuales generales y del régimen general del contrato por negociación, resultando suficiente la información dada a la prestataria al no ser una cláusula ilegible o ambigua. Inexistencia, por tanto, de una modalidad especial de proyección al adherente no consumidor.

⁵⁰ Vid., la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala tercera, de 23 de abril de 2015 (TJCE 2015,179) asunto C-96/2014, Van Hove declara “por una parte, que, atendiendo a la naturaleza, a la configuración general y a las estipulaciones del conjunto de contratos en el que se inserte, así como al contexto jurídico y de hecho, dicha cláusula constituye un elemento esencial de ese conjunto de contratos que, como tal, caracterizada el entramado contractual, y, por otra parte, que la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible, es decir, que no sólo resulte inteligible para el consumidor en el plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula, como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él.

Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de noviembre de 2017 (RJ 2017,5063); de 10 de abril de 2018 (RJ 2018,1733); de 11 de abril de 2018 (RJ 2018,1730); de 13 de junio de 2018 (RJ 2018,2433) plus de información; de 20 de septiem-

bre de 2018 (RJ 2018,4265); de 20 de noviembre de 2018 (RJ 2018,5116); de 4 de marzo de 2019 (RJ 2019,624); de 9 de octubre de 2019 (RJ 2019,3849); y, de 10 de octubre de 2019 (RJ 2019,3858); y los autos del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 y 20 de marzo de 2024 (JUR 2024,79243; JUR 2024,94056).

En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de diciembre de 2017 (RJ 2017,5148) se ha cumplido con el deber de información precontractual del préstamo hipotecario y el cliente ha podido perfectamente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar; asimismo, en la sentencia de este mismo Alto Tribunal, de 29 de noviembre de 2018 (RJ 2018,5201) se ha acreditado que el demandante antes de concertar el contrato conocía la existencia de la cláusula suelo y de todas sus implicaciones en la vida del contrato; en la sentencia de este mismo Tribunal Supremo y Sala, de 6 de mayo de 2019 (RJ 2019,1893) que, igualmente, no considera abusiva la cláusula suelo, pues la información suficiente suministrada, le ha permitido al cliente tener una comprensión efectiva de la existencia de tal cláusula y de sus consecuencias; de nuevo la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 2019 (RJ 2019,3852) el hecho que la cláusula que fija el interés remuneratorio es largo, no determina por sí su falta de transparencia, si esta asegura que el consumidor puede entender mejor sus consecuencias jurídicas y económicas. Para apreciar la falta de transparencia es necesario constatar en qué medida su inclusión contraria las exigencias de la buena fe y causa un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes; y, asimismo, de 23 de marzo de 2021 (RJ 2021,1283).

Por su parte, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de junio de 2018 (RJ 2018,2414); y, de 12 de junio de 2018 (RJ 2018,2448) precisan que, no cabe confundir el control de transparencia con el control de incorporación.

⁵¹ Respecto al interés remuneratorio, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7.^a, de 7 de abril de 2017 (AC 2017,556) entiende vulnerado el deber de transparencia por tratarse de una estipulación que permite la entidad modificar unilateralmente los intereses remuneratorios pactados sin comunicación previa en los supuestos que prevé, además esta facultad de incrementar los intereses es retroactiva; asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 1.^a, de 11 de marzo de 2019 (JUR 2019,87030); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13.^a, de 21 de febrero de 2020 (Roj: AAPB 1072/2020; ECLI:ES:APB:2020:1072 A) señala que, no cabe el control de abusividad respecto de las cláusulas que regulan elementos esenciales del contrato. Los intereses remuneratorios en cuenta constituyen el “precio” o contraprestación de la operación, no puede ser objeto de control de abusividad en base a la normativa de protección de consumidores y usuarios sino únicamente del control de incorporación y de transparencia (artículo 7 de la LCGC). Controles ambos que supera la cláusula impugnada.

⁵² JUR 2025,6769. En esta línea, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 2025 (JUR 2025,6770). Respecto de ambas sentencias VELA TORRES, P.J. (2025). “Criterios para declarar abusivos los interés de las tarjetas revolving por falta de transparencia”, *Diario LA LEY, número 10688, marzo*, p. 4 considera que “en estas dos sentencias del Pleno, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en consonancia con la jurisprudencia del TJUE, establece unos altos estándares de transparencia (básicamente, de información precontractual al consumidor) para que las tarjetas revolving sean válidas” y añade “se trata de un sector muy sensible del mercado, porque afecta a un segmento de consumidores que, en muchas ocasiones, no tienen acceso a otro tipo de crédito. Pero sin cerrar la puerta a esta tipo de productos, precisamente, por la potencial vulnerabilidad de sus destinatarios deben extremarse

las garantía que no serán objeto de prácticas abusivas, llevándose a una situación de endeudamiento irreversible”.

⁵³ En esta línea, HERNÁNDEZ MANZANARES, A. (2025). “El crédito revolving: criterios sobre la falta de transparencia y abusividad”, *Diario LA LEY, número 10676, marzo*, p. 4.

⁵⁴ DIÉZ-PICAZO, I. (2025). “Transparencia y crédito revolving: la jurisprudencia del Tribunal Supremo exige el examen en cada caso”, *Diario LA LEY, número 10753, sección doctrina, 27 de junio*, p. 8

⁵⁵ Con respecto a la regulación del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 3 de junio de 2010 (TJCE 2010,162), asunto C-484/08, caso Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid y Ausbanc establece en sus apartados 40 a 43 lo siguiente: “40. De todo lo anterior se deriva que no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4 apartado 2 de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección. 41. Pues bien, por lo que respecta a la normativa española que se trata en el litigio principal, debe señalarse que tal como se desprender de los autos remitidos al Tribunal de Justicia, la Ley 7/1998 no ha incorporado el artículo 4 apartado 2 al ordenamiento interno”. 42. En consecuencia, en el ordenamiento jurídico español, como señala el Tribunal Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar aquellas circunstancias, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente que, se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible. 43. En estas circunstancias, debe observarse que, al autorizar la posibilidad de un control jurisdiccional completo del carácter abusivo de las cláusulas como las contempladas en el artículo 4 apartado 2 de la Directiva (...) permite garantizar al consumidor conforme al artículo 8 de la Directiva, una protección efectiva más elevada que la prevista por ésta”. Asimismo, la sentencia de este mismo Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 26 de enero de 2017 (TJCE 2017,31), asunto C-421/14 caso Banco Primus S.A., y Jesús Gutiérrez García señala en su apartado número 62 que: “(...) según el artículo 4 apartado 2 de la Directiva 93/13, las cláusulas que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida por otra, solo quedará exentas de la apreciación sobre su carácter abusivo cuando el tribunal nacional competente estime, tras un examen caso por caso, que han sido redactadas por el profesional de manera clara y comprensible”.

⁵⁶ Roj. STS 3141/2019; ECLI:ES:TS:2019:3141.

⁵⁷ Roj. SAP O 943/2023; ECLI:ES:APO:2023:943.

⁵⁸ En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 1.ª, de 17 de abril de 2023 (Roj. SAP O 1004/2023; ECLI:ES:APO:2023:1004) al declarar en su *Fundamento de Derecho cuarto in fine* que: “En el caso de autos el contrato incorpora en su redactado las condiciones generales, por lo que se supera el filtro de inclusión. La determinación del interés remuneratorio con remisión al índice TAE, cognoscible por su constante aplicación en la operativa financiera, no introduce complicación adicional a la propia de la materia sobre la que versa, por ello se supera el filtro estricto de transparencia porque, como expone la sentencia 32/2023 de 23 de enero de la Sección Sexta de esa Audiencia Provincial, no escapa a la comprensión para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (concepto reiterado en la jurisprudencia del TJUE), de modo que permite formarse

una idea precisa del contenido y efectos del contrato para valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él”.

⁵⁹ Roj. STS 4792/2022; ECLI:ES:TS:2022:4792.

⁶⁰ En esta línea, VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (2016). “Créditos rotativos o “*revolving*”, crédito abusivo y crédito usurario. Una necesaria diferenciación conceptual ausente en la STS 628/2015, de 25 de noviembre”, *op. cit.*, p. 7; del mismo autor (2020). “Los créditos rotativos o *revolving*. Control de transparencia. Abusividad y carácter usurario”, *op. cit.*, p. 60.

⁶¹ MUÑOZ CERVERA, M. (1996). “El interés y la usura”. En: U. Nieto Carol (dir.), *Crédito y Protección del consumidor*, Madrid: Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, pp. 634-635.

⁶² TUR FAÚNDEZ, M.^a N. (1995). “Condiciones generales en contratos celebrados con consumidores y usura: cuenta corriente bancaria en descubierto (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de 17 de octubre de 1994)”, *Revista General del Derecho*, número 608, pp. 4884-4885.

⁶³ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, sección 2.^a, de 8 de octubre de 2019 (JUR 2019,296015); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16.^a, de 18 de febrero de 2020 (Roj: AAPB 961/2020; ECLI:ES:APB:2020:961 A) ejercicio de la acción de nulidad de un contrato de préstamo concertado por la entidad Cofidis S.A. y subsidiariamente, se proponía la acción de nulidad por abusiva de la cláusula de aquel contrato relativo a intereses remuneratorios. En esta misma resolución se da noticia de lo resuelto en la sesión de presidentes de las sesiones civiles de la Audiencia Provincial de Barcelona celebrada a efectos de unificación de criterios el 15 de noviembre de 2019 en cuanto a la determinación del juzgado competente territorialmente para conocer de las demandas declarativas de la naturaleza de lo que es objeto del presente conflicto, esto es, las instadas contra el prestamista por parte del prestatario interesado la nulidad del contrato con invocación de la LRU y de forma subsidiaria, la nulidad de la cláusula de los intereses remuneratorios porque se considera que el tipo fijado para los mismos es excesivo. Después de descartarse que el conflicto de competencia haya de resolverse de acuerdo al artículo 52.1.14 de la LEC se adopta el siguiente criterio: “En el caso que se trata de un contrato de crédito vinculado a una operación de compraventa de muebles lo que resulta muy común, se resolverá el conflicto de acuerdo con el criterio establecido en el artículo 52.2 de la LEC, esto es, a favor de la competencia del fuero por el que haya optado la demandante entre los que se mencionan en dicho precepto esto es: 1. El domicilio del prestatario; 2. El domicilio del consumidor.

⁶⁴ Vid., la sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4.^a, de 9 de abril de 2025 (JUR 2025,135462). Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 4.^a, de 8 de julio de 2024 (Roj. SAP GC 1167/2024; ECLI:ES:APGC:2024:1167) primero se solicita la nulidad por falta de transparencia y subsidiariamente, la nulidad por usura.

⁶⁵ El artículo 3 de la LRU señala las consecuencias de la nulidad contractual que, no son otras que la devolución de la suma recibida por parte del prestatario, si bien “*si éste hubiera satisfecho parte de aquella y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado*”. Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6.^a, de 27 de octubre de 2016 (JUR 2016,245819); de la Audiencia Provincial de Huesca, sección 1.^a, de 17 de enero de 2017 (JUR 2017,29456) que, además precisa que, la nulidad del contrato tiene carácter de radical, absoluta y originaria, que no admite convalidación confirmatoria porque es fatalmente insubsanable, ni es susceptible de prescripción extintiva; de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.^a, de

2 de junio de 2017 (JUR 2017,182788); de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5.ª, de 28 de diciembre de 2017 (JUR 2018,128847) nulidad y devolución de cantidades condenando a la actora Banco Popular –E, S.A., la suma de 7.527,4 euros con los intereses legales de la misma; de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 3.ª, de 30 de abril de 2018 (JUR 2018,201167) devolución de la suma recibida; de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, de 3 de junio de 2019 (JUR 2019,253519); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 6.ª, de 1 de julio de 2019 (JUR 2019,272164) devolución de la cantidad de la que se dispuso como capital prestado.

⁶⁶ El artículo 83 del TRLGDCU dispone que: *“Las cláusulas abusivas será nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirán siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.*

Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”.

Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1.ª, de 10 de abril de 2012 (JUR 2012,190337) declara la nulidad parcial del contrato de préstamo concertado con Finanzia de Crédito S.A., en concreto de la cláusula de intereses remuneratorios (interés anual del 7%); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 2.ª, de 26 de junio de 2019 (JUR 2019,237141) declara la nulidad del contrato por falta de transparencia de la estipulación sobre interés remuneratorio y comisiones por impago, condenando a la entidad EVO FINANCE a abonar al actor la cantidad de 3.407,40 euros más intereses legales desde la fecha de interposición de la primera reclamación extrajudicial, incrementados en dos puntos desde el dictado de las sentencias de primera instancia.

Por su parte, en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de julio de 2009 (RJ 2009,4467); y de 22 de febrero de 2013 (RJ 2013/1609); y en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 11.ª, de 15 de julio de 2010 (JUR 2010/345183) apreciado el carácter usuario del interés remuneratorio, debe declararse la nulidad de la hipoteca por razón de su accesoriedad.

⁶⁷ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de septiembre de 2018 (RJ 2018,3839); y, de 17 de diciembre de 2019 (RJ 2019,5120).

⁶⁸ TJCE 2016,309.

⁶⁹ RJ 2017,602.

⁷⁰ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de abril de 2017 (RJ 2017,1559); de 7 de junio de 2017 (RJ 2017,2806); de 29 de noviembre de 2017 (RJ 2017,5632); de 18 de julio de 2018 (RJ 2018,3139); de 10 de octubre de 2018 (RJ 2018,4445); de 25 de junio de 2019 (RJ 2019,2619); de 18 de julio de 2019 (RJ 2019,3267); y, de 10 de octubre de 2019 (RJ 2019,3943).

⁷¹ JUR 2025,68061.

⁷² JUR 2025,135462.

⁷³ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 6.ª, de 14 de marzo de 2019 (AC 2019,745); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4.ª, de 29 de marzo de 2019 (JUR 2019,191944); de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 2.ª, de 22 de abril de 2019 (JUR 2019,174077); y, de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 5.ª, de 10 de julio de 2019 (JUR 2019,247509).

⁷⁴ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Pleno Sala de lo Civil, de 15 de noviembre de 2017 (RJ 2017,4730); y, de 31 de octubre de 2018 (RJ 2018,4881).

⁷⁵ TJCE 2017,31.

⁷⁶ TJCE 2013,89.

⁷⁷ TJCE 2009,155.

⁷⁸ TJCE 2010,335.

⁷⁹ Frente a quienes como GARCÍA CANTERO, G. (1989). “Préstamo, usura y protección de los consumidores”, *Actualidad Civil, número 1*, p. 216 y MÚRTULA LAFUENTE, V. (2010). “La usura: un viejo problema, una nueva perspectiva en tiempos de crisis”, *Revista de Derecho Privado, julio-agosto*, p. 21 defienden la posibilidad que tiene el consumidor de optar por la vía de la usura o bien por el Texto Refundido de Defensa de los Consumidores en función de lo que en cada caso le resulte más favorable; TUR FAUNDEZ, M.^a N. (1995). “Condiciones generales en contratos celebrados con consumidores y usura. Cuenta corriente bancaria en descubierta. Comentario a la sentencia de la AP de Palma de Mallorca de 17 de octubre de 1994”, *Revista General del Derecho, número 608*, p. 4886 se manifiesta en contra de tal facultad de elección y, además señala que, cuando sea posible la aplicación de una normativa protectora de consumidores, no ha de aplicarse la Ley de la Usura, que regirá exclusivamente en el supuesto en que no intervengan consumidores.

⁸⁰ RJ 2018,1892. Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de marzo de 2019 (RJ 2019,1201); y, de 5 de diciembre de 2019 (RJ 2019,5206).

⁸¹ Roj. STS 4068/2020; ECLI:ES:TS:2020:4068.

Intersecciones entre el Derecho ambiental y el Derecho concursal argentinos: análisis desde la óptica de la constitucionalización del derecho privado

Intersections between environmental law and Argentine bankruptcy law: analysis from the perspective of the constitutionalization of private law

por

MAURICIO BORETTO¹

Doctor en Derecho (Universidad Nacional de Córdoba).

Profesor titular de la cátedra de Derecho Concursal, Universidad Nacional de Cuyo

RESUMEN: La problemática social y jurídica que provoca la empresa insolvente, debe ser analizada —para encontrar posibles soluciones— desde el punto de vista constitucional; especialmente, considerando los principios del derecho ambiental

ABSTRACT: The social and legal problems caused by the insolvent company must be analysed to find possible solutions from a constitutional point of view, especially considering the principles of environmental law

PALABRAS CLAVE: Derecho constitucional. Insolvencia. Derecho concursal. Protección del Medio ambiente. Derecho ambiental.

KEYWORDS: *Constitutional law. Insolvency. Bankruptcy law. Environmental protection. Environmental law.*

SUMARIO: I. PUNTO DE PARTIDA.—II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO.—III. PREMISAS DEL DERECHO AMBIENTAL ARGENTINO QUE DEBEN SER TENIDAS EN CUENTA CON RELACIÓN A LOS PROBLEMAS QUE SE PRESENTAN EN EL PROCESO CONCURSAL CUANDO LA EMPRESA INSOLVENTE HA CONTAMINADO Y HA DAÑADO EL MEDIO AMBIENTE.—IV. ABORDAJE JURÍDICO DE ALGUNOS PROBLEMAS QUE PLANTEA EL PROCESO CONCURSAL DEL EMPRESARIO *INSOLVENTE* QUE CONTAMINA.—V. CONCLUSIONES.

Abordar de manera conjunta los puntos de convergencia entre el Derecho ambiental y el Derecho concursal argentinos ante la insolvencia empresarial, no es tarea sencilla desde que, a tal efecto, deben necesariamente considerarse los postulados constitucionales, jerárquicamente superiores por cierto; los cuales pueden provocar un cambio en el enfoque de la solución del problema, sobretudo desde la óptica ambiental, y a pesar de las normas falenciales.

I. PUNTO DE PARTIDA².

Abordar de manera conjunta los puntos de convergencia entre el Derecho ambiental y el Derecho concursal en la República Argentina no es tarea sencilla. Sin embargo, constituye un importante desafío que vale la pena asumir, en búsqueda de respuestas a los muchos interrogantes que se suscitan a la luz de ambas disciplinas jurídicas.

En este contexto, resulta propicio recordar algunos conceptos básicos que deben ser tenidos necesariamente en cuenta a los efectos de intentar resolver los problemas que se plantean, cuando entran en conflicto distintos bienes jurídicos, de diferente jerarquía normativa y axiológica.

Creemos muy atinada las palabras de Edgardo I. Saux, quien expresa con razón que es un hecho de la realidad que, en los tiempos que corren, la priorización y la tutela constitucional de los derechos humanos ha generado un nuevo tipo de conflicto hermenéutico especialmente para el juzgador, en particular en aquellos casos en los cuales la controversia traída a decisión enfrenta derechos, principios o valores, normalmente extrasistémicos vinculados a ellos³.

Se pregunta el autor si cabe aceptar que, dentro del elenco pensable de derechos y garantías con tutela constitucional, sea procedente formular nóminas de precedencia. Señala que en la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia

en Argentina, reiteradamente se ha consignado que cuando la cuestión a resolver enfrenta derechos o garantías de rango constitucional, debe propenderse a su conciliación⁴.

Doctrinariamente se ha sostenido al respecto que la mención a “todos” y “para todos” que la Constitución Nacional propone en los arts. 14, 18 y 116, expresa una doble igualdad: la de los sujetos y la de los derechos enunciados por ella. Para Saux, ante la colisión de derechos fundamentales, la decisión final del intérprete debe propender a no atenerse a soluciones radicales, buscando la conciliación. La más eficaz manera de intentarla es mediante el juicio de ponderación —*que admite sacrificios parciales de unos en favor de otros sobre la base de pautas de la obtención de la menor dañosidad en el resultado final*— complementado por el juicio de las previsiones, que implica que *el juzgador debe evaluar los alcances reales que más allá del caso juzgado proyecte su decisión en otros ámbitos, tanto relacionados con procesos futuros como con secuelas económicas o sociales, consideraciones de rango axiológico que tampoco pueden ser dejadas de tener en cuenta*”, toda vez que “...*el juzgador que no mide los efectos de lo decidido en cuanto al caso concreto, las secuencias posteriores o el impacto del fallo en otros pronunciamientos, consuma una interpretación descalificable por imprevisora*”⁵.

Ricardo Lorenzetti⁶ señala también sobre la cuestión que, así como el conflicto entre “reglas” en un sistema codificado se resuelve en el plano de la validez, cuando la colisión es entre principios intrasistémicos⁷, se requiere un análisis de capacidad argumentativa llamado “juicio de ponderación”; según los postulados de Robert Alexy⁸. De esta manera, en ese juicio pueden darse tres hipótesis:

- 1) colisión entre bienes patrimoniales y extrapatrimoniales: deben prevalecer los últimos
- 2) colisión entre bienes patrimoniales: la solución es cuantitativa (eficiencia-optimización de recursos)
- 3) colisión entre bienes extrapatrimoniales: cabe el juicio de ponderación.

Así las cosas, con respecto a este último aspecto, es decir, el de los derechos constitucionales y su proporcionalidad —o la “ponderación” de estos dentro del ámbito jurídico—, se ha consolidado como método eficaz para saber qué derecho humano debe prevalecer ante otro cuando ambos colisionan o se contraponen.

Por ejemplo, en México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante la acción de inconstitucionalidad 146/2007, realizó la ponderación del derecho a la vida del no nacido contra los derechos de la madre (salud, sexuales y reproductivos y libre desarrollo de la personalidad). Se determinó que estos últimos deben predominar sobre el derecho a la vida, lo cual dio pauta a la despenalización del aborto en la Ciudad de México⁹.

II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO.

A. INTRODUCCIÓN

La temática que estamos analizando en el presente aporte doctrinario —*derecho concursal* y su “convivencia” con el *derecho ambiental*—, como podemos apreciar, provoca que entren en tensión bienes jurídicos de distinta naturaleza:

- Derecho de propiedad de los acreedores (arts. 14 y 17 Const. Nacional)
- Derecho de propiedad y derecho de ejercer el comercio e industria lícita del deudor (art. 14 y 17 Const. Nacional)
- Derecho a un medio ambiente sano de los habitantes de la comunidad (art. 41 Const. Nacional) donde el empresario insolvente desarrolla su derecho a ejercer el comercio y su industria lícita (art. 14 Const. Nacional)
- Derecho a la tutela de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano en sí mismo, a la biodiversidad, a la ecología, etc. en tanto bien colectivo de uso comunitario (art. 41 y 43 Const. Nacional)

Así las cosas, por mandato constitucional (art. 75 inc. 22 Const. Nacional) e, inclusive, infra constitucional (arts. 1 y 2 nuevo Código Civil y Comercial, en adelante, CCyC, vigente desde agosto de 2015), no podemos afrontar este desafío soslayando una visión *constitucionalizadora* del problema.

Como veremos, en este sentido, la carga argumentativa a la luz de la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos es muy importante.

B. ¿EN QUÉ CONSISTE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO?

Desde la reforma constitucional de 1994 en Argentina, se ha configurado un nuevo sistema de fuentes del derecho.

La idea de supremacía constitucional —contenida en el artículo 31 de la Constitución— y, principalmente, los Tratados Internacionales con rango constitucional (art. 75 inc. 22 Const. Nacional), configuran la base fundamental de un “Sistema de Fuentes” en el ordenamiento jurídico argentino que ha venido indefectiblemente a variar el orden jurídico en general.

En efecto, ante el fenómeno de la Constitucionalización del Derecho Privado, *la legislación debe partir de este sistema para interpretar y aplicar el derecho.*

Como consecuencia de ello, los casos que rijan la legislación deben ser resueltos de acuerdo a las leyes que regulen la materia de que se trate y que resulten aplicables, *interpretándolas conforme a la Constitución Nacional y a los tratados suscriptos por la Argentina.*

En efecto, la reforma constitucional de 1994 introdujo un cambio sustancial al sistema jerárquico normativo en Argentina.

En la cúspide de todo el ordenamiento jurídico, la Constitución dejó su rol exclusivo de norma fundamental por cuanto los tratados internacionales —de derechos humanos— han pasado a tener su misma jerarquía. La Constitución continúa siendo entonces la norma fundamental de todo el sistema. Pero en cuanto al ‘parámetro’ que deben seguir las normas ‘infraconstitucionales’ para ser admitidas como válidas jurídicamente dentro del sistema, la Constitución dejó de ser el único referente. De ello se deduce que en caso de que una norma interna contradiga un tratado internacional de derechos humanos, tal norma es inconstitucional, carece de validez jurídica y por ello no debería aplicarse.

Conclusión: se debe adecuar el Derecho común a la Constitución y a los Tratados de derechos humanos incorporados con jerarquía constitucional por la reforma de 1994.

El artículo 1.º del nuevo CCyC sigue esta línea al expresar: “*Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea parte. A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho*”.

También resulta de su artículo 2: “*La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento*”.

Esta nueva visión, ha traído luz sobre una serie de cuestiones desde que las normas constitucionales tienen gran eficacia en tres sentidos:

- 1) *Eficacia directa*: este carácter significa que, aunque no haya disposición legal que reglamente el derecho reconocido por la Constitución, el derecho es operativo y la persona que demanda la tutela jurisdiccional puede pedir su aplicación.
- 2) *Eficacia invalidatoria*: esta característica implica que las disposiciones constitucionales autorizan a no aplicar cualquier disposición legal que las contradiga.
- 3) *Eficacia interpretativa*: la visión constitucional exige una “relectura” de los textos legales, de tal modo que la interpretación de la ley esté siempre adecuada a la Constitución; por eso, cuando una ley puede ser interpretada de diversas maneras, una que la hace contraria al texto constitucional, y otra que permite su adecuación, quien interpreta y aplica la ley debe

hacerlo de manera que ella resulte conforme a la norma constitucional; por esta razón, el juez no debe declarar la inconstitucionalidad de una ley si ésta permite una interpretación adecuada al texto constitucional.

C. PRINCIPIO DE CONVENCIONALIDAD.

Vinculado inescindiblemente a este nuevo paradigma, hallamos el principio de convencionalidad.

Precisamente, el control de convencionalidad que realizan los jueces busca establecer si la norma de derecho interno vigente se adecua a lo determinado por los Tratados de Derechos Humanos, es decir, si la misma resulta *convencional* o no.

Por lo tanto, el control de la convencionalidad desempeña un doble papel: por una parte, obliga a los jueces nacionales a no aplicar las normas internas contrarias a los tratados internacionales que tienen una jerarquía constitucional y, por el otro, les obliga a interpretar el Derecho nacional de conformidad con el Tratado y su interpretación por los tribunales internacionales (por ejemplo, el Tribunal Interamericano). No es otra cosa que la interpretación armonizada o adaptativa del derecho local al tratado y a la interpretación dada al tratado por el Tribunal Internacional, que lleven a descartar las interpretaciones del Derecho nacional contrarias a dicho Tratado y/o a la forma en que ha sido interpretado por el Tribunal Internacional¹⁰.

Continuando con esta misma línea argumental, se ha dicho con razón¹¹, que se advierte paulatinamente una tendencia a postular la necesidad de practicar “control de convencionalidad” de las normas concursales involucradas, en lugar de formular una declaración de inconstitucionalidad. Se trata de una evolución sucedida en el derecho constitucional que estaría llegando al derecho de la insolvencia. Es una expresión acuñada por la CIDH a partir del caso *Almonacid Arellano v. Chile* (2006)¹². Implica hacer compatible las normas, actos o medidas que se adopten por parte de los poderes del Estado con el llamado “bloque de constitucionalidad”.

Y ese control puede llevarse a cabo de dos modos básicamente¹³:

- a. Mediante integración normativa, que es el control constructivo que mencionamos antes, a través del cual se hace una relectura de la normativa nacional —constitucional o infraconstitucional— a fin de hacerla compatible con las emergentes de los tratados. Son interpretaciones armonizantes.
- b. Mediante desplazamiento normativo por conflicto, que es el control represivo que también referenciamos precedentemente, en cuyo caso la norma interna no se aplica y se da paso a la norma o interpretación convencional.

III. PREMISAS DEL DERECHO AMBIENTAL ARGENTINO QUE DEBEN SER TENIDAS EN CUENTA CON RELACIÓN A LOS PROBLEMAS QUE SE PRESENTAN EN EL PROCESO CONCURSAL CUANDO LA EMPRESA INSOLVENTE HA CONTAMINADO Y HA DAÑADO EL MEDIO AMBIENTE

A. PRELIMINARES.

El Código de Vélez —hoy derogado— reguló el patrimonio como un atributo de la persona individual (nota al art. 2322) dentro de los derechos reales (Libro Tercero). El método estaba fundado en dos nociones básicas, prevalecientes en todos los códigos del siglo XIX: (i) la relación directa del sujeto con los bienes; (ii) la vinculación esencial entre los bienes y su valor económico.

Este esquema, que respondía a una concepción patrimonialista, se mostró insuficiente para solucionar los conflictos de la sociedad post-industrial, entre otras razones porque: por un lado, mudó la relación exclusiva entre los bienes y la persona; así, los conflictos ambientales se referían a bienes que el Código de Vélez mencionaba como del dominio público, pero que la Constitución y la Ley Ambiental 25.675 —en adelante, LGA— calificaba de “colectivos” y, por lo tanto, no solamente de propiedad del Estado. Por el otro, aparecieron bienes que, siendo de la persona, no tenían un valor económico, aunque sí utilidad, como sucedía con el cuerpo humano, órganos, genes, etcétera.

Por eso, el nuevo CCyC incorpora el capítulo 4 en el Título Preliminar, cuyo fin es proporcionar, mediante pocas normas, guías abiertas que luego desarrolla en artículos específicos, a conciencia de que su evolución y aplicación justa y equitativa depende de la legislación especial y de la jurisprudencia.

B. DIFERENCIAS ENTRE EL CÓDIGO DE VÉLEZ —HOY DEROGADO— Y EL NUEVO CCyC.

Como se dijo, el Código de Vélez regulaba este tema en el Libro Tercero (Derechos Reales). El Título I (arts. 2311 y ss.) aludía a las cosas consideradas en sí mismas, desarrollaba la noción de bienes y cosas, las clasificaba y establecía su enajenabilidad. Los artículos 2339 y ss. trataban las cosas con relación a las personas, los bienes públicos y privados del Estado, los susceptibles de apropiación privada, los bienes municipales, de la iglesia y de los particulares.

El orden seguido se basaba en distinguir dos elementos:

- Subjetivo: tenía en consideración la persona, individual o jurídica. No visualizaba a las comunidades de los pueblos originarios, sujetos de derecho conforme la reforma constitucional de 1994.

- Objetivo: se dirigía a los bienes susceptibles de apreciación económica. Dentro de esta categoría se distinguía a los bienes materiales que son cosas y, además, a los que están dentro y fuera del comercio. Estas divisiones no tomaban en cuenta a bienes que no eran susceptibles de apreciación económica pero que presentaban otro tipo de utilidades, como el cuerpo humano.

Bien explica Gonzalo Sozzo que, la primera cuestión que introduce el CCyC para determinar cuando estamos en presencia de un “bien” (o no), no se limita a la consideración de su valor de permuta o cambio, sino a otros valores como el científico, humanitario, (arts. 17 y 56) o el ambiental o patrimonial (art. 240) o paisajístico (arts. 240 y 2078). A su vez, el valor no está más únicamente considerado en función de la persona humana; hay bienes que tienen un valor intrínseco independiente del beneficio directo para la persona humana, es lo que ocurre con la biodiversidad y la naturaleza en general. Esta transformación de la teoría del valor tiene raíz constitucional y convencional y genera un profundo cambio en la idea de lo que es un bien, que ya no se limita a lo que tiene un valor económico para individualizar a la persona, que fue el afán del Derecho de la primera modernidad. De una teoría del valor basada en lo material, patrimonial y económico, antropocéntrica, se pasa a una teoría del valor que reconoce el valor de lo inmaterial, biocéntrico, no patrimonial (humanístico, artístico, cultural, científico, ambiental y paisajístico)¹⁴.

Por otro lado, el CCyC:

- mantiene la clasificación tradicional de los bienes, basada en derechos individuales de las personas sobre bienes susceptibles de valoración económica. La diferencia metodológica radica en que, en lugar de regularla en el libro III (derechos reales), lo hace en el libro I (como objeto de todos los derechos, no sólo los reales).
- contempla, en el título preliminar, otros aspectos que ya están en la práctica social y en el sistema jurídico, tales como: i) Derechos de propiedad comunitaria de los pueblos originarios. ii) Derechos sobre el cuerpo humano y sus partes. iii) Derechos de incidencia colectiva. Se trata de pautas generales. No fue más allá porque gran parte de la materia está tratada en leyes especiales (por ejemplo, Ley General del Ambiente — LGA— 25.675, Ley de Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos 24.193 y sus modificatorias 26.066 y 26.326, etcétera).

C. DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA.

Esta ampliación de la idea de bien que venimos resaltando, ha permitido identificar dos grupos de bienes no patrimoniales. El primer grupo es el de los bienes que integran la persona. El segundo el de los bienes colectivos.

Esta idea quedó claramente plasmada en el artículo 1737 del CCyC que, al definir el daño, reconoce que éste puede recaer sobre tres bienes: el patrimonio, la persona y los derechos de incidencia colectiva.

La persona no es más considerada como mera voluntad. En el CCyC la persona tiene un cuerpo, dignidad y derechos fundamentales, humanos y personalísimos. Todos estos bienes, que no tienen un valor económico directo, tienen como referencia, no el patrimonio, sino la persona en sí. El segundo grupo de bienes es el de los bienes colectivos: el ambiente y la cultura. El reconocimiento de la existencia de estos bienes no apropiables trae consigo una transformación en la manera de concebir la relación con ellos. Dicho en otras palabras: las personas se relacionan con los bienes no sólo a través de la propiedad exclusiva y excluyente de los mismos, sino en ocasiones a través del disfrute, como ocurre con los bienes culturales y ambientales¹⁵.

El art. 14 del CCyC reconoce dos tipos de derechos a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. Y agrega: *La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.*

Los llamados intereses difusos o derechos de incidencia colectiva son intereses supra-individuales; la facultad de actuar no atañe exclusivamente a la esfera propia de cada sujeto, sino que es compartida con otros. Se procura, conjuntamente, la satisfacción de necesidades comunes, a través de bienes indivisibles y, por ende, no susceptibles de fraccionamiento.

Son intereses difusos, por ejemplo: 1) *la preservación del equilibrio ecológico y la prevención contra la contaminación ambiental*, 2) la inocuidad de los productos elaborados colocados en el mercado, 3) la preservación del patrimonio cultural, 4) la veracidad de los anuncios publicitarios, 5) la equidad en las condiciones generales en los contratos.

Estos intereses —entre los que se encuentra la *protección del medio ambiente*, art. 41 Const. Nacional— presentan dos cuestiones básicas:

- (i) cuáles son los mecanismos procesales idóneos para su tutela, y
- (ii) quiénes son las personas legitimadas para reclamar en juicio.

El artículo 43 de la Constitución Nacional da la respuesta: por un lado, prevé la acción de amparo como instrumento o vía procesal para proteger estos intereses difusos. Esta acción puede promoverse para proteger a las personas contra los ataques al ambiente, a la libre competencia, a los derechos de usuarios y consumidores, etcétera. Además, enumera a las personas legitimadas para interponer judicialmente esa acción. Ellas son: a) el afectado (por ejemplo: el habitante de la ciudad donde se ubica la fábrica que contamina el aire; los usuarios del servicio telefónico que sufren una suba arbitraria de la tarifa, etcétera). b) las asociacio-

nes que propendan a esos fines (por ejemplo: una asociación cuyo objetivo es la defensa del consumidor, etcétera). c) el defensor del pueblo.

En este contexto, el proceso de constitucionalización del Derecho Privado al que ya nos hemos referido, que impone una coordinación entre Derecho Privado y Constitución, *obliga a un reconocimiento de los bienes ambientales por parte del Derecho Privado*.

Se produce así una reforma que tiene dos vías: (a) la reforma del Código Civil para introducir los bienes comunes y la propiedad comunitaria, y (b) la reforma en los hechos por vía de la jurisprudencia que al resolver típicos casos de Derecho Privado considera los límites que los bienes comunes constitucionales imponen a los derechos individuales codificados, como la libertad de contratar o la propiedad privada¹⁶.

D. DAÑO AMBIENTAL

Partimos del siguiente interrogante que se formula Néstor Cafferatta¹⁷ con respecto al daño ambiental colectivo y al daño civil individual, ¿son dos realidades, o categorías, totalmente separadas, ò por el contrario constituyen dos realidades inescindibles? Explica el jurista que ambos forman las dos caras de una misma moneda. Por ello se ha dicho que el daño ambiental, es bicéfalo o dual. Tiene dos rostros, que están unidos. Como tal merece, un tratamiento único, aunque reconoce que la normativa contenida en los artículos 27 y siguientes de la Ley 25.675 General del Ambiente, que fue pensada inicialmente para situaciones de daño ambiental colectivo, cuando se aplica a casos de daño ambiental individual, debe sufrir una necesaria adaptación. Por estos argumentos, según la lógica jurídica, debe sostenerse con criterio flexible, la aplicación de la Ley 25.675, en todo aquello que se adapte a la individualidad del daño, o guarde analogía de situación, más cuando el hecho tiene causa común. La realidad es una sola, aunque bipolar. El régimen legal 25.675 regula ambas situaciones. Prueba de ello es que la propia ley menciona al damnificado directo como uno de los sujetos legitimados de obrar en causas por recomposición del daño ambiental colectivo. De otra manera, de excluir los daños ambientales individuales de las reglas previstas en dicha normativa, creemos que se podría debilitar el régimen protectorio o tuitivo creado por la ley General del Ambiente, 25.675.

Así las cosas, y realizando un breve análisis de la Ley General del Ambiente (arts. 30, 32 y 33) de acuerdo a los fines propuesto en este trabajo, podemos aseverar que dicha normativa permite estructurar el daño ambiental y la acción para su reparación, según los siguientes criterios básicos:

- a) *daño ambiental directo*¹⁸: es aquél que sufren los ecosistemas, sus componentes y los procesos ecológicos esenciales que les dan vida. Se trata

del daño al ambiente en sí mismo que, como hemos dicho, se trata de un bien colectivo y, por lo tanto, indivisible y no susceptible de apropiación privada.

- b) *daño ambiental indirecto*: los daños que por reflejo sufren las personas humanas, que ven sus cursos de agua contaminados, enfermos o sufren la muerte por efecto y consecuencia del estado de contaminación en que se encuentran los ecosistemas que habitan o algunos de sus componentes como el aire o el agua que beben.

IV. ABORDAJE JURÍDICO DE ALGUNOS PROBLEMAS QUE PLANTEA EL PROCESO CONCURSAL DEL EMPRESARIO *INSOLVENTE* QUE CONTAMINA

A. UNA BREVE ACLARACIÓN.

Analizar exclusivamente a la luz de la ley 24.522, el tema vinculado al tratamiento de los distintos problemas que puede presentar el abordaje de la insolvencia de una empresa que contamina, no sería lo más apropiado y justo. La legislación concursal no contiene normas vinculadas con la cuestión de la protección del medio ambiente y, para nuestro cometido, es necesario realizar un abordaje sistemático.

Por lo tanto, intentar dar respuestas a estos problemas sólo desde la óptica puramente falencial y bajo la lupa normativa estrictamente concursal, hoy, después de la reforma Constitucional de 1994 y del nuevo paradigma de la “Constitucionalización del derecho privado” receptado en el CCyC (arts. 1 y 2); es arriesgarse a realizar un análisis sesgado de la cuestión y a dar respuestas parciales y hasta injustas, huérfanas de una visión integral de la problemática y, particularmente, un enfoque constitucional; que afectaría la “razonabilidad” de la decisión judicial (art. 3 CCyC).

Por todo ello, para dar respuestas más ecuanímes al problema ambiental de la empresa insolvente, sin soslayar la ley 24.522, debemos echar mano, necesariamente, al *dialogo de fuentes*; procurando una adecuada integración normativa.

Recordemos que, nuestro CCyC, establece la necesidad de que toda decisión judicial sea razonablemente fundada (art. 3), mencionando una pluralidad de fuentes que exceden su propio texto, lo cual lleva a un necesario diálogo entre ellas.

Por esta razón se dispone (art. 1) que en esta materia deben tenerse en cuenta la Constitución, leyes, tratados de derechos humanos y la finalidad de la norma. Asimismo, la ley debe ser interpretada (art 2) teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones sobre derechos humanos, los

principios y los valores jurídicos de modo coherente con el ordenamiento. Estos textos, coordinados, junto al ya mencionado artículo 3, dan curso a un nuevo modelo en la decisión judicial.

Así las cosas, por ejemplo, el juez concursal no puede *soslayar* la Constitución Nacional (art. 41 y cctes.), ni los Tratados de Derechos Humanos con la misma jerarquía (art. 75 inc 22) y mucho menos la Ley General del Ambiente, *al resolver los problemas ambientales en un proceso concursal en marcha. No puede quedarse con el mero texto de la ley 24.522.*

Vamos de nuevo a fuerza de ser reiterativos.

Estábamos situados en una cultura positivista muy fuerte, es decir muy apegada a la interpretación del texto de la ley. Pero ahora nos encontramos frente a un cambio de esquemas, no solo de regulaciones. Hay un cambio de paradigmas en marcha. El nuevo Código pretende construir una plataforma de principios, una base flexible que se pueda adaptar a los tiempos futuros, por eso vemos su articulación con el bloque constitucional, la obligatoriedad de observar la finalidad de la norma, la exigencia de reparar en los principios y valores jurídicos como un modo de asegurar coherencia en todo el ordenamiento, y desde luego la metodología interna del Código, que construye el sistema a partir de una parte general, que en realidad no es solo del Código sino de todo el Derecho Privado y, también, las partes generales de cada materia, y microsistemas que provienen de leyes especiales.

A partir del nuevo Código ningún artículo podrá interpretarse en forma aislada. El Código se presentó como un sistema de normas articulado verticalmente con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos, así como con los microsistemas autosuficientes, sin descartar las normas contractuales, los usos, prácticas y costumbres, los precedentes y los principios y valores. Aún más, en el final del texto de su artículo 2.º, se agrega que dicha interpretación deberá ser realizada “de modo coherente con todo el ordenamiento”. Esto resulta conteste con lo establecido en su artículo 3.º, cuando determina que “el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”; razonabilidad que tendrá su correlato en la aplicación del proceso lógico, unido a la articulación de todo el ordenamiento. Todo esto constituye un giro copernicano respecto de aquella conducta exigida, de subsumir el caso en la norma expresa. De la tarea de, simplemente aplicar la ley, se pasa ahora a la necesidad de construir una solución para cada caso, considerando el amplio espectro de cuestiones jurídicas y axiológicas a las que remite la nueva legislación¹⁹.

Efectuada esta breve aclaración, encararemos el tratamiento de algunos problemas que plantea el empresario en situación de insolvencia desde una óptica ambiental (y no puramente “concursal”).

B. EL ACREEDOR “AMBIENTAL”, VÍCTIMA DE CONTAMINACIÓN ES: ¿ACREEDOR QUIROGRAFARIO O PREFERENTE/PRIVILEGIADO “INVOLUNTARIO” O “VULNERABLE”?

• *Planteo del problema*

El tema que vamos a abordar no es menor. Ha sido un punto de inflexión en la Doctrina y en la Jurisprudencia concursalista argentina.

Es aquí, precisamente, donde la visión del Derecho privado desde la óptica constitucional —como nuevo paradigma— ha interpelado más fuertemente al operador jurídico del *derecho comercial*; quien, debe interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico *mercantil* en clave *constitucional*.

El golpe de timón ha significado dar un giro de ciento ochenta grados.

En efecto, si miramos la ley 24.522 y la regulación de los privilegios de los créditos (art. 239 y sigtes.), el acreedor *ambiental* víctima de contaminación, es un acreedor quirografario o común, es decir, no privilegiado, relegado en el proyecto de distribución final en la quiebra; para cobrar *después* de los acreedores privilegiados.

Por el contrario, la *relectura de la misma ley 24.522 en clave constitucional*, patea fuertemente el tablero del orden legal de los privilegios concursales y, desde la *jurisprudencia*, se propone el reconocimiento de un privilegio especial —una preferencia de cobro— a favor de ciertos acreedores comunes —según la ley concursal— que les permite cobrar su acreencia *antes* que los propios acreedores privilegiados *legalmente reconocidos por la ley de concursos y quiebras*.

La pregunta provocadora a quienes comparten esta nueva visión *constitucional*, que pega en la columna vertebral del sistema republicano de gobierno (art. 1 Const. Nac.), es:

¿Pero un juez —en este caso, el juez concursal— no estaría avanzando sobre la división de poderes constitucionalmente consagrada (arg. arts. 29 y 109 Const. Nac.), invadiendo esferas del Parlamento (art. 75 inc 12 Const. Nac.) al crear privilegios crediticios que solo pueden nacer de la ley?

Este interrogante no es baladí. En efecto, este argumento fue utilizado por la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina, quien resolvió de manera distinta dos casos idénticos.

- En el precedente “*Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F.)*”²⁰, por mayoría y con fundamento en los Tratados de Derechos Humanos “*declaró la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales, dándole prioridad para el cobro (un privilegio especial de primer orden) a los padres de un joven que quedó discapacitado al nacer producto de una mala praxis médica*”
- Por el contrario, en “*Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros*”²¹, la

misma Corte resolvió: “1). ni las Convenciones internacionales invocadas —Convención sobre los Derechos del Niño y Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad—, ni la Ley 26.061 contienen referencias específicas a la situación de los niños o personas con discapacidad como titulares de un crédito en el marco de un proceso concursal en las que no se prevé expresamente —ni puede derivarse de sus términos— una preferencia de cobro, por la sola condición invocada, respecto de los restantes acreedores concurrentes, ni la exclusión de sus créditos del régimen patrimonial especialmente previsto por la ley concursal. 2) reconocer el carácter de privilegiado a un crédito implica otorgarle el derecho de ser pagado con preferencia a otro, y que tal calidad solo puede surgir de la ley. Asimismo, los privilegios, en tanto constituyen una excepción al principio de la par conditio creditorum —como derivación de la garantía de igualdad protegida por el art. 16 de la Constitución Nacional— deben ser interpretados restrictivamente, pues de aceptarse una extensión mayor a la admitida por la ley se afectarían derechos de terceros 3) admitir el reconocimiento judicial de derechos preferentes no previstos en la ley concursal traería aparejados serios inconvenientes que excederían el ámbito propio de los concursos. La ruptura del régimen legal de privilegios y la creación de un sistema paralelo, contra legem, discrecional y casuístico puede conllevar un fuerte impacto negativo para la seguridad jurídica en general. Por ejemplo, la preferencia en el cobro de las acreencias garantizadas con hipoteca y prenda (artículo 241 inciso 4 de la ley 24.522) se justifica en los intereses económicos y sociales considerados por el legislador para acordarles dicho privilegio. En efecto, esa preferencia se vincula con la protección del crédito, que es indispensable para el desarrollo y el crecimiento del país, y que depende, en parte, de la existencia y la eficacia de ciertos instrumentos que, como las garantías, aseguren el recupero del crédito. En el caso concreto, el resguardo de esa preferencia en el cobro se relaciona con la oportunidad y el costo de acceder al crédito que tienen los agentes de salud y, en definitiva, con la adecuada prestación de esos servicios que, de hecho, permiten atender el derecho a la salud de toda la comunidad. La preferencia que se otorgue a un acreedor respecto de los restantes en el marco de un proceso concursal es una decisión que incumbe al legislador y no a los jueces de acuerdo con las circunstancias subjetivas que en cada caso en particular se puedan plantear”.

Para colmo de males, si se nos permite la expresión, y como una cosa rara del destino, ambos casos tuvieron estas características²²:

- 1) transcurrieron sólo cuatro meses entre uno y otro

- 2) el Tribunal Nacional los resolvió de manera diferente
- 3) ambos casos eran muy parecidos: la disputa surge —básicamente— entre un acreedor hipotecario (acreedor privilegiado especial incuestionable según la ley 24.522, art. 241 inc. 4 y CCyC) y la víctima con derecho a reclamar daños y perjuicios (acreedor común, sin privilegio)

Lo bueno es que el Tribunal Superior de la Nación, al menos, estuvo integrado de distinta manera²³.

- *Tratamiento del acreedor “involuntario”. Expansión de la solución en clave constitucional hacia el acreedor “vulnerable”.*

¿Quiénes son acreedores involuntarios?²⁴

Fue el profesor Ángel Rojo Fernández Río²⁵ quien se refirió al distingo que se venía haciendo en el derecho comparado, entre acreedores voluntarios y acreedores involuntarios, poniendo de resalto la radical marginalidad del tratamiento que se les brindaba ante la insolvencia y reclamando una mayor sensibilidad hacia ellos.

En concreto, distinguió a los acreedores en dos categorías: voluntarios e involuntarios. La primera de las categorías se integra por los acreedores contractuales, en tanto que la segunda, por los acreedores extracontractuales, los que han sufrido un daño en eventos personales o eventos patrimoniales.

Si bien el concepto fue evolucionando, el eje de la distinción parte de esta premisa: los involuntarios son acreedores que devienen en tales “por fuerza de las circunstancias” pues nunca quisieron conferir crédito al deudor. Quedaron vinculados jurídicamente con el deudor por razones ajenas a su voluntad y aún en contra de su voluntad. Por ello, no pudieron conocer de antemano el riesgo para adoptar seguridades en su protección.

Habitualmente son de origen extracontractual (bien podría ser el caso del “acreedor ambiental”, que bebe agua contaminada, o el peatón que resulta lesionado en un accidente de tránsito), pero este nuevo rotulo abarca también a determinados acreedores contractuales —en tal caso el crédito se origina con motivo de un incumplimiento de un contrato— como podría suceder con el paciente dañado por una mala praxis médica, que había contratado con el sanatorio la intervención quirúrgica.

Con el tiempo, la categoría de acreedor involuntarios ensanchó sus fronteras y mutó en su conformación para dar cabida a los a los acreedores vulnerables y hasta hipervulnerables.

Se trata, entonces, de categorías que no deben equipararse²⁶, porque no todo acreedor involuntario es de por sí o necesariamente un sujeto vulnerable. Así, por ejemplo, el dueño del vehículo chocado por el concursado, bien que califica de acreedor involuntario o extracontractual aunque, prima facie, no reviste ningún tipo de vulnerabilidad.

Entonces, cabe preguntarse, ¿Cuándo el acreedor es *vulnerable* (involuntario o no, contractual o extracontractual)?

Conforme las 100 Reglas de Brasilia²⁷, “se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”. (regla Nro.3)

Enumera asimismo algunas causas de vulnerabilidad: “Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico”. (Regla 4).

Es más, se habla en la actualidad de hipervulnerabilidad. Es una categoría que comenzó a desarrollarse en el ámbito del derecho del consumo, en el cual, de por sí, todo consumidor se encuentra en una situación estructural de vulnerabilidad, pero hay algunos que, por su condición de edad, salud, social, cultural, etc.; profundiza aquél estado y lo expone a una sumisión mayor frente al proveedor. Se trata de supuestos donde a la vulnerabilidad del consumidor, se le suma “la de pertenecer a un grupo minoritario, ser adulto mayor, analfabeto digital y vivir en zonas rurales”. Este concepto de vulnerabilidad está estrechamente relacionado con las circunstancias, con la situación particular y el contexto. Es un concepto dinámico. Por lo tanto, se entiende que nos encontramos en un supuesto de acreedor hipervulnerable cuando concurren más de una condición de vulnerabilidad. Por ejemplo, se es vulnerable por razones de salud —presenta una enfermedad— y también de edad —una persona edad avanzada²⁸.

A mayor abundamiento, a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha esbozado una “tipología de la vulnerabilidad”, que se sintetiza como “vulnerabilidad derivada de la condición personal”, y “vulnerabilidad derivada de la situación específica en la que el sujeto se encuentra”. Así, por ejemplo, la discapacidad es una condición personal de vulnerabilidad, y ser migrante ilegal una situación de vulnerabilidad derivada.²⁹

Esta última distinción puede ser muy útil para nuestro trabajo. En efecto, frente a la gran empresa insolvente que contamina, el habitante del pueblo que bebió el agua envenenada y reclama el resarcimiento de los daños a su persona, pueden encontrarse en un contexto de vulnerabilidad al pretender cobrar una acreencia en un proceso concursal donde impera la insuficiencia patrimonial, donde los tiempos muertos del mismo proceso se alongan por la estructura propia de un proceso universal y su crédito es quirografario según el texto explícito de la ley concursal.

Así las cosas, y ante la pereza del Legislador de hacerse cargo del problema y regular *oportunitamente* esta nueva realidad, comienza a tomar fuerza la idea de releer la misma ley concursal de hace casi 30 años (la ley 24.522 data del 1995), a la luz de los nuevos valores jurídicos constitucionales (arts. 1 y 2 CCyC), y *fundamentar así razonablemente desde el Poder Judicial* (art. 3 CCyC) —cuya poder decisional es más dinámico— el desplazamiento de los acreedores privilegiados regulados legalmente por los acreedores vulnerables e hipervulnerables.

Son ejemplos de esta nueva ola, los siguientes precedentes, algunos de los cuales ya hemos referenciados a través de las decisiones de la CSJN:

- “*González Feliciano c/ Microómnibus General San Martín s/ verificación tardía*”, (C1aCivComSanIsidro) (Sala I), 18/05/2004,³⁰

El magistrado de 1ra instancia confirió pago adelantado a la indemnización de daños y perjuicios por accidente de tránsito (obtenida luego de diez años de litigio) a una mujer octogenaria y con problemas graves de salud, aún cuando el acuerdo homologado preveía su pago en dieciocho años. La Cámara, y luego la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, confirmaron lo resuelto.

- “*La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro | quiebra – incidente de verificación de crédito por Tules Yolanda Erminia*” CN-Com Sala C, 10-5-18, MJ-JU-M-111635-AR | MJJ111635

La Cámara autoriza el “pronto pago” previsto en el “art. 16 Ley 24.522” respecto del crédito quirografario de una anciana con diversas condiciones de vulnerabilidad. La solución tiene una particularidad, impone el pago anticipado con sustento en la mencionada norma, haciendo una interpretación amplia de lo allí previsto cuando autoriza el pronto pago de créditos destinados a atender contingencias de salud, alimentarias u otras que no admitan demora. Se consideró que, a estos efectos, no importa si el acreedor de que se trate es o no titular de un crédito laboral³¹.

- *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.*

Como explicamos antes de ahora, con diferencia de cuatro meses, nuestro Alto Tribunal falló en dos casos análogos, resolviendo en sentido opuesto. Se trató de niños que resultaron víctimas de mala praxis médica, quedando lesionados de parálisis cerebral, con ciento por ciento de incapacidad irreversible y absoluta.

Se formula el respectivo reclamo indemnizatorio contra las instituciones sanatoriales demandadas, quienes se concursan y, finalmente, quiebran.

En los procesos falenciales los acreedores invocan un reconocimiento preferente, pese a su calidad de quirografarios de acuerdo el texto expreso de la ley 24.522.

Esto provoca un conflicto con los acreedores hipotecarios verificados en las respectivas quiebras —con su privilegio especial— expresamente reconocido en la Ley 24.522.

En las instancias inferiores, los jueces concursales asignaron a los créditos por indemnización, “privilegio especial prioritario de cualquier otro” y beneficio de pronto pago. Declararon, además, la inconstitucionalidad del régimen de privilegios de la Ley 24.522.

En 2da Instancia, la CNCom., Sala A, revoca lo resuelto en ambos fallos. Los casos llegan a la Corte Nacional:

- (i) *“Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/quiebra s/ verif. Por L.A.R” (Caso Lenna)*

Aquí la Corte confirma el fallo de Cámara. Por lo tanto, el crédito indemnizatorio queda finalmente como quirografario, perdiendo el privilegio especial otorgado en la primera instancia y, consiguientemente, el pronto pago. En el conflicto antes planteado: cobra primero el acreedor hipotecario.

- (ii) *“Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R. A. F. y L. R. H. de F.)” (Caso Fava)*

Como señalamos anteriormente, con una integración diferente en su composición³², la CSJN revoca el fallo de Cámara, confirmando de tal modo el de 1ra. instancia. Reconoce así al crédito indemnizatorio un privilegio especial prioritario de cualquier otro disponiendo su pago inmediato. En el conflicto planteado: queda relegado el acreedor hipotecario.

- *“Fundación Educar / concurso preventivo”* CNCom, Sala F, 15-12-21³³

Se trató de una menor víctima de abuso sexual perpetrado dentro de la institución educativa a la que concurría. Se inicia juicio de indemnización de daños y perjuicios. La Fundación se presenta en concurso preventivo. Obtiene acuerdo y es homologado. El crédito es verificado tardíamente.

En 1ra Instancia, ante el juez del concurso, los padres reclaman pago inmediato con privilegio autónomo y la inaplicabilidad del efecto de suspensión de intereses (art.19 de la Ley 24.522). Lo demandado no fue concedido.

En 2da instancia, la Cámara revoca el fallo, declarando la inoponibilidad del acuerdo y de la aplicación del art. 19 de la Ley 24.522 respecto de la acreencia de la menor, habilitándola a percibir íntegramente la indemnización “como si el concurso no existiera a su respecto”.

- *¿Nuestra opinión?*

De acuerdo con el texto de la ley 24.522, el “acreedor ambiental” es un acreedor “quirografario” (arg. arts. 241, 247, 248 y cctes LCQ.) y, en la quiebra, quedará postergado en el proyecto de distribución final, junto con el resto del “pelotón de quirografarios”.

En nuestra opinión, por contrario, y enfocando el problema en *clave constitucional*, el acreedor “ambiental” debe ser considerado como un acreedor vulnerable y, por lo tanto, privilegiado con prioridad suficiente para cobrar la indemnización *oportunamente* —sin las dilaciones propias del proceso concur-

sal— e, incluso, antes que otros acreedores con preferencia legal, que le permita resguardar su proyecto de vida como persona o mitigar las consecuencias negativas de su frustración; en un escenario de escasez de recursos económicos de parte de quien provocó el daño ecológico.

Somos concientes y no ignoramos que el concepto de acreedor vulnerable e hipervulnerable proviene y ha sido “acuñado” desde el derecho de consumo y está claro que el “acreedor ambiental” no es un consumidor que “aplique” para dicha “calificación”. No obstante vimos que, de acuerdo a las reglas de Brasilia citadas y, particularmente, a la tipología de vulnerabilidad que ha esbozado la Corte Interamericana de Derechos Humanos —“vulnerabilidad derivada de la condición personal” y “vulnerabilidad derivada de la situación específica en la que el sujeto se encuentra”— el elenco de “vulnerables” se ensancha, lo que nos permite hablar del “acreedor ambiental” como una acreedor en situación de vulnerabilidad frente al concurso del sujeto contaminador; generalmente, la gran empresa.

De este modo, las particulares circunstancias en las que se encuentra este acreedor, que lesionan su salud y su integridad moral y física causándole enfermedades —y, en ocasiones, hasta la muerte—, generan una vulnerabilidad de la cual no se hace cargo el legislador concursal, y en donde el factor tiempo puede ser vital, lo que justifica *axiológica y jurídicamente* un tratamiento preferencial que genere las condiciones de igualdad necesarias, para cobrar primero y lo antes posible en relación al resto del elenco de los acreedores; debido a las enormes desventajas personales, sociales y económicas provocadas en su salud por la contaminación y la maraña que implica transitar los carriles del proceso concursal desde el punto de vista de una tutela judicial *oportuna* (arts. 8 Convención Americana de Derechos Humanos) para intentar cobrarle a una empresa insolvente, resignando el derecho a una reparación plena ante reglas —las propias de la insolvencia— que buscan distribuir “lo hay” en un escenario de escasez (donde imperan las quitas, las esperas, los alongados tiempos muertos del proceso, etc.).

Recordemos especialmente que, de acuerdo a la regla 3 de las “Reglas de Brasilia”, el “vulnerable” es aquel que, por las particulares circunstancias en las que se encuentra, tiene dificultades para ejercer *plenamente* ante la justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. El acreedor “ambiental”, creemos, no escapa a esta situación.

¿Se nos dirá que es una solución *contra legem*?

Reconoce el suscripto que, ni la Constitución ni los Tratados de Derechos Humanos del bloque de constitucionalidad *regulan directa ni indirectamente el caso del acreedor ambiental (y cualquiera de los otros acreedores involuntarios o vulnerables) versus el acreedor privilegiado concursal*.

En este escenario, cuando el Derecho convencional y Constitucional no regulan el caso omitido por el legislador infra constitucional, invocar el paradigma de la *constitucionalización del derecho privado y el principio de convencionalidad*, es tarea muchas más compleja y requiere de una carga argumentativa mayor.

De lo contrario, corremos el grave riesgo de que el juez realmente se convierta en legislador.

Creemos, modestamente, que este es el “quid” de la cuestión en estos casos “concursoales” donde se ven implicados los “acreedores involuntarios/vulnerables”.

Nos explicamos.

Es cierto que, los Tratados de Derechos Humanos no contemplan el conflicto entre el acreedor “involuntario” y el “acreedor privilegiado”, ya sea en situación concursal o no. Nada dicen tampoco sobre el acreedor ambiental y su conflicto con otros acreedores a la hora de intentar cobrar su acreencia.

Por ello, ante esta dificultad, es la *eficacia interpretativa* de la cual hablamos al comienzo de este trabajo, al explicar el nuevo paradigma de la Constitucionalización del Derecho privado, la que precisamente juega un rol fundamental *porque son los valores y principios jurídicos que emanan de la Constitución y de los Tratados de Derechos Humanos* (arg. art. 1 y 2 CCyC) (con normas claramente referidas a la protección de la persona humana, su dignidad, su salud, el medio ambiente, etc. *aunque no se refieran expresamente al problema concursal*), los que permiten al juez crear la regla del caso, razonablemente fundada (art. 3 CCyC), no ya con base meramente legal, sino con un fundamento superior, de índole *constitucional*; *confiriéndole al acreedor ambiental —quirografario según la ley concursal—, el rango de acreedor preferente/privilegiado, incluso especial, para cobrar prioritariamente con respecto al resto de los acreedores atento a su situación de vulnerabilidad.*

C. *FRESH START*, *DISCHARGE* Y EL ACREEDOR AMBIENTAL.

c.1. *Preliminares.*

De acuerdo al art. 104 de la Ley 24.522 “*Deudas posteriores. Las deudas contraídas mientras no esté rehabilitado, pueden dar lugar a nuevo concurso, que sólo comprenderá los bienes remanentes una vez liquidada la quiebra y cumplida la distribución y los adquiridos luego de la rehabilitación*”.

El pasivo concursal está integrado por las deudas del fallido anteriores a la fecha de la sentencia de quiebra, más los gastos de conservación y justicia (art. 240 de la Ley 24.522).

Las deudas del fallido posteriores a la fecha de la sentencia de quiebra (cualquiera fuese su fuente, legal, contractual o no) no integran dicho pasivo y, por

ende, no pueden ser verificadas en la quiebra ni ser admitidas a la concurrencia —dentro de dicho juicio— para aspirar sobre el activo falencial. Dichas deudas posteriores solo pueden ejecutarse —individual o colectivamente— sobre bienes adquiridos después de la rehabilitación o, en su caso, sobre el eventual saldo de la liquidación falencial anterior (art. 228, in fine, de la Ley 24.522).

El pasivo falencial concurre en la quiebra para cobrarse sobre el producto de la liquidación del activo falencial. Este está integrado por los bienes del fallido, sujetos a desapoderamiento (art. 107 de la Ley 24.522)³⁴.

Sin perjuicio de lo expresado, y conforme al propio art. 104 L.C.Q., el deudor quebrado puede volver a quebrar. Esta afirmación, requiere una explicación. No hay incompatibilidad entre los dos concursos, ya que si bien tienen afín el mismo sujeto como quebrado, son distintos los acreedores y activo falencial.

Los acreedores del segundo concurso nacen después de la primera sentencia de quiebra, por lo que escaparon a ésta (art. 32 y 126 de la Ley 24.522), en tanto que el activo de la primera quiebra abarca todos los bienes desapoderados del deudor a la fecha de la declaración de quiebra y los que adquiera con posterioridad hasta su rehabilitación (art. 107 de la Ley 24.522).

Por su parte, el activo de la segunda quiebra lo constituyen los bienes que no fueran desapoderados para la primera pero sí lo fueron ahora, el remanente de la primera liquidación, y aquellos bienes adquiridos luego de la rehabilitación.

De este modo, el efecto que la rehabilitación produce es el de crear un segundo patrimonio del fallido, o lo que es lo mismo, dividir en dos partes un único patrimonio.

Entonces, apreciamos que la segunda quiebra tendrá un pasivo completamente distinto al de la primera. Los créditos por causa o título anterior al primer decreto de quiebra, de ningún modo podrán constituir el pasivo concursal de la segunda quiebra, pues la ley 24.522 no hace ninguna salvedad al respecto.

Contrariamente a lo que resulta de la aplicación de la ley 24.522, el Bankruptcy Code de EE.UU. sólo dispone la liberación (*discharge*) respecto de ciertas deudas, por lo que las deudas no liberadas seguirían pesando sobre el patrimonio del fallido³⁵.

En nuestro caso, el segundo patrimonio sólo constituirá prenda común de los acreedores posteriores al primer decreto de quiebra.

En cuanto al activo, es obvio que una y otra quiebra tendrán distintos bienes que la integren. Como dijimos, el segundo patrimonio estará compuesto por los bienes excluidos del desapoderamiento de la primera quiebra (y de la segunda) y los adquiridos con posterioridad a la rehabilitación de la primera quiebra.

Todo este razonamiento es aplicable también a un deudor que quebró, se rehabilitó y no volvió a quebrar.

En efecto, el deudor fallido una vez rehabilitado (1 año desde la sentencia de quiebra, art. 236 de la ley 24.522), si adquiere bienes posteriores a este hecho

jurídico, los mismos no podrán ser alcanzados por los acreedores de la quiebra anterior. Dichos bienes no están destinados a pagar a los acreedores del concurso y sobre los mismos tendrá la libre facultad de administración y disposición (ya que no volvió a quebrar nuevamente). Es más, las deudas que quedaron impagas en la quiebra anterior, la que concluyó por alguno de los modos previstos legalmente, se extinguen definitivamente (*discharge*) y, reiteramos, no pueden ser cobradas sobre los nuevos bienes adquiridos por el deudor después de rehabilitado.

Por ello, en definitiva, se habla de un nuevo comienzo o *fresh start*.

c.2. El acreedor “ambiental”, ¿Excepción al art. 104 Ley 24.522?

El interrogante lo formula la destacada profesora Silvana García³⁶ bajo el título “*Liberación o descarga de créditos de titularidad de sujetos en situación de vulnerabilidad*”.

Explica que, a raíz de la rehabilitación, la persona humana fallida se libera de responder con sus nuevos bienes (los adquiridos después de la rehabilitación) frente a sus acreedores concursales no totalmente satisfechos. No está así previsto de modo expreso por la Ley 24.522, y existen diversas tesis sobre la vigencia y alcance de tan trascendente efecto, a cuya operatividad sólo se arriba mediante una labor de reconstrucción racional y razonable del sistema de quiebra.³⁷ Esta exoneración, descarga o liberación de deudas, al no existir regulación expresa en cuanto a presupuestos, condiciones, y efectos concretos, abarca o comprende cualquier tipo de crédito concursal. Por ende, no existen acreencias exceptuadas de la descarga, lo cual implica que el crédito no satisfecho perteneciente a un acreedor sujeto vulnerable, queda comprendido en el beneficio que obtiene el deudor, provocando una nueva conculcación del principio protectorio.

La jurista propone de *lege ferenda* que ciertos créditos deberían excluirse de la posibilidad de una descarga:

- a) créditos vinculados a daños personales (de cualquier origen, extracontractual y/o contractual; físicos, síquicos y/o morales) causados por el deudor.
- b) deudas alimentarias relativas a hijos menores o discapacitados u otros beneficiarios de alimentos en la misma condición

En nuestra opinión, el crédito indemnizatorio —sea por daño ambiental directo (en caso de imposibilidad técnica de la recomposición), como por daño ambiental indirecto—, en una futura reforma legislativa, debería quedar expresamente consagrado también como excepción.

Ahora bien, ¿Y, en la actualidad y a pesar de la parquedad del derecho positivo vigente, haciendo una relectura (art. 104 y ctes de la Ley 24.522) en clave

constitucional (art. 41 Const. Nacional), podrá perforarse el límite de nuestro artículo 104 de la Ley 24.522, o es infranqueable?

Creemos que, dada la trascendencia del bien jurídico en juego en tanto *derecho constitucional a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado, verdadero derecho humano, su importancia para la generación del presente y también sus implicancias para las generaciones futuras*, la interpretación del mentado art. 104 de la Ley 24.522 debe ser tal que siempre se adecue a la Constitución, pudiendo el juez concursal abrir la puerta —sin necesidad de declarar la inconstitucionalidad de la norma falencial— para que estos créditos no sufran la “descarga”, no se “extingan” y pueden ser cobrados con los bienes adquiridos por el sujeto contaminador, aún después de la rehabilitación.

Desde la óptica de la constitucionalización del derecho privado (art. 1 y 2 CCyC), el juez concursal tiene suficiente respaldo para hacerlo. Ya hemos argumentado en este sentido. En el conflicto entre un bien jurídico patrimonial (derecho subjetivo del deudor a liberarse de las deudas y empezar de nuevo, reinsertándose en el mercado económico) y un bien jurídico extrapatrimonial (derecho humano a un ambiente sano de disfrute común), debe prevalecer el segundo, que asegura una mejor calidad de vida a toda la comunidad —para hoy y el futuro— y no solo un *reseteo patrimonial* de una persona insolvente puntual. Una vez más recordemos los postulados de Robert Alexy³⁸, respaldados —claro está— en nuestro ordenamiento jurídico por todo el bloque de constitucionalidad (art. 1,2 y 3 CCyC y arts. 42 y 75 inc 22 Const. Nacional).

Sin embargo, y en tren de conjeturas, si la argumentación *desde la constitucionalización del derecho privado* no es admitida por las voces críticas, ante este escenario, no tendrá más opción el magistrado que declarar la inconstitucionalidad de la norma del art. 104 ley concursal que, sin duda alguna, contraría flagrantemente un pilar fundamental del desarrollo *ambiental sustentable* de nuestro país desde la reforma constitucional de 1994 (arg. arts. 14 y 240 CCyC).

V. CONCLUSIONES

I. No esperamos con el presente trabajo haber agotado todas las aristas de un tema tan complejo y tan dinámico a la vez.

II. Seguramente, de las opiniones vertidas, hay muchas pasibles de crítica. El suscripto se hace cargo de ellas.

III. Sin embargo, más allá de los cuestionamientos que puedan hacerse a estas líneas, lo que no es objetable es la necesaria impronta constitucional con la que hay que analizar el derecho ambiental y el derecho concursal, y sus puntos de contactos.

IV. En este sentido, creemos —modestamente— haber cumplido con nuestro principal objetivo.

V. Mientras el legislador concursal siga lerdo y perozoso, la jurisprudencia y la doctrina avanzarán por sus propios medios.

BIBLIOGRAFÍA

- SAUX, Edgardo I., “Conflicto entre derechos fundamentales”, L.L. 2004-A, pág. 1071.
- LORENZETTI, Ricardo, “Las normas fundamentales de Derecho privado”, Santa Fe, ed. Rubinzal-Culzoni, 1995.
- DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio”, ed. Ariel, Barcelona, 1984, traducción de Guastavino, M..
- ALEXI, Robert, “Teoría de los derechos fundamentales”, pág. 152 y sigtes., 1.º reimp., traducción Ernesto Garzón Valdez, Madrid, ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- RODRÍGUEZ SANTIBÁÑEZ, I., & ÁLVAREZ BAUTISTA, P. (2023). La ponderación de derechos de Robert Alexy en una decisión judicial del máximo tribunal en México. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana De Derecho Constitucional*, (48), 451–481. <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2023.48.18053>
- ABALOS, María Gabriela, “Jurisdicción constitucional y control de convencionalidad en el derecho argentino”, Suplemento de Derecho Constitucional 2019 (noviembre), 07/11/2019, 1 – LA LEY 2019-F, Cita Online: AR/DOC/965/2019.
- GARCÍA, Silvana M., “El principio de protección de los vulnerables y el derecho de la insolvencia”, Revista jurídica, Región Centro Argentina, junio 2023, número 1. Cita: IJ-IV-CDXXXIII-617.
- GARCÍA, Silvana, Revista de Derecho Privado y Comunitario (RDPC), Liberación patrimonial por rehabilitación del fallido. Pasado, presente y futuro, Tomo: 2019 3 Insolvencia – II
- SAGÜES, Néstor; *Los abogados frente al control de convencionalidad*, TR LALEY AR/DOC/3907/2020.
- CARDINALE, Eustachio, “Le bonifiche e il danno ambientale nella crisi dell’ impresa alla luce del nuovo Codice della Crisi dell’ Impresa e dell’ Insolvenza” in Trattato breve di Diritto dello sviluppo sostenibile” a cura di Angelo Buonfrate e Antonio Uricchio, 2023 Wolters Kluwer Italia S.r.l. Via dei Missaglia n. 97 – Edificio B3 – 20142 Milano.
- ALPA, Guido, “Note sulla riforma della costituzione per la tutela dell’ambiente e degli animali” in Contratto e impresa, 2022.
- AZZARITI, Gaetano, “Tutela dell’ambiente in costituzione”, “Lo Stato”, 2022, 8.
- D’ATTORRE, Giacomo, “Sostenibilità e responsabilità sociale nella crisi d’impresa”, in Diritto della crisi, 13-04-2021 – Sostenibilità e responsabilità sociale nella crisi d’impresa* (dirittodellacrisi.it)
- Ver FABIANI, Massimo y PERES, Federico “La posizione del curatore e gli obblighi di ripristino ambientale”, in Il Fall., 2021, p. 615 ss..

- SEMBEROIZ, Fernando J., “La cuestión ambiental en la quiebra”, LA LEY 20/07/2018, 1 – LA LEY 2018-D, 560 Cita: TR LALEY AR/DOC/1005/2018.
- CAPOBIANCO, Gianni, “Costi ambientali e procedura fallimentare, tra interessi collettivi e tutela creditoria”, in *Dir. fall. e soc. comm.*, 2021, p. 1060 ss.
- GABASSI, Giulia “Gli obblighi ambientali del curatore fallimentare”. Note a margine di C. Stato 3/2021, in *Dirittodellacrisi.it*, 14 aprile 2021.
- FABIANI, Massimo y CAMMARATA, Simona, “Tutela dei creditori vs. tutela dell’ambiente nella liquidazione giudiziale”, 25 luglio 2023, *Diritto della crisi – AMBIENTALE CONCURSAL – ITALIA tutela-dei-creditori-vs-tutela-dellambiente-nella-liquidazione-giudiziale.pdf*
- PANI, Federico, “La prededuzione prima e dopo il codice della crisi”, in *ristrutturazionaziendali.it*.
- FAUCEGLIA, Giuseppe, “Il nuovo diritto della crisi e dell’insolvenza”, Torino, 2021
- FABIANI, Massimo, “Diritto fallimentare”, Bologna, 2011.
- BOZZA, Giuseppe, “La ripartizione dell’attivo”, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Diretto da A. Jorio – M. Fabiani, Torino, 2010, 628, nota 54.
- SOZZO, Gonzalo, “El daño a la naturaleza en la era del antropoceno: lecciones de la ola de la codificación ecológica” en “Daño ambiental”, *Revista de Derecho de Daños*, 2022 – 3, Rubinzal Culzoni.
- CAFFERATTA, Néstor, A. “Tratado jurisprudencial y doctrinario. Derecho ambiental”, ed. La Ley, Bs. As., 2012.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Modificaciones producidas por la ley 24522 al régimen de las prioridades concursales no excluyentes”, RDPC, n.º 11, concursos y quiebras II
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y BORETTO, Mauricio, “Manual de Derecho Privado”, editorial Eudeba – Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2017, Volume 1.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y BORETTO, Mauricio, “Manual de Derecho Privado”, editorial Eudeba – Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2018, Volume 2
- ESTIGARRIBIA BIEBERM, María L. y PIRIS, Cristian R. A., “La reconfiguración del sistema de fuentes en el Derecho argentino”, *Revistas de la Universidad Nacional de Córdoba*, <https://revistas.unc.edu.ar/~didoemilio,+Journal+manager,+maria+laura+estigarribia+bieber+y+cristian+ricardo++piris.pdf>
- SEMBEROIZ, Fernando J., “La cuestión ambiental en la quiebra”, LA LEY 20/07/2018, 1 – LA LEY 2018-D, 560 Cita: TR LALEY AR/DOC/1005/2018.
- DE MARIO, Gastón y LEGUIZA CASQUIERO, Guillermo “El deber de preservar el medioambiente y los intereses del proceso de quiebra”, LA LEY 27/12/2017, 6 – LA LEY 2018-A, 50 Cita: TR LALEY AR/DOC/3188/2017.
- QUINTANA FERREYRA, Francisco, “Concursos”, Astrea, Buenos Aires, 1988, t. I.
- ROUILLÓN, Adolfo A. N., “Régimen de Concursos y Quiebras”, 16.º edición actualizada, ed. Astrea, Bs. As. – Bogotá, 2012
- HEREDIA, Pablo D., Ley 26.086: Nuevo modelo en el régimen de suspensión y prohibición de acciones en el diseño del fuero de atracción del concurso preventivo, en JA, 2006-II
- DI LELLA, Nicolás y ANDERSON, Pablo E., *Naturaleza jurídica del plazo semestral previsto por el art. 56 de la LCQ*, en L.L. 2016-E

- GRAZIABILE, Darío J., Efectos concursales sobre las obligaciones y los contratos, Buenos Aires, Astrea, 2018.
- GERBAUDO, Germán E., “La prescripción concursal y los juicios extraconcursoales. Cómputo del plazo semestral previsto en el art. 56 de la L.C.”, *Diario Comercial* Nro. 221 – 18.09.2019, <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2019/09/Doctrina-Gerbaudo.pdf>;
- GERBAUDO, Germán, “Los acreedores hipervulnerables en los procesos concursales. Estado actual en el Derecho concursal argentino y su impacto en el Régimen de privilegios concursales”, *Revista Lex Mercatoria*, Vol. 20, 2022, artículo 3.
- TRUFFAT, E. Daniel, Fuero de atracción en los concursos, Buenos Aires, Astrea, 2007
- GEBHARDT, Marcelo, Ley de Concursos y Quiebras, Buenos Aires, Astrea, t. I, 2008.
- BOQUIN, Gabriela F., “La verificación tardía y el plazo de prescripción. La vigencia de “Reversat”. Los actuales precedentes “Madero Tango” y “Transporte Tomeo” en <https://www.casi.com.ar/lxv-encuentro-de-inst-dcomercial-ponencias/96>.
- RIVERA, Julio C., “Instituciones de Derecho concursal”, tomo I, 2da. Edición, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003.
- MAFFIA, Osvaldo, “Verificación de créditos”, 4ta edición, Lexis Nexis – Depalma, Bs. As. 1999.
- BORETTO, Mauricio, “Crisi del sistema dei privilegi d’insolvenza in argentina alla luce della giurisprudenza della Corte Suprema della Nazione” <https://www.dirittodella-crisi.it/articolo/crisi-del-sistema-dei-privilegi-dinsolvenza-in-argentina-alla-luce-della-giurisprudenza-della-corte-suprema-della-nazione> en Rivista di Diritto della Crisi, 7 de septiembre 2023, ISSN 2785-0889; INSOL I-READ, INSOL INTERNATIONAL, Newsletter ISSUE 6 —february 2023— “Secured vs. Unsecured Creditors: A review of Argentina’s Supreme Court Precedents en file:///G:/INSOL%20I-Read%20-%20February%202023%20PUBLICACION%20BORETTO.html
- VITOLO, Daniel; *Privilegios concursales y derechos humanos*, CABA, La Ley, 2022.
- ESTUPIÑAN-SILVA, Rosmerlin: *La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos: esbozo de una tipología*, en “Derechos humanos y políticas públicas. Manual” AA.VV., Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014, pág. 215 y jurisprudencia citada en nota 92. Disponible en <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19803> al 8-22
- ANICH, Juan, “Créditos Extracontractuales o Créditos Involuntarios” ¿Reconocimiento especial o tratamiento general? Un ejemplo “el problema del daño ambiental ante la insolvencia” – conferencia Congreso Derecho Concursal Mendoza 2009. – Con colaboración de los Dres Sheila Böhm y Martin Prieto Abogados asociados de Allende & Brea.

NOTAS

¹ Doctor en Derecho (Universidad Nacional de Córdoba). Profesor titular de la cátedra de Derecho Concursal, Universidad Nacional de Cuyo. Premio de Derecho privado Castán Tobeñas (Academia Aragonesa de Legislación y Jurisprudencia – España). Ganador concurso visiting professor/visiting researcher 2022/2023 Universidad de Bari Aldo Moro. Profesor invitado de la Universidad de Salerno. Integrante del Comité Editorial en calidad de redactor de la Revista Italiana “Contrato y Empresa Europa”. Director del Seminario “Aprendiendo el Derecho concursal en italiano y en inglés”, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo. Integrante del Instituto de Derecho Empresarial de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales en Buenos Aires.

² Este trabajo de investigación ha sido elaborado en el marco de la estancia del suscripto en la Universidad de Bari Aldo Moro (Italia), tras ganar el concurso académico visiting professor/visiting researcher realizado por dicha Institución Académica. La postulación fue realizada por el Dipartimento di “Economia, Management e Diritto dell’ Impresa” (a través del profesor Gianvinto Giannelli) y por el Dipartimento di “Giurisprudenza” (a través del profesor Eustachio Cardinale), ambos de la Universidad degli Studi di Bari Aldo Moro; habiéndose designado una “commissione valutatrice”, la cual evaluó a todos los postulantes compuesta por los siguientes profesores: Prof.ssa Grazia Paola Nicchia, professore ordinario S.S.D.BIO/09, componente; Prof.ssa Antonietta Ivona, professore associato S.S.D. M-GGR/02, componente; Prof. Giuliano Vox, professore associato confermato S.S.D. AGR/10, componente; Dott.ssa Luisa D’Aniello, responsabile Sezione Internazionalizzazione, segretario verbalizzante.

³ “Conflicto entre derechos fundamentales”, L.L. 2004-A, pág. 1071.

⁴ Fallos 255:293; 258:267; 302:640.

⁵ “Conflicto entre derechos fundamentales”, ob. cit., pág. 1078.

⁶ “Las normas fundamentales de Derecho privado”, Santa Fe, ed. Rubinzal-Culzoni, 1995, pág. 308.

⁷ DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio”, ed. Ariel, Barcelona, 1984, traducción de Guastavino, M., pág. 26.

⁸ “Teoría de los derechos fundamentales”, pág. 152 y sigtes., 1.º reimp., traducción Ernesto Garzón Valdez, Madrid, ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

⁹ RODRÍGUEZ SANTIBÁÑEZ, I., & ÁLVAREZ BAUTISTA, P. (2023). La ponderación de derechos de Robert Alexy en una decisión judicial del máximo tribunal en México. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana De Derecho Constitucional*, (48), 451–481. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2023.48.18053>

¹⁰ ABALOS, María Gabriela, “Jurisdicción constitucional y control de convencionalidad en el derecho argentino”, Suplemento de Derecho Constitucional 2019 (noviembre), 07/11/2019, 1 – LA LEY 2019-F, Cita Online: AR/DOC/965/2019.

¹¹ GARCÍA, Silvana M., “El principio de protección de los vulnerables y el derecho de la insolvencia”, Revista jurídica, Región Centro Argentina, junio 2023, número 1. Cita: IJ-IV-CDXXXIII-617.

¹² CIDH, 26/09/2006: “Almonacid, Arellano y otros c. Chile. Serie C 154”, La Ley Online; TR LALEY AR/JUR/10607/2006.

¹³ SAGÜES, Néstor; *Los abogados frente al control de convencionalidad*, TR LALEY AR/DOC/3907/2020.

¹⁴ “El daño a la naturaleza en la era del antropoceno: lecciones de la ola de la codificación ecológica” en “Daño ambiental”, Revista de Derecho de Daños, 2022 – 3, Rubinzal Culzoni, pág. 570.

¹⁵ SOZZO, Gonzalo, “El daño a la naturaleza en la era del antropoceno: lecciones de la ola de la codificación ecológica”, ob. cit., pág. 571.

¹⁶ SOZZO, Gonzalo, “El daño a la naturaleza en la era del antropoceno: lecciones de la ola de la codificación ecológica”, ob. cit., pág. 572.

¹⁷ CAFFERATTA, Néstor, A. “Tratado jurisprudencial y doctrinario. Derecho ambiental”, ed. La Ley, Bs. As., 2012, pág. 455.

¹⁸ Calificada doctrina reconoce inclusive, desde esta óptica, la posibilidad de reclamar daño moral colectivo ambiental. Explica que: *“Es fácil entender que pueden existir casos de daño moral colectivo ambiental. Desde nuestra óptica, entendemos que puede haber supuestos de daños que afecten intereses legítimos (o derechos de incidencia colectivas ambientales), de amplios sectores la colectividad, en aspectos morales de la clase, categoría o sociedad en su conjunto global. El Artículo 27 de la Ley General del Ambiente, en cuanto define al daño ambiental colectivo como toda alteración negativa relevante, del ambiente, sus recursos, el equilibrio del ecosistema o de los bienes o valores colectivos, implícitamente introduce la noción de daño ambiental colectivo moral, porque no de otra forma puede calificarse la lesión a valores colectivos. Por lo expresado, en la temática ambiental, la protección alcanza a los bienes colectivos, tanto como bienes del patrimonio material de la sociedad, como los bienes colectivos integrantes de los “valores colectivos”, que se forman con estimaciones, sentimientos, bienes del acervo espiritual, que hacen a la identidad del grupo, de titularidad difusa, en cabeza la comunidad en general. Por último, la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de Capital Federal, en 2008, registra un fallo en una demanda promovida por el Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de enorme valor doctrinario, en virtud del cual, se confirmó la condena de la demandada, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y una empresa constructora, en concepto de daño moral colectivo ambiental, por haber demolido un bien del patrimonio histórico cultural de la vieja localidad de Flores, la denominada “CASA MILLÁN”, perteneciente a los fundadores de este barrio capitalino. Todo lo cual, estimula a quienes creen en el valor de la justicia, en casos como el presente, cuando la pérdida o menoscabo, tiene por epicentro la faz espiritual de la comunidad, o los bienes o valores colectivos, de nuestro pasado histórico”*. (CAFFERATTA, Néstor, A. “Tratado jurisprudencial y doctrinario. Derecho ambiental”, ob. cit., pág. 470). A todo evento, debe recordarse en este sentido el *leading case* de las *Nereidas* resuelto por la CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE AZUL, Sala A, “Municipalidad de Tandil c/ T.A. La Estrella SA y otro”, con el voto de Jorge M. GALDÓS, del 22/10/96. En el caso, un ómnibus de la empresa demandada, luego de desplazarse sin conductor por la pendiente en la calle Avellaneda de la ciudad de Tandil, colisiona contra la fuente y grupo escultórico “Las Nereidas” emplazado en la intersección de dicha arteria con las calles Pujol, 14 de Junio y Diagonal del Parque, provocando al mismo diversos daños. La demanda se planteó por el resarcimiento de perjuicio patrimonial experimentado por el Municipio, consistente en el valor de los materiales y mano de obra necesarios para la restauración del referido grupo escultórico y en la disminución de su valor venal; pretendiéndose igualmente la indemnización del “daño a los intereses difusos o derechos públicos subjetivos” de toda la comunidad tandilense, dada la afectación del goce y disfrute estéticos que posibilitaba la contemplación de esa obra, ahora dañada, del patrimonio cultural de la Comuna. La sentencia hizo lugar a todo lo reclamado, con la aclaración de que el monto del resarcimiento por daño moral colectivo se destine a un patrimonio de afectación, para las obras de ornato y salubridad del presupuesto municipal, de forma tal que el Estado local, dueño y guardián de la escultura, resarce a través suyo el daño extrapatrimonial de toda la colectividad afectada, “porque aunque difuso o fragmentado, se tutela un derecho general,

de incidencia colectiva, que el Estado debe preservar en consonancia con la postura del resarcimiento pleno del daño injustamente causado”.

¹⁹ ESTIGARRIBIA BIEBERM, María L. y PIRIS, Cristian R. A., “La reconfiguración del sistema de fuentes en el Derecho argentino”, *Revistas de la Universidad Nacional de Córdoba*, <https://revistas.unc.edu.ar/~didoemilio,+Journal+manager,+maria+laura+estigarribia+bieber+y+cristian+ricardo++piris.pdf>

²⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26-marzo-2019, <https://aldiaargentina.micro-juris.com/2019/04/16/credito-privilegiado-la-corte-reconocio-el-privilegio-especial-de-prim-orden-al-credito-por-mala-praxis-por-el-parto-que-causo-una-discapacidad-irreversible/>

²¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 6-noviembre-2018, <https://camoron.org.ar/wp-content/uploads/2019/08/FALLO-ASOCIACION-FILANTROPICA.pdf>

²² Ver nuestra crítica en: “Crisi del sistema dei privilegi d’insolvenza in argentina alla luce della giurisprudenza della Corte Suprema della Nazione” <https://www.dirittodellacrisi.it/articolo/crisi-del-sistema-dei-privilegi-dinsolvenza-in-argentina-alla-luce-della-giurisprudenza-della-corte-suprema-della-nazione> en *Rivista di Diritto della Crisi*, 7 de septiembre 2023, ISSN 2785-0889; INSOL I-READ, INSOL INTERNATIONAL, Newsletter ISSUE 6 —february 2023— “Secured vs. Unsecured Creditors: A review of Argentina’s Supreme Court Precedents en file:///G:/INSOL%20I-Read%20-%20February%202023%20PUBLICACION%20BORETTO.html

²³ El Alto Tribunal quedó integrado —con la Dra. Graciela Medina— por reemplazo del Dr. Rosenkrantz, quien debió excusarse.

²⁴ Ver por todos las excelentes monografías de GARCÍA, Silvana, “El principio de protección de vulnerables y el derecho de la insolvencia”, *Revista jurídica – Región Centro Argentina – Número 1 – 8/6/2023 – cita IJ-IV-CDXXXIII-617 –* <https://ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=be951febb68e7ea728b5a6b1f0acd23e>; GERBAUDO, Germán, “Los acreedores hipervulnerables en los procesos concursales. Estado actual en el Derecho concursal argentino y su impacto en el Régimen de privilegios concursales”, *Revista Lex Mercatoria*, Vol. 20, 2022, artículo 3, pág. 41.

²⁵ “Los acreedores involuntarios”, en “VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia”, Rosario, 27, 28 y 29 de septiembre de 2006, T IV, pág. 201.

²⁶ VITOLO, Daniel; *Privilegios concursales y derechos humanos*, CABA, La Ley, 2022, pág. 149.

²⁷ Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008).

²⁸ GERBAUDO, Germán, “Los acreedores hipervulnerables en los procesos concursales. Estado actual en el Derecho concursal argentino y su impacto en el Régimen de privilegios concursales”, *Revista Lex Mercatoria*, Vol. 20, 2022, artículo 3, pág. 49.

²⁹ GARCÍA, Silvana, “El principio de protección de vulnerables y el derecho de la insolvencia”, *Revista jurídica – Región Centro Argentina – Número 1 – 8/6/2023 – cita IJ-IV-CDXXXIII-617 –* <https://ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=be951febb68e7ea728b5a6b1f0acd23e>; ESTUPIÑAN-SILVA, Rosmerlin: *La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos: esbozo de una tipología*, en “Derechos humanos y políticas públicas. Manual” AA.VV., Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014, pág. 215 y jurisprudencia citada en nota 92. Disponible en <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19803> al 8-22

³⁰ TR LALEY AR/JUR/865/2004

³¹ *Pronto pago de créditos laborales.* Dentro del plazo de diez (10) días de emitido el informe que establece el artículo 14 inciso 11), el juez del concurso autorizará el pago de las remuneraciones debidas al trabajador, las indemnizaciones por accidentes de trabajo o enfermedades laborales y las previstas en los artículos 132 bis, 212, 232, 233 y 245 a 254, 178, 180 y 182 del Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por la ley 20.744; las indemnizaciones previstas en la ley 25.877, en los artículos 1.º y 2.º de la ley 25.323; en los artículos 8.º, 9.º, 10, 11 y 15 de la ley 24.013; en el artículo 44 y 45 de la ley 25.345; en el artículo 52 de la ley 23.551; y las previstas en los estatutos especiales, convenios colectivos o contratos individuales, que gocen de privilegio general o especial y que surjan del informe mencionado en el inciso 11 del artículo 14. Para que proceda el pronto pago de crédito no incluido en el listado que establece el artículo 14 inciso 11), no es necesaria la verificación del crédito en el concurso ni sentencia en juicio laboral previo. Previa vista al síndico y al concursado, el juez podrá denegar total o parcialmente el pedido de pronto pago mediante resolución fundada, sólo cuando existiere duda sobre su origen o legitimidad, se encontraren controvertidos o existiere sospecha de connivencia entre el peticionario y el concursado. En todos los casos la decisión será apelable. La resolución judicial que admite el pronto pago tendrá efectos de cosa juzgada material e importará la verificación del crédito en el pasivo concursal. La que lo deniegue, habilitará al acreedor para iniciar o continuar el juicio de conocimiento laboral ante el juez natural. No se impondrán costas al trabajador en la solicitud de pronto pago, excepto en el caso de connivencia, temeridad o malicia. Los créditos serán abonados en su totalidad, si existieran fondos líquidos disponibles. En caso contrario y hasta que se detecte la existencia de los mismos por parte del síndico se deberá afectar el tres por ciento (3%) mensual del ingreso bruto de la concursada. El síndico efectuará un plan de pago proporcional a los créditos y sus privilegios, no pudiendo exceder cada pago individual en cada distribución un monto equivalente a cuatro (4) salarios mínimos vitales y móviles. *Excepcionalmente el juez podrá autorizar, dentro del régimen de pronto pago, el pago de aquellos créditos amparados por el beneficio y que, por su naturaleza o circunstancias particulares de sus titulares, deban ser afectados a cubrir contingencias de salud, alimentarias u otras que no admitieran demoras.* En el control e informe mensual, que la sindicatura deberá realizar, incluirá las modificaciones necesarias, si existen fondos líquidos disponibles, a los efectos de abonar la totalidad de los pronto pagos o modificar el plan presentado.

³² El Alto Tribunal quedó integrado —con la Dra. Graciela Medina— por reemplazo del Dr. Rosenkrantz, quien debió excusarse.

³³ Publicado en TR LALEY AR/JUR/195646/2021

³⁴ Los bienes adquiridos con posterioridad al decreto que dispone la rehabilitación escapan al ámbito de la quiebra. Sin embargo, el activo proveniente del embargo de los haberes del fallido merece un tratamiento diverso. En efecto, estimase que si el emolumento percibido por la relación laboral, en su proporción legal embargable, emana de una relación de empleo de origen anterior al decreto de falencia o nació mientras el deudor se encuentra fallido, dicho bien importa la existencia de un activo generador de frutos de origen preconcursal o concursal que por ello persiste afectado a la satisfacción de los acreedores del concurso. Ello así, en tanto resultaría paradójica la circunstancia de que aquél que se encuentra en estado falencial y generase una fuente laboral de ingresos alcanzada dentro del marco de la quiebra, habiendo incumplido sus obligaciones y no honrando sus deudas, pueda sustraerse de la posibilidad de resarcir a sus acreedores por su incumplimiento, transcurrido un año desde el decreto de quiebra, encontrándose en mejor posición que aquél que se halla in bonis, y atendiendo a sus obligaciones sometido a un embargo, como ocurre con cualquier demandado en un juicio ejecutivo individual. En

este contexto no cabe levantar el embargo sobre los haberes del fallido rehabilitado (JUAREZ, Diego Patricio s/ quiebra, SENTENCIA.CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, 11/5/2023) – REHABILITACION – QUIEBRA – ART. 104 – SENTENCIA CNCOM.pdf

³⁵ . Ver en este sentido, <https://www.uscourts.gov/services-forms/bankruptcy/bankruptcy-basics/discharge-bankruptcy-bankruptcy-basics> – Discharge in Bankruptcy – The bankruptcy discharge varies depending on the type of case a debtor files: chapter 7, 11, 12, or 13. Así las cosas, en ciertos casos, el deudor debe pagar esas deudas después de la quiebra. La ley ha determinado que este tipo de deudas no se extinguen por la quiebra por razones de política pública (ya sea por la naturaleza de la deuda o por el hecho de que las deudas se generaron debido a un comportamiento inadecuado del deudor, como conducir en estado de ebriedad). Hay 19 categorías de deudas exceptuadas de la condonación en virtud de los capítulos 7, 11 y 12. Se aplica una lista más limitada de excepciones a los casos del capítulo 13. Por ejemplo, deudas por manutención o pensión alimenticia del cónyuge o de los hijos, deudas por daños intencionales y maliciosos a persona o propiedad, deudas con unidades gubernamentales por multas y sanciones.

³⁶ GARCÍA, Silvana, “El principio de protección de vulnerables y el derecho de la insolvencia”, Revista jurídica – Región Centro Argentina – Número 1 – 8/6/2023 – cita IJ-IV-CDXXXIII-617 – <https://ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=be951febb68e7ea-728b5a6b1f0acd23e>.

³⁷ Cfr. GARCÍA, Silvana, “*La Extinción de las obligaciones de la quiebra*”, Premio Dalmacio Velez Sarsfield, Tesis sobresalientes, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2012, disponible on line al 8-2022 en <https://www.acadec.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2019/12/TesisSilvMabGarcia2011.pdf> y RDPC, Liberación patrimonial por rehabilitación del fallido. Pasado, presente y futuro, Tomo: 2019 3 Insolvencia – II.

³⁸ “Teoría de los derechos fundamentales”, pág. 152 y sigtes., 1.º reimp., traducción Ernesto Garzón Valdez, Madrid, ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

La institución testamentaria a plazo*

The testamentary institution subject to a term

por

ESTEVE BOSCH CAPDEVILA

Catedrático de Derecho Civil. Universitat Rovira i Virgili

RESUMEN: Aunque la propiedad es un derecho de carácter perpetuo, su titularidad puede adquirirse de forma temporal. Así lo establece, entre otros, el artículo 805 del Código Civil, que reconoce la validez de la designación de un día o plazo en el que debe comenzar o cesar el efecto de la institución de heredero o del legado. El análisis de la institución testamentaria a plazo y del estatuto jurídico de los dos sujetos implicados, el primer titular de los bienes y el titular sucesivo, constituye el objeto del presente trabajo.

ABSTRACT: *Although property is a right of a perpetual nature, its ownership can be acquired temporarily. This is established, among other provisions, by Article 805 of the Civil Code, which recognizes the validity of designating a day or term on which the appointment of an heir or the effect of a legacy is to begin or cease. The analysis of the testamentary institution with a term and the legal status of the two involved parties—the initial holder of the assets and the successive holder—constitutes the purpose of this work.*

PALABRAS CLAVE: Sucesión. Institución de heredero. Plazo. Derecho de propiedad. Propiedad temporal.

KEYWORDS: *Succession. Appointment of heir. Term. Property right. Temporary ownership.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA INSTITUCIÓN A PLAZO COMO DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA. 1. EL CONCEPTO DE PLAZO: LA CERTEZA DE QUE LLEGARÁ. 2. EL TÉRMINO IMPUESTO A LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO: SU ADMISIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL. 3. EL PLAZO INCIERTO ¿ES PLAZO O SE CONSIDERA CONDICIÓN? *A) Derecho romano. B) Derecho histórico de Castilla. C) La doctrina francesa y el Código civil francés de 1804. D) La regla de que el término incierto en el cuándo equivale a condición: su análisis a partir del Derecho civil catalán.* a) La formulación de la regla. b) Efectos. *E) Código civil español.* 4. LA DISTINCIÓN ENTRE LA INSTITUCIÓN A PLAZO Y EL FIDEICOMISO. *A) Diferencias entre la institución hereditaria a plazo y la sustitución fideicomisaria.* a) Las consecuencias de la falta del primer llamado antes de transcurrir el plazo. b) La capacidad sucesoria del titular sucesivo. *B) Identificación de la disposición como institución a plazo o como fideicomiso.* a) Designación por el testador de un primer y un segundo heredero. b) La falta de designación de primero o ulterior heredero. 5. EL “SUCESOR LEGÍTIMO”. *A) El llamamiento legal al “sucesor legítimo” cuando se instituye un heredero a plazo.* a) El llamamiento al “sucesor legítimo” es legal, no testamentario. b) El “sucesor legítimo” es el heredero llamado a la herencia intestada del causante en el momento de su fallecimiento. c) El sucesor legítimo también es heredero. *B) En el legado a plazo, hasta que llegue el plazo o cuando este concluya, se llama a la persona gravada con el legado.* 6. LA DELACIÓN A FAVOR DEL TITULAR SUCESIVO. *A) Concepto de delación. B) La aceptación de la herencia por el titular sucesivo. El artículo 991 del Código civil. C) El titular sucesivo ¿tiene delación?* 7. EL PAGO DE LAS DEUDAS HEREDITARIAS.—III. EL ESTATUTO JURÍDICO REAL DE LOS SUJETOS IMPLICADOS. 1. LA NATURALEZA DEL DERECHO DEL INSTITUIDO Y DEL SUCESOR LEGÍTIMO. *A) La propiedad temporal del primer titular. B) El derecho de adquisición del titular sucesivo.* 2. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO DEL DERECHO DEL TITULAR SUCESIVO. LA PRESTACIÓN DE CAUCIÓN. *A) ¿Quién está obligado a prestar caución? B) Consecuencias de la falta de prestación de la caución. C) ¿En qué consiste la caución?* a) Las obligaciones del usufructuario de hacer inventario y afianzar. b) La caución del fiduciario en el Código civil de Cataluña. b’ La “garantía” para el caso de desaparición de los bienes. b’’ La “garantía” por el deterioro de los bienes. c) Aplicación de los principios del Código civil de Cataluña a la institución testamentaria a plazo del Código civil español. 3. RÉGIMEN DE LA INSTITUCIÓN A PLAZO ANTES DE LA LLEGADA DEL TÉRMINO. *A) La propiedad temporal del primer titular. B) La protección del derecho del titular sucesivo. C) La disposición de los derechos del primer titular y del titular sucesivo.* 4. LA LLEGADA DEL PLAZO. *A) La adquisición de la propiedad por el titular sucesivo. B) Liquidación de gastos y mejoras y entrega de la posesión.* a) Créditos del propietario temporal por el pago de deudas del causante y cargas hereditarias. b) Liquidación de mejoras y gastos. c) Entrega de la posesión y derecho de retención del propietario temporal.—IV. CONCLUSIONES Y APUNTE FINAL.

1. CONCLUSIONES. 2. APUNTE FINAL: LA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN DE LA PROPIEDAD TEMPORAL EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.—V. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Con la finalidad de facilitar el acceso a la propiedad de la vivienda, el Parlamento de Cataluña aprobó la Ley 19/2015, de 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida al libro quinto del Código civil de Cataluña². Con independencia de si se logró o no dicho objetivo, es de destacar que la Ley 19/2015 estableció una regulación general de la institución que denominó “propiedad temporal” (arts. 547-1 a 547-10 CCCat), que “confiere a su titular el dominio de un bien durante un plazo cierto y determinado, vencido el cual el dominio hace tránsito al titular sucesivo” (art. 547-1 CCCat).

La figura de la propiedad temporal carece de una regulación general en el Código civil español, pero la temporalidad en la titularidad del derecho de propiedad sí se contempla en otros preceptos del mismo Código, como en el artículo 641 relativo a las donaciones con pacto de reversión, y en el artículo 805 sobre la institución testamentaria a plazo, cuyo primer apartado, al disponer que “Será válida la designación de día o de tiempo en que haya de comenzar o cesar el efecto de la institución de heredero o del legado”, muestra que el derecho de propiedad (perpetuo) sobre los bienes heredados o legados puede adquirirse solo temporalmente.

Este trabajo tiene como finalidad analizar la problemática del artículo 805 del Código Civil, en sus dos vertientes: como disposición testamentaria y como atribución de una titularidad temporal sobre los bienes hereditarios. En la primera parte se tratan los aspectos sucesorios, con especial énfasis en el concepto de institución testamentaria a plazo, su distinción con la sustitución fideicomisaria, y la consideración del término incierto respecto al momento que ha de llegar. En la segunda parte se analiza el estatuto jurídico de los dos sujetos involucrados — el titular inicial, ya sea el heredero o legatario a plazo o el “sucesor legítimo”, y el titular sucesivo que adquirirá la herencia o el legado al cumplirse el plazo—, y se busca delimitar la sutil línea que distingue al propietario temporal del propietario ordinario por un lado, y del usufructuario por otro.

II. LA INSTITUCIÓN A PLAZO COMO DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA

1. EL CONCEPTO DE PLAZO: LA CERTEZA DE QUE LLEGARÁ

El concepto de plazo o término está regulado en el artículo 1125 del Código civil, relativo a las “obligaciones a plazo”: “Las obligaciones para cuyo cumpli-

miento se haya señalado un día cierto, sólo serán exigibles cuando el día llegue. Entiéndese por día cierto aquel que necesariamente ha de venir, aunque se ignore cuándo. Si la incertidumbre consiste en si ha de llegar o no el día, la obligación es condicional, y se regirá por las reglas de la sección precedente”. Este concepto de plazo que ofrece el artículo 1125, en sede de teoría general de las obligaciones, basado en la certeza de su llegada (*necesariamente*) y en su futuridad (*ha de venir*), es plenamente aplicable al término impuesto a la institución de heredero o al legado previsto en el artículo 805 del Código civil.

La certeza del plazo implica que su llegada debe ser posible. La imposibilidad solamente podrá venir ocasionada por la inexistencia del día, como si se fija, por ejemplo, el 29 de febrero de 2029, o el 40 de marzo de 2036. Las consecuencias de tales disposiciones vendrán determinadas, en primer lugar, por la interpretación de la cláusula en la que se establezcan. En el primer ejemplo, podría entenderse que se quiso fijar el último día del mes de febrero, al tratarse de un año no bisiesto. En el segundo cabe deducir que, por absurda o incongruente, no existe voluntad de fijar un plazo, siendo distintas las consecuencias según el plazo sea inicial o final: si es inicial, no habrá obligación o el contrato será inválido, mientras que si es final se considerará como no formulado y la obligación será pura³.

El plazo puede tener diversas modalidades:

a) Su certeza puede alcanzar a la seguridad de que se producirá y al momento en que llegará (*certus an certus quando*) —por ejemplo, “El 1 de enero de 2045”—, o solamente a la certeza de que llegará, pero no al momento (*certus an incertus quando*) —por ejemplo, “El día de la muerte de X”—. El concepto de término del artículo 1125 incluye ambas modalidades, si bien la consideración del plazo *incertus quando* ha planteado dudas en materia testamentaria⁴.

b) Puede ser suspensivo o resolutorio. Si es suspensivo, el derecho del instituido existe antes del vencimiento del término, aunque su ejercicio se encuentre aplazado⁵; el derecho forma parte del patrimonio de su titular, pero su cumplimiento no se podrá exigir hasta la llegada del plazo⁶. El término final o resolutorio, cuya llegada produce la cesación de los efectos, es ignorado en el artículo 1125, pero sí aparece contemplado explícitamente en el artículo 805: “[...] cesar el efecto de la institución [...]”.

c) El día inicial o final del plazo puede fijarse de manera directa, por ejemplo “El 1 de enero del año 2040”, o indirectamente, por ejemplo “El Lunes de Pascua de 2035”.

Finalmente, aunque su eficacia, sea suspensiva o resolutoria, es común tanto al término del artículo 805 como al del artículo 1125 (a pesar de que este solo alude expresamente al plazo suspensivo), la relación a la que se impone el plazo es de diferente naturaleza en uno y otro caso: real en el primero, obliga-

cional en el segundo. El artículo 1125 contempla la suspensión en el cumplimiento de una obligación (por ejemplo, la entrega del bien objeto del contrato de compraventa se producirá en el plazo de dos meses de la firma del contrato), y si el plazo es resolutorio se acostumbra a referir al cese de una determinada actividad o derecho (por ejemplo, el contrato de arrendamiento finalizará a los cinco años de su celebración); en cambio, la llegada del término testamentario supone la adquisición o la pérdida de un derecho real (la propiedad de los bienes hereditarios), según sea suspensivo o resolutorio, respectivamente.

2. EL TÉRMINO IMPUESTO A LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO: SU ADMISIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

La institución de heredero a término determina que, si es resolutorio, el heredero instituido dejará de serlo al llegar el término; si es suspensivo, que se deba abrir la sucesión intestada para llamar al que el artículo 805 del Código civil denomina “sucesor legítimo”, que será heredero hasta la llegada del término. Estas consecuencias contravienen los principios sucesorios del Derecho romano, particularmente el principio *semel heres semper heres*⁷, lo que llevó a que, en los ordenamientos en los que tales principios seguían vigentes, no se admitiese la institución de heredero a término. Así ocurrió, por ejemplo, en las Partidas⁸, en el derecho francés anterior al Código de 1804⁹, y en algunos de los códigos civiles que precedieron al Código civil español de 1889, que mantuvieron la inadmisión de los términos suspensivo y resolutorio, como el Código civil italiano de 1865¹⁰, el Código civil portugués de 1867¹¹, y el Código civil de Méjico de 1870¹². Actualmente, solo el Código civil de Cataluña conserva tal regla; fiel todavía a los principios de base romana, en el artículo 423-12.1 se dispone que “El que es heredero lo es siempre y, en consecuencia, se tienen por no formulados en la institución de heredero la condición resolutoria y los plazos suspensivo y resolutorio”.

En el Derecho de Castilla, ya a partir del Ordenamiento de Alcalá se cuestionaron los principios sucesorios del Derecho romano¹³. Si bien el Proyecto de 1851 nada previó respecto al heredero a término, el Proyecto de 1882 dispuso en el artículo 892 que “Será válida, y surtirá efecto, la designación de día o de tiempo en que haya de comenzar o cesar la institución de heredero o el legado. En estos casos, hasta que llegue el término señalado, o cuando éste concluya, se entenderá llamado el sucesor legítimo. Mas en el primero, no entrará en posesión de los bienes sino después de prestar caución suficiente, con intervención del instituido”¹⁴. El precepto pasó, prácticamente sin variación alguna, al Código civil de 1889, artículo 805, de manera que se puede afirmar que en el Código

civil español quedaron definitivamente superados tanto el principio *semel heres semper heres* como sus consecuencias.

3. EL PLAZO INCIERTO ¿ES PLAZO O SE CONSIDERA CONDICIÓN?

La certeza que distingue al plazo de la condición, ¿implica únicamente la seguridad de que el día llegará o el acontecimiento ocurrirá, o debe incluir también la certeza sobre el momento exacto en que dicho acontecimiento se producirá?

Aunque el artículo 1125 del Código Civil establece que el plazo que inevitablemente llegará, aunque se desconozca cuándo, se considera plazo, en materia testamentaria la cuestión no es tan clara, posiblemente debido a la influencia de la regla del Derecho romano que equipara el término incierto en el cuándo a una condición. Si bien el Código Civil español no incluye una norma como la del artículo 423-13.2 del Código Civil de Cataluña, que establece que “En el testamento, el plazo incierto implica condición”, tampoco existe una disposición que expresamente lo contradiga.

No se trata de una cuestión intrascendente, ni desde una perspectiva teórica ni práctica. Supongamos que un testador instituye como heredera a su hija a partir del fallecimiento de su esposa. Si el término incierto respecto a la fecha (la muerte de la esposa) se considera efectivamente un plazo, el fallecimiento antes de ese momento de la hija (heredera sujeta a un plazo suspensivo) implicará la transmisión de su derecho a sus herederos, quienes adquirirán la herencia al producirse el fallecimiento de la esposa. Por el contrario, si se interpreta como una condición —consistente en la supervivencia de la hija a la esposa—, el fallecimiento previo de la hija supondrá el incumplimiento de dicha condición, lo que conllevará la ineficacia de la institución sujeta a plazo suspensivo. En consecuencia, se producirá una vacante hereditaria que se resolverá conforme a las reglas generales: llamamiento al sustituto vulgar si se ha designado, acrecimiento a favor de los herederos instituidos conjuntamente o apertura de la sucesión intestada. Esta cuestión ha generado un intenso debate y diversas posturas a lo largo de la historia, a las que haremos una breve referencia.

A) Derecho romano

La regla de Digesto 28.5.88, en la que se establecía que el que es heredero lo es siempre, venía matizada por la que daba el trato de condición a ciertas disposiciones hechas en forma de término, no solamente cuando era incierto si el día debía llegar o no (*dies incertus an*), sino también en el caso en que, siendo cierto que el día llegaría, era incierto cuándo sería este día (*dies incertus quando*); así, en Digesto 35.1.75 se disponía que “El día incierto expresado en el testamento

tiene fuerza de condición”¹⁵. Respecto a los legados, esta era también la regla general; en Digesto 35.1.79.1 se decía que, si se dispone que el heredero, cuando muera, dé 100 a Ticio, el legado se deja bajo condición, dado que, aunque es cierto que ha de morir el heredero, es incierto si se deberá el legado viviendo el legatario, y no es cierto que le corresponderá el legado¹⁶. En cualquier caso, siempre quedaba a salvo la intención del testador; en Digesto 30.1.49 § 3 se acababa diciendo “*nisi evidens alia mens probaretur testatoris aliud sentientis*”¹⁷.

Una de las principales consecuencias de la consideración del término incierto como condición era que, si el instituido fallecía antes de llegar al término, no se transmitía derecho alguno a sus herederos: “*ad heredem eius legatum non transit, quia non cessit dies vivo eo, quamvis certum fuerit moriturum heredem*” (Digesto 35.1.1 § 2); la razón, apuntaba MAYNZ, “es porque, para hacer entrar en nuestro patrimonio un derecho que forma el objeto de una liberalidad por causa de muerte, es preciso que hayamos sobrevivido al difunto y hayamos hecho un acto de adquisición”¹⁸.

B) Derecho histórico de Castilla

En las Partidas, el término incierto se consideraba asimismo condición. Así constaba claramente en dos leyes. Por una parte, en la ley 15, título 3 de la Partida Sexta, después de establecerse que en la institución de heredero el término inicial o el final se tenían por no puestos, se admitía en cambio que *en día non cierto bien podría ser alguno establecido por heredero*¹⁹. Asimismo, en la ley 31, título 9 de la Partida Sexta, bajo el encabezado de “Cómo se pueden facer las mandas sin condición et a día cierto” se disponía con relación a los legados que podían hacerse puramente, bajo condición, o a término, fuese cierto o incierto, y en este último caso si el instituido muriese antes de la llegada del término, no se transmitía a su heredero, de lo que se deducía que el término incierto se equiparaba a la condición²⁰.

A partir del Ordenamiento de Alcalá, la doctrina estaba dividida²¹, si bien la mayoría distinguía según si la persona de cuya muerte se trataba era el propio heredero o legatario²², o un tercero; en este último caso, se consideraba condición²³, mientras que si se imponía al propio instituido la doctrina discrepaba respecto a si la institución era pura, o debía esperarse a su llegada²⁴.

C) La doctrina francesa y el Código civil francés de 1804

La doctrina francesa, tanto anterior como posterior al Código Civil de 1804, coincidía, con ciertos matices, en diferenciar los legados *sujetos* a un plazo incierto de aquellos *pagaderos* a un plazo, ya sea cierto o incierto. Mientras en estos últi-

mos simplemente se retrasaba su entrega, el legado hecho a plazo incierto era nulo si el legatario fallecía antes de la llegada del plazo; así lo consideraban, entre otros, DOMAT²⁵, AUBRY y RAU y PLANIOL²⁶. En términos parecidos, POTHIER, distinguía en función de si el plazo incierto se había impuesto a la disposición, o a la ejecución o pago del legado²⁷; POTHIER matizaba que, si el plazo incierto no se había impuesto a la disposición, sino a la ejecución del legado, como si el testador dijese: “*Je lègué une telle Somme a Pierre, qui lui sera payée le jour qu’il sera majeur, ou qui lui sera payée le jour que Paul mourra*”, el legado era puro y simple y el derecho al legado se adquiría por el legatario a partir de la muerte del testador²⁸. La razón es que tales términos no conciernen a la disposición misma, sino sólo a la ejecución y al pago que deben hacerse, por lo que no pueden condicionar la disposición; en consecuencia, si el legatario fallecía antes del cumplimiento del plazo, esto no le impedía transmitir a sus herederos el derecho derivado del legado, adquirido desde el momento del fallecimiento del testador²⁹.

La opinión de POTHIER se vio reflejada en los artículos 1040 y 1041 del *Code* que, si bien no se referían expresamente a la cuestión de si el término incierto equivalía o no a una condición, ponían de manifiesto que la consideración como término o condición dependía de si el plazo se había impuesto a la misma disposición, o solamente a su ejecución. Esta idea fue seguida por la mayoría de los juristas posteriores al *Code*, entre ellos LAURENT³⁰ y TOULLIER³¹.

El régimen de los artículos 1040 y 1041 del Código civil francés fue también adoptado en el Código civil italiano de 1865³². Si bien la doctrina todavía hacía referencia a la regla romana de que el término incierto en el cuándo se consideraba condición³³, si este no afectaba a la existencia misma del legado, sino que simplemente posponía su exigibilidad, se consideraba un término, de tal manera que el legatario adquiría el derecho al legado a partir de la muerte del testador, y si fallecía antes de la llegada del término transmitía tal derecho a sus herederos³⁴.

D) La regla de que el término incierto en el cuándo equivale a condición: su análisis a partir del Derecho civil catalán

El Derecho sucesorio catalán regula explícitamente el régimen del término incierto en el cuándo, con unos efectos que, como se verá en el epígrafe siguiente, en el fondo no difieren de la opinión mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia españolas.

a) La formulación de la regla

El Código civil de Cataluña, siguiendo la tradición jurídica³⁵, y lo dispuesto en sus precedentes³⁶, establece en el artículo 423-13.2 que “En el testamento, el

plazo incierto implica condición, salvo que se pueda colegir que la voluntad del testador es otra. Por lo tanto, se entiende que la institución de heredero ordenada para después de la muerte de otra persona es hecha bajo la condición que sobreviva el instituido³⁷. Y el artículo 426-4.2 reitera esta regla con relación a los fideicomisos: “Los fideicomisos ordenados para después de la muerte del fiduciario tienen el carácter de condicionales, salvo que la voluntad del fideicomitente sea otra”.

Por tanto, en el Derecho sucesorio catalán el plazo incierto se considera una condición, salvo que se pueda acreditar que la voluntad del testador era la de establecer un plazo. Los artículos 423-13.2 y 426-4.2 establecen una norma interpretativa de la voluntad del testador, en la que tanto la regla general —“el plazo incierto implica una condición”— como su excepción —“salvo que pueda deducirse que la voluntad del testador es otra”— resultan igualmente relevantes. La norma quiere decir que, aunque exista una apariencia de plazo —“a partir de (la muerte)” — se presume que se está imponiendo la condición de sobrevivencia del instituido. Pero de las palabras del testador también puede interpretarse que se está ante un plazo: “Lego a mi hijo la casa que se le entregará cuando muera mi esposa”; en este caso, el fallecimiento del legatario antes de la llegada del término implicará que, llegado el momento, “el derecho legado se transmite a sus sucesores” (artículo 427-12.2 CCCat)³⁸.

El ejemplo clásico de una institución testamentaria sujeta a un plazo incierto es la designación de heredero a partir del fallecimiento de una persona que, según las normas mencionadas, se considera sujeta a la condición de que el instituido sobreviva a dicha persona. No obstante, si el acontecimiento *incertus quando* fuera otro, debería aplicarse la misma regla³⁹.

b) Efectos

Las consecuencias de considerar el plazo incierto como una condición o como un término afectan el destino de la herencia si el instituido fallece antes del cumplimiento del plazo. Si se califica como una condición —que consistiría en la supervivencia del instituido respecto a una persona—, el fallecimiento previo de aquel implicaría el incumplimiento de la condición, haciendo ineficaz la institución. En consecuencia, ni el instituido ni sus sucesores adquirirían la herencia⁴⁰. Si se trata de una institución de heredero, se produciría una vacante en la herencia, que debería resolverse conforme a las reglas generales (llamamiento, en su caso, al sustituto vulgar designado por el testador, acrecimiento a favor de otro coheredero llamado conjuntamente o, en su defecto, a los otros coherederos por aplicación del principio *nemo pro parte* o, en última instancia, apertura de la

sucesión intestada si no había otro heredero testamentario). Si lo que se dispuso fue un legado, la vacante aprovecharía a la persona gravada, salvo que se hubiese designado un sustituto vulgar o pudiese operar el derecho de acrecer por tratarse de un llamamiento conjunto.

En cambio, si el plazo incierto se considera término, y se trata de una institución de heredero, el término se entenderá como no puesto, y el heredero adquirirá la herencia no a partir de la llegada del término sino desde la apertura de la sucesión, lo que parece contradecir la voluntad del testador. Sí se admite el término en los legados y fideicomisos, en los que se trasmite el derecho a los sucesores del instituido si este fallece antes de su llegada⁴¹.

E) Código civil español

El Código Civil español no contiene ninguna disposición que regule expresamente la consideración del plazo incierto en las disposiciones testamentarias⁴². Sin embargo, un sector de la doctrina sostiene que el artículo 799, aunque literalmente se refiere a la condición suspensiva, aborda en realidad las consecuencias del plazo incierto en dichas disposiciones, debido a su aparente contradicción con el artículo 759⁴³. Si se admite que, en las instituciones a término, la muerte del instituido antes de la llegada del término produce la transmisión de su derecho a sus herederos, de ello se deduce que el artículo 799 parte del supuesto de que el término incierto es realmente un término y no una condición, puesto que contempla expresamente dicha transmisión: “La condición suspensiva [léase el término incierto] no impide al heredero o legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos a sus herederos, aun antes de que se verifique su cumplimiento”. Así lo entendió la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1959 (RJ 1959\1496): “Para salvar la contradicción que existe con lo dispuesto en el artículo 759, según el cual el heredero o legatario que muera antes que la condición se cumpla aunque sobreviva el testador, no transmite derecho alguno a sus herederos, *ha de entenderse que en el artículo 799 no se emplea la palabra “condición” en su sentido estricto, sino que hace referencia a un término a plazo cuyo vencimiento se determina por el fallecimiento de una persona, que necesariamente ha de acaecer, aunque se ignore cuándo, y cuyo efecto, mientras el vencimiento no llega, es suspender la efectividad de la institución pero sin impedir la creación de derechos a favor del sustituido, transmisibles a sus herederos desde el fallecimiento del testador*».

Otros autores, en cambio, se sitúan, con diferentes matices, en la línea de los autores franceses que atienden a la voluntad del testador para dilucidar si el término incierto se considera término o condición. ROCA SASTRE (1970,

339) lamentaba el silencio del Código civil al respecto, y señalaba que “nada costaba (sobre todo después de tanto imitar al Código civil francés), destacar tal prevalencia lógica de la voluntad del testador en el correspondiente articulado del Código civil”; en el mismo sentido, ALBALADEJO consideraba que la cuestión depende de la voluntad del causante, que habrá querido término si fijó el día considerándolo en su aspecto de seguridad de que llegará, y habrá querido condición si su voluntad es que el instituido deba sobrevivir al llegar el momento de la muerte o de otro acontecimiento *incertus quando*⁴⁴. Asimismo, el Tribunal Supremo también ha atendido en algunas sentencias a la voluntad del testador para discernir si al término incierto se le debe dar el trato de término o de condición; en el caso resuelto por la sentencia de 17 marzo 1934 (RJ 1934\466), afirmó que el legado para después de la muerte de la heredera —término incierto— se considera condicional, en tanto que la suspensión afecta no a la ejecución de la disposición, sino a la disposición misma, de manera que el fallecimiento de la legataria antes que la heredera no dio lugar al llamamiento a los herederos de aquella sino al acrecimiento a favor de los demás legatarios⁴⁵.

Ambas tesis son conciliables. Aunque se admita que el artículo 799 se refiere al término incierto, y que por tanto se pueda partir de la base de que si el instituido fallece antes de la llegada del término su derecho se transmitirá a sus herederos, dicha transmisión no tendrá lugar si de la voluntad del testador resulta que el término (incierto) no se ha establecido para aplazar la ejecución de la disposición, sino que afecta a la disposición misma.

4. LA DISTINCIÓN ENTRE LA INSTITUCIÓN A PLAZO Y EL FIDEICOMISO

La institución testamentaria a término plantea asimismo la cuestión de su delimitación con el fideicomiso, en el cual el instituido también lo es hasta la llegada de un término (el fiduciario), o a partir de un término (el fideicomisario). A continuación, se analizarán en primer lugar las diferencias de régimen entre estas dos figuras y, posteriormente, los criterios para identificar una y otra.

A) Diferencias entre la institución hereditaria a plazo y la sustitución fideicomisaria

La institución a plazo y el fideicomiso, aunque presentan muchas similitudes, no generan unos efectos completamente idénticos, sino que se diferencian en dos aspectos esenciales: las consecuencias derivadas de la vacante del primer llamado, y la capacidad sucesoria del titular sucesivo.

a) Las consecuencias de la falta del primer llamado antes de transcurrir el plazo

En el fideicomiso, el fideicomisario adquiere la herencia a partir del cumplimiento de un plazo, no antes, porque el testador ha dispuesto que esta se atribuya inicialmente al fiduciario durante un tiempo determinado. Los derechos del fiduciario y del fideicomisario se encuentran mutuamente limitados, de modo que, si uno de ellos falta, el otro asume la totalidad de la herencia correspondiente⁴⁶.

En contraste, en la institución a término, si el primer titular fallece antes del plazo establecido, su derecho no se transfiere automáticamente al titular sucesivo. Si no llegó a adquirir la herencia, se aplican las reglas generales sobre vacantes hereditarias; pero si, habiéndola adquirido, fallece antes del término, serán sus herederos quienes la reciban hasta el cumplimiento de dicho plazo⁴⁷. Esto se debe a que, en la institución a término, el límite temporal refleja, más que un propósito expreso de favorecer al titular sucesivo al llegar el plazo, la intención del testador de restringir el derecho del primer beneficiario.

Por lo tanto, en el fideicomiso, si el fiduciario falta antes del plazo, la herencia puede pasar anticipadamente al fideicomisario; en cambio, en la institución a término, el plazo debe respetarse⁴⁸. Esta es la regla general que, sin embargo, no impide que el testador disponga otra cosa; por ejemplo, aun habiendo ordenado un fideicomiso, podría establecer que el titular sucesivo no adquiriese la herencia hasta el cumplimiento del plazo, nombrando un sustituto vulgar para el caso en que el fiduciario no llegase a adquirir⁴⁹.

b) La capacidad sucesoria del titular sucesivo

La segunda diferencia radica en la capacidad sucesoria del titular sucesivo. En el fideicomiso, el fideicomisario puede no estar ni siquiera concebido cuando fallece el testador, conforme al artículo 781 del Código civil, que permite la transmisión de la herencia a un tercero siempre que no pase del “segundo grado”, aunque dicho tercero no esté vivo o concebido al tiempo del fallecimiento del testador⁵⁰; precisamente esta es una de las razones de ser del fideicomiso. En cambio, la capacidad tanto del heredero a plazo suspensivo como del sucesor legítimo en la institución a plazo resolutorio se debe apreciar en el momento en el que se abre la sucesión; por tanto, solamente podrá ser titular sucesivo la persona que está viva o concebida al tiempo del fallecimiento del causante.

B) Identificación de la disposición como institución a plazo o como fideicomiso

Una vez delimitada la institución a término respecto al fideicomiso, la dificultad está en discernir cuándo el testador quiso ordenar un fideicomiso y no una institución a término a pesar de no utilizar aquel término. Distinguiremos dos

supuestos, en función de si el testador ha designado o no el heredero que deba serlo hasta llegar al término o cuando este finalice⁵¹.

a) Designación por el testador de un primer y un segundo heredero

Se trataría del caso en el que el testador hace, por ejemplo, la siguiente disposición: “Instituyo heredero B a partir del año 2030; hasta que llegue este momento, será heredero A”⁵². ¿Se trata de una institución a término suspensivo a favor de B (y a término resolutorio a favor de A), o estamos ante un fideicomiso en el que A es heredero fiduciario y B es fideicomisario?

El Código civil español prohíbe, aparentemente, los fideicomisos tácitos. Así se podría deducir del artículo 783, que en su inciso inicial dispone que “Para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria, deberán ser *expresos*”, y del apartado primero del artículo 785, que empieza diciendo que “No surtirán efecto: 1.º Las sustituciones fideicomisarias *que no se hagan de manera expresa* [...]”. No obstante, la norma del artículo 783 de que los fideicomisos deben ser expresos ha de interpretarse, siguiendo a CÁMARA LAPUENTE (2010, 896), en el sentido de que lo que se prohíbe son los “llamamientos conjeturales o implícitos a la sustitución fideicomisaria”. Además, el artículo 785 admite que la sustitución fideicomisaria podrá hacerse bien “dándole este nombre”, o “imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero”. De lo anterior se desprende que, para establecer un fideicomiso, no es necesario emplear expresamente el término “sustitución fideicomisaria” o equivalentes, sino que basta con que la voluntad del testador refleje esta intención, por ejemplo, al designar sucesiva y temporalmente a varias personas como herederos⁵³. Por tanto, los términos utilizados en la disposición no son determinantes para calificarla como fideicomiso o institución a término. La mera designación de un primer y un segundo heredero puede configurar un fideicomiso, aunque no se emplee dicha denominación⁵⁴. En este sentido, LACRUZ afirmaba que “cuando haya realmente institución a plazo es cuestión de interpretación de la voluntad del causante: en particular, cuando el testador ha designado expresamente a ambos llamados, hasta y a partir de un día cierto o incierto, será probable que nos hallemos ante una sustitución fideicomisaria”⁵⁵. En definitiva, para discernir si estamos ante una institución a plazo o ante un fideicomiso deberá interpretarse la voluntad del testador, aunque el mero hecho de nombrar un primero y un segundo heredero constituye un indicio casi decisivo de que se pretendió establecer un fideicomiso.

b) La falta de designación de primero o ulterior heredero

Si el testador se limita a establecer un plazo, ya sea suspensivo o resolutorio, para el instituido a término, sin designar un primer o ulterior heredero, resulta

claro que está disponiendo una institución a término y no un fideicomiso⁵⁶. Este es el supuesto contemplado en el artículo 805 del Código Civil, que admite la validez de la institución en la que el testador ha ordenado una institución de heredero o un legado a partir o hasta cierto plazo; la falta de designación por el testador del primer o ulterior heredero la suple la Ley al establecer que, hasta que llegue el término o cuando este concluya, “se entenderá llamado el sucesor legítimo”⁵⁷.

5. EL “SUCESOR LEGÍTIMO”

Mientras no llega el término señalado en la institución a plazo inicial o suspensivo, o al concluir el plazo final o resolutorio, la herencia tiene un titular, distinto del instituido, a quien el segundo apartado del artículo 805 denomina “sucesor legítimo”.

A) El llamamiento legal al “sucesor legítimo” cuando se instituye un heredero a plazo

a) El llamamiento al “sucesor legítimo” es legal, no testamentario

El llamamiento al “sucesor legítimo” lo ordena la ley, y no el testador de manera tácita. A pesar de que el testador pueda ser perfectamente consciente —sobre la base de la irretroactividad del término y la necesidad de que el patrimonio hereditario tenga, en todo momento, un titular— de que el hecho de instituir un heredero a término supondrá, hasta que llegue el plazo o cuando este concluya, el llamamiento al “sucesor legítimo”, ello no implica, salvo que así se desprenda claramente de la voluntad del testador, la existencia de una voluntad testamentaria de instituir tácitamente a los herederos que lo sean conforme a las reglas de la sucesión intestada⁵⁸. El Código civil español, a diferencia del Código civil de Cataluña⁵⁹, no contempla, cuando menos de manera expresa, los llamamientos testamentarios tácitos a los herederos que sucederían según el orden establecido para la sucesión intestada.

b) El “sucesor legítimo” es el heredero llamado a la herencia intestada del causante en el momento de su fallecimiento

El “sucesor legítimo” se caracteriza por dos notas: 1.ª) ser sucesor del testador; y 2.ª) determinarse en el momento de su fallecimiento. Esto resulta evidente cuando el plazo es suspensivo, pero no tanto si es resolutorio.

El sucesor legítimo se determina conforme al orden de llamamientos en la sucesión intestada del testador, tanto si el término es suspensivo como resolu-

torio. En este último caso, el “sucesor legítimo” también lo es del causante, y no del heredero a término, por varias razones. En primer lugar, y salvo que el término final venga fijado por la propia muerte del heredero a término, porque este puede no haber fallecido al llegar el plazo, en cuyo caso no tendrá herederos legales; en cambio, quien seguro los tendrá es el causante de la sucesión. Además, el heredero a término final agota su derecho a la llegada del término. Y, finalmente, porque el segundo apartado del artículo 805 llama al sucesor legítimo “en ambos casos”, sin hacer ninguna distinción según el término sea inicial o final, por lo que no es razonable considerar que en un caso el sucesor legítimo lo es del causante, y en otro del heredero⁶⁰.

En cuanto al momento de determinación del “sucesor legítimo”, si el término es suspensivo, no cabe duda de que se llamará a quien sea el heredero designado conforme a las reglas de la sucesión intestada en el momento de la muerte del testador⁶¹. Lo mismo sucederá si el término es resolutorio: a su llegada la herencia se deferirá a quien sería llamado como heredero en la sucesión intestada del causante en el momento de su muerte, y no al que lo sea al llegar el término⁶²; téngase en cuenta que los efectos jurídicos del llamamiento al “sucesor legítimo” no nacen al llegar el término, sino cuando fallece el testador: el que denominamos “titular sucesivo” es titular de un derecho o de una expectativa que, hasta que llegue el plazo, goza de protección y es transmisible⁶³.

c) El sucesor legítimo también es heredero

Cuando el testador instituye un heredero a plazo, sea suspensivo o resolutorio, no cabe duda de que el instituido es heredero, tanto por la *assignatio* (universal) como por el *nomen* (heredero). ¿Es también heredero el sucesor legítimo, que no es designado directamente por el testador, sino que viene determinado por la Ley? La duda se plantea porque para algunos autores, como VALLET DE GOYTISOLO (1956, 821), la subrogación del heredero en la posición jurídica del causante, que resulta de los artículos 660 y 661 del Código civil, es un fenómeno que no se puede reproducir: “Del mismo modo que quien nace y reúne las condiciones exigidas para ser persona no puede dejar nunca de haber sido persona, el que ha sucedido *in loco ius* tampoco puede dejar nunca de haber sido heredero. Este es el sentido del principio *semel heres semper heres*: el que ha sido heredero no puede deshacer su *successio in ius*”⁶⁴.

En la institución a término suspensivo, en la que el testador instituye un heredero a partir de cierta fecha, hasta que llega esta fecha “se entiende llamado el sucesor legítimo”, que también tiene la consideración de heredero. El sucesor legítimo no es un mero administrador de los bienes ajenos, al cual se le encarga

ejecutar la voluntad del causante, pagar las deudas hereditarias con el patrimonio relicto, y conservar los bienes hasta la llegada del plazo, sino que es un heredero que adquiere la propiedad de los bienes del causante y responde, incluso con su patrimonio personal, de las deudas y cargas hereditarias⁶⁵.

Si el término impuesto al heredero a plazo es resolutorio, en el que al llegar el plazo se llama también al sucesor legítimo, la continuidad en las relaciones jurídicas del causante ya no es tan evidente, ni en el activo ni en el pasivo, ya que algunos de los bienes que integraban la herencia pueden haber sido enajenados —por ejemplo, para pagar las legítimas, o porque no son susceptibles de conservación sin deterioro—, y las deudas del causante pueden ya haber sido satisfechas. La posición del sucesor legítimo se asemeja en este caso a la del fideicomisario, respecto del cual algunos autores como VALLET DE GOYTISOLO (1956, 837) han negado su condición de heredero, calificándolo, conforme a los argumentos antes expuestos, como un legatario de parte alícuota⁶⁶, en contra de la opinión de la mayoría de la doctrina que sí considera que el fideicomisario es heredero, entre ellos MANRESA (1921, 144), ROCA SASTRE (2009, 95), ALBALADEJO (1984, 152-154), TORRALBA SORIANO (1993, 1926), GALICIA AIZPURUA (2013, 5724) y LACRUZ (1981, 335, 339)⁶⁷. Sin embargo, cuando llega el plazo pueden subsistir deudas aún no pagadas, respecto a las cuales el sucesor legítimo deberá responder incluso con su patrimonio si no aceptó a beneficio de inventario⁶⁸, y podrían quedar funciones ejecutorias pendientes, las cuales solo podrían ser asumidas por el sucesor legítimo en virtud de su condición de heredero⁶⁹.

B) En el legado a plazo, hasta que llegue el plazo o cuando este concluya, se llama a la persona gravada con el legado

El tenor literal del artículo 805 podría sugerir que, mientras llega el término fijado o cuando este concluya, se llama al “sucesor legítimo”, tanto si se ha instituido un heredero como si se ha ordenado un legado⁷⁰. El precepto no distingue entre la institución universal y la singular y, cuando el apartado segundo dice que “*en ambos casos*, hasta que llegue el término señalado, o cuando este concluya, se entenderá llamado el sucesor legítimo”, la expresión *ambos casos* podría interpretarse como referida a “la institución de heredero o del legado”, mencionadas al final del primer apartado del artículo 805.

Sin embargo, el llamamiento al sucesor legítimo se limita exclusivamente al caso en que el instituido a plazo es un heredero, y la expresión *ambos casos* se refiere a que el término puede ser tanto suspensivo como resolutorio (“hasta que llegue el término señalado, o cuando este concluya”). Si el instituido a plazo

es legatario, mientras no llega o no transcurre el término fijado, el llamamiento recae en la persona gravada con el legado, que puede ser uno o varios herederos⁷¹ —testamentarios, intestados⁷², testamentarios e intestados (art. 658.II CC)⁷³—, o incluso otro legatario⁷⁴.

6. LA DELACIÓN A FAVOR DEL TITULAR SUCESIVO

Cuando se instituye un heredero sujeto a un plazo suspensivo, al fallecer el testador, el “sucesor legítimo” adquiere la delación⁷⁵, lo que le permite aceptar y adquirir la herencia. En este caso, ¿puede el heredero instituido a plazo suspensivo aceptar la herencia antes de que se cumpla el plazo? Y, de ser así, ¿implica ello que dicho heredero tiene delación? Las mismas cuestiones surgen cuando el plazo es resolutorio respecto al sucesor legítimo. En esencia, se trata de determinar si el “titular sucesivo” —ya sea el heredero instituido a plazo suspensivo o el sucesor legítimo en caso de plazo resolutorio— tiene delación.

A) Concepto de delación

La respuesta a las cuestiones planteadas requiere, en primer lugar, aclarar el concepto de delación. En la doctrina española, existen dos posturas principales, que no resultan del todo incompatibles: una considera la delación como el derecho a aceptar o repudiar la herencia, mientras que la otra la define como el ofrecimiento de dicha herencia.

Algunos autores como DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS (1994, 329) definen la delación como el “poder de aceptar o repudiar la herencia”. En términos similares, GARCÍA GARCÍA (1996, 155) la describe como “la atribución de la facultad de aceptar o repudiar la herencia o legado que reconoce la ley a aquellos que han recibido una vocación efectiva”. También GARRIDO MELERO (2009, 649) señala que la delación “concede al vocado el derecho de aceptar o repudiar la herencia (*ius delationis*)”.

Por el contrario, la doctrina mayoritaria considera que la delación no se limita a la legitimación para aceptar la herencia, sino que incluye la posibilidad de adquirirla mediante dicha aceptación. Así, ALBALADEJO (1997, 34) la define como “la atribución actual del derecho a convertirse ya en heredero mediante la aceptación de la herencia”, y en apoyo de su postura cita Digesto 50,16,151, que reza *Delata hereditas intelligitur quam quis possit adeundo consequi*, es decir, “Se considera deferida una herencia cuando se puede adquirir por la aceptación”. La misma cita utiliza LACRUZ (1981, 43), quien afirma que “la delación no es sino poner la herencia a disposición del llamado”, y la define como el “ofrecimiento de la he-

rencia”⁷⁶. También VALLET DE GOYTISOLO (1985, 295) se refiere a la delación como “el ofrecimiento de la herencia al llamado”. El Tribunal Supremo refuerza esta interpretación en su sentencia de 2 de julio de 2014, al definir la delación como “el ofrecimiento concreto de la herencia que puede ser aceptada”⁷⁷.

En la mayoría de los casos, ambas posturas conducen a resultados coincidentes, dado que la aceptación generalmente implica la adquisición de la herencia. Sin embargo, la distinción resulta relevante cuando es el titular sucesivo quien acepta la herencia.

B) La aceptación de la herencia por el titular sucesivo. El artículo 991 del Código civil

El artículo 991 del Código civil dispone 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*”. La exigencia de *certeza* sobre el derecho a la herencia se ha interpretado en el sentido de que tal certeza existe en la institución a plazo, dado que la llegada del plazo es segura⁷⁸, pero no en la institución bajo condición, cuya realización es incierta⁷⁹. Consecuentemente, y conforme a tal interpretación, el titular sucesivo puede, antes de la llegada del plazo, aceptar o repudiar la herencia⁸⁰, lo que determina que, conforme al artículo 1005 del Código civil, pueda ser interrogado a este respecto⁸¹.

C) El titular sucesivo ¿tiene delación?

Si, como se acaba de apuntar, el titular sucesivo puede aceptar o repudiar la herencia, que tenga o no delación dependerá de la posición que se adopte sobre este concepto. Para la corriente doctrinal que identifica la delación con el ofrecimiento de la herencia, el titular sucesivo no tendría delación⁸², mientras que sí la poseería para los que la limitan a la legitimación para aceptar la herencia o repudiarla⁸³. No obstante, incluso aunque se siga la primera postura —que asocia la delación al ofrecimiento de la herencia—, considero que el titular sucesivo sí tiene delación, por dos razones. La primera porque, si acepta, adquirirá la herencia, no inmediatamente pero sí con certeza, a la llegada del plazo; esa certeza es precisamente lo que permite que el derecho del titular sucesivo sea transmisible *mortis causa* si este fallece antes de la llegada del plazo. Y la segunda, porque la aceptación de la herencia no le otorga únicamente una titularidad futura o una mera expectativa, sino un derecho real de adquisición, del cual puede disponer por actos entre vivos o por causa de muerte, e inscribirlo en el Registro de la Propiedad en virtud de su naturaleza real⁸⁴.

7. EL PAGO DE LAS DEUDAS HEREDITARIAS

En la institución hereditaria a plazo, tanto el primer titular como el titular sucesivo adquieren la herencia como un todo, sucediendo al causante en sus relaciones jurídicas transmisibles. Esto implica que no solo reciben el activo hereditario, sino también el pasivo, compuesto por las deudas del causante y las cargas derivadas de la sucesión.

La responsabilidad de ambos titulares no es simultánea, sino sucesiva, vinculada a la adquisición de la propiedad de los bienes hereditarios. Dado que la mayoría de las deudas y cargas hereditarias deben liquidarse poco después del fallecimiento del causante, corresponde al primer titular responder por ellas. Sin embargo, si al llegar el plazo persiste pasivo pendiente, será el titular sucesivo quien deba asumirlo. Un ejemplo claro es el pago de deudas con garantía hipotecaria, cuyas cuotas se satisfacen periódicamente: el primer titular cubrirá las cuotas hasta el cumplimiento del plazo, mientras que el titular sucesivo responderá por las posteriores. Si el primer titular ha utilizado recursos propios para pagar dichas cuotas, podrá reclamar su reembolso al titular sucesivo al llegar el plazo.

El pago de las deudas y cargas hereditarias no es a cargo del patrimonio personal del heredero, sino que se pueden satisfacer con el activo hereditario, lo que genera las siguientes consecuencias:

1.^a El titular inicial puede enajenar bienes hereditarios para liquidar el pasivo. Si el titular sucesivo ya ha aceptado la herencia, se precisa su consentimiento⁸⁵; si todavía no ha ejercido la delación, considero que el titular inicial podría realizar el acto dispositivo por sí solo, con el deber de notificarlo al titular sucesivo⁸⁶.

2.^a Si el titular inicial satisface las deudas con su patrimonio personal, al llegar el plazo tendrá un derecho de crédito contra el titular sucesivo por el importe nominal de lo pagado⁸⁷.

3.^a Tanto el primer titular como el titular sucesivo pueden aceptar la herencia a beneficio de inventario; si optan por aceptar pura y simplemente, su responsabilidad por el pago de las deudas hereditarias no está limitada *ex lege*⁸⁸.

III. EL ESTATUTO JURÍDICO REAL DE LOS SUJETOS IMPLICADOS

En toda institución a término concurren dos titulares: el instituido a plazo y el sucesor legítimo. En el caso de un término suspensivo, el primer titular es el sucesor legítimo y el segundo es el instituido a plazo; si el término es resolutorio, el instituido a plazo es el primer titular. Mientras el plazo está pendiente, coexisten el derecho de propiedad temporal del primer titular (denominado “propieta-

rio temporal”) y el derecho o expectativa del titular posterior (designado como “titular sucesivo”)⁸⁹. Una vez cumplido el plazo, el titular sucesivo adquiere la propiedad plena, extinguiéndose la titularidad temporal del primer titular⁹⁰.

1. LA NATURALEZA DEL DERECHO DEL INSTITUIDO Y DEL SUCESOR LEGÍTIMO

En la institución a plazo coexisten la propiedad temporal del primer titular y el derecho de adquisición del titular sucesivo.

A) *La propiedad temporal del primer titular*

Desde el fallecimiento del testador hasta la llegada del plazo, la titularidad de la herencia o de los bienes legados corresponde al instituido a plazo, si el término es resolutorio, o al “sucesor legítimo” o a la persona gravada con el legado si el plazo es suspensivo. Se les atribuye una titularidad temporal de los bienes, que llegado el plazo harán tránsito al “titular sucesivo”.

La propiedad temporal, entendida como aquella sometida inexorablemente a un plazo, combina dos elementos que pueden generar intereses contrapuestos: por un lado, la facultad de gozar y disponer del bien, propia del propietario (art. 348 CC); por otro, la obligación de restituir el bien al llegar el plazo.

La obligación de restitución ha llevado a algunos autores a intentar asimilar el estatuto del propietario temporal al de otros poseedores de bienes sujetos a la misma obligación. MANRESA (1921, 225) consideraba al propietario temporal como un mero usufructuario, argumentando que “ha de conservar los bienes objeto de la institución para hacer entrega de ellos al instituido a término, y como tal, no podrá entrar en posesión de dichos bienes, sino después de prestar la caución correspondiente”. En la misma línea, MUCIUS SCAEVOLA (1897, 676) sostenía que la institución a término, incluso cuando el primer heredero es designado por el testador, era “una división entre el usufructo, que corresponde al primer heredero, y la propiedad, que corresponde al último”. Así, si el sucesor legítimo (el titular inicial) no era más que un usufructuario, el (nudo) propietario (titular sucesivo) era el heredero a término (suspensivo)⁹¹.

No obstante, la mayoría de la doctrina ha identificado el primer titular con el fiduciario⁹². Aunque existen claras analogías con el usufructo debido a la obligación de restitución, tanto el fiduciario como el titular inicial deben calificarse como “propietario temporal”. En este sentido, VALLET (1956, 833) describía al heredero sujeto a sustitución fideicomisaria como *propietario temporal* o como *dominus ad tempus*, mientras ALBALADEJO (1993, 1925) afirmaba que: “El fiduciario puede ciertamente disponer por sí solo y sin más del derecho que tiene

de *propiedad temporal*⁹³. Dado el principio de irretroactividad del término y la necesidad de que los bienes tengan siempre un propietario, el titular inicial en la institución a término —ya sea el sucesor legítimo en un plazo suspensivo, la persona gravada con un legado a término suspensivo o el instituido en un plazo resolutorio— es, al igual que el fiduciario, propietario de los bienes hasta el cumplimiento del plazo⁹³. Sin embargo, su condición de propietario temporal implica obligaciones específicas, inexistentes en el propietario ordinario, destinadas a proteger los derechos del titular sucesivo.

B) El derecho de adquisición del titular sucesivo

El titular sucesivo es, si el plazo es suspensivo, el instituido, mientras que si el plazo es resolutorio lo es el “sucesor legítimo” si se trata de una institución de heredero, o la persona gravada si se ordena un legado. Tras el fallecimiento del testador el titular sucesivo recibe la delación⁹⁴, lo que le permite no solo aceptar o repudiar la institución, sino también adquirir su derecho a la herencia o el legado. En función de su decisión de aceptar, repudiar o no pronunciarse, las consecuencias son las siguientes:

a) Si el titular sucesivo acepta, adquiere de manera irrevocable un derecho real de adquisición sobre la herencia o el legado, que se materializará al cumplirse el plazo. Este derecho presenta las siguientes características:

- Es un derecho real, y no una mera expectativa, del cual puede disponer, tanto mediante actos entre vivos, a título oneroso o gratuito, como por causa de muerte.
- Si el titular sucesivo fallece antes de la llegada del plazo, este derecho real se integra en su caudal relicto y se transmite a sus sucesores, universales o particulares.
- Permite exigir las medidas oportunas para su protección.
- La adquisición de la propiedad se produce de forma automática al llegar el plazo, sin requerir el ejercicio activo del derecho por parte del titular.

b) Mientras no se ejerza la delación, el titular sucesivo ostenta una expectativa que, aunque no equivale al derecho real de adquisición, comparte ciertas características:

- Es transmisible por causa de muerte, conforme a la regla general del artículo 1006 del Código civil y por analogía con el artículo 784 en materia de fideicomiso⁹⁵; la transmisión por actos entre vivos implicaría una aceptación tácita.
- Tiene acceso al Registro de la Propiedad⁹⁶.

- Permite al titular sucesivo ejercitar las acciones correspondientes en defensa de su expectativa.
- c) Si repudia, se genera una vacante que se resolverá conforme a las reglas generales aplicables.

2. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO DEL DERECHO DEL TITULAR SUCESIVO. LA PRESTACIÓN DE CAUCIÓN

La única medida de protección del derecho del titular sucesivo que está prevista por la Ley es la prestación de caución (art. 805 CC)⁹⁷. A continuación, se analiza quienes están obligados a prestarla, en qué consiste dicha caución, y las consecuencias en caso de que no se preste.

A) ¿Quién está obligado a prestar caución?

La caución es una medida encaminada a proteger el derecho de todo titular sucesivo para garantizar que los bienes a restituir no desaparezcan o se deterioren antes de la llegada del plazo. Sin embargo, el artículo 805 solo impone, de manera expresa, la prestación de dicha caución al sucesor legítimo en la institución a término suspensivo, cuando dispone en su apartado segundo que “En ambos casos [término suspensivo o resolutorio], hasta que llegue el término señalado, o cuando éste concluya, se entenderá llamado el sucesor legítimo. Mas *en el primer caso*, no entrará éste en posesión de los bienes sino después de prestar caución suficiente, con intervención del instituido”. El precepto plantea la duda de si debe atenerse a su tenor literal, que únicamente prevé que la deba prestar el sucesor legítimo en la institución a plazo suspensivo, o si la prestación de caución es una obligación inherente a todo propietario temporal, con lo que también la debería proporcionar el heredero testamentario instituido a plazo resolutorio. Para resolver la cuestión hay que partir de la base de que la norma analizada es de carácter dispositivo, de manera que el testador podría dispensar la prestación de caución al sucesor legítimo, o exigirla a todo titular temporal. Como se ha señalado, aparentemente el artículo 805 solamente la exige al sucesor legítimo; en este sentido, GALICIA AIZPURÚA (2013, 5828-5829) considera que la diferencia de trato entre el sucesor legítimo y el heredero instituido a término resolutorio “se aparece, más bien, como una decisión consciente y deliberada del legislador, adoptada en atención a la singular naturaleza de la vocación intestada, mediante la cual solo se persigue evitar, en última instancia, la vacante de las posiciones jurídicas que el causante ocupó durante su vida”⁹⁸. En cambio, otros autores, con cuya postura coincido, consideran que también el heredero institui-

do a plazo resolutorio debe prestar caución, interpretación que se fundamenta en la aplicación de los principios generales⁹⁹, y en el espíritu de la ley¹⁰⁰; además, la analogía con el artículo 800 del Código civil refuerza esta interpretación, ya que dicho precepto exige caución al heredero testamentario sujeto a condición resolutoria, cuya obligación de restituir es incierta por depender del cumplimiento de la condición¹⁰¹, por lo que, con mayor razón, debería prestar caución el instituido a plazo resolutorio, que con certeza deberá restituir al llegar el plazo¹⁰².

B) Consecuencias de la falta de prestación de la caución

Si el propietario temporal no presta la caución requerida, no podrá tomar posesión de los bienes, según se deduce del inciso final del segundo apartado del artículo 805. Por la aplicación analógica del artículo 801 con relación a la institución condicional, dichos bienes serán puestos en administración hasta que llegue el término establecido. Esta es la postura mayoritaria de la doctrina (ALBALADEJO [1984, 554-555], TORRALBA SORIANO [1993, 1973], GALICIA AIZPURUA [2013, 5827]¹⁰³), que considera aplicables a dicha administración los artículos 802 a 804 del Código civil¹⁰⁴. Esta solución resulta la más favorable para el propietario temporal, ya que, por su condición de propietario, percibirá los frutos de los bienes mientras se encuentren en administración¹⁰⁵. Dicha administración, por analogía con lo dispuesto en los artículos 802 y 803, corresponderá, en primer lugar, a otros propietarios temporales si existe entre ellos y el que no prestó caución una institución conjunta que permita el acrecimiento¹⁰⁶. En ausencia de otros propietarios temporales, la administración recaerá en el titular sucesivo, quien asimismo debería prestar caución¹⁰⁷; y en última instancia, se designará un administrador judicial¹⁰⁸.

C) ¿En qué consiste la caución?

El artículo 805 se limita a exigir al sucesor legítimo la prestación de caución, pero no especifica en qué consiste, ni aclara si su finalidad es garantizar la restitución de los bienes ante el riesgo de su desaparición, la indemnización por posibles daños o menoscabos, o ambas cosas a la vez. A esta omisión del artículo 805 se suma la insuficiencia del régimen del fideicomiso regulado en los artículos 781 a 789 del Código Civil, que no incluye ninguna norma que aluda a la prestación de caución por parte del fiduciario. Ante esta laguna, resulta pertinente considerar dos regímenes que podrían ofrecer soluciones: el del usufructo en el Código Civil español, basado en la obligación común de restitución, y el del fideicomiso en el Código Civil de Cataluña.

a) Las obligaciones del usufructuario de hacer inventario y afianzar

El Código civil español impone al usufructuario las obligaciones de realizar un inventario y prestar fianza. Así, el artículo 491 establece que “El usufructuario, antes de entrar en el goce de los bienes, está obligado: 1.º A formar, con citación del propietario o de su legítimo representante, inventario de todos ellos, haciendo tasar los muebles y describiendo el estado de los inmuebles. 2.º A prestar fianza, comprometiéndose a cumplir las obligaciones que le correspondan con arreglo a esta sección”. La fianza cumple una función indemnizatoria, cubriendo posibles daños o la desaparición de los bienes, mientras que el inventario acredita su existencia y estado al momento de la recepción. Ambas medidas resultan complementarias, y podrían ser aplicables para garantizar los derechos del titular sucesivo.

b) La caución del fiduciario en el Código civil de Cataluña

La función de la caución como mecanismo de aseguramiento, tanto frente al riesgo de desaparición como por los daños a los bienes a restituir, está regulada en el Código civil de Cataluña que, con relación al fideicomiso, establece un régimen que se adapta perfectamente a la institución a plazo del Código civil español¹⁰⁹.

b’) La “garantía” para el caso de desaparición de los bienes

El Código civil de Cataluña regula una “garantía” en seguridad de los bienes en riesgo de desaparición. El apartado primero del artículo 426-21 establece que “El fiduciario debe prestar garantía suficiente y a su cargo en seguridad de los bienes muebles fideicomisos, excluidos los no susceptibles de desaparición o enajenación y los que sean objeto de depósito o inversión”. Según este precepto y disposiciones concordantes, se establece el siguiente régimen de aseguramiento de los bienes fideicomisos:

- La regla general es que se debe prestar garantía en seguridad de los bienes muebles susceptibles de desaparición o enajenación.

- Como excepción a dicha regla general, no se requiere garantía para los bienes muebles que no sean susceptibles de desaparición o enajenación, ni para aquellos “objeto de depósito o inversión”. Esto se alinea con los apartados b) y c) del artículo 426-22.1, que obligan al fiduciario a “Invertir el dinero relicto sobrante, o los que se obtengan después, en depósitos bancarios o en bienes prudencialmente seguros”, y a “Depositar sin demora en un establecimiento

legalmente autorizado los valores mobiliarios y los demás activos financieros, haciendo constar en el resguardo la condición de fideicomisos, y, en el caso de valores anotados en cuenta, acreditar ante la entidad gestora que son objeto de un fideicomiso, para que se practique la inscripción correspondiente en el registro contable”¹¹⁰.

– Los inmuebles, al no poder “desaparecer”, no requieren garantía, pero sí pueden enajenarse; en este caso la medida de aseguramiento consiste, según la letra a) del apartado primero del artículo 426-22, en la inscripción del título sucesorio correspondiente en el Registro de la Propiedad con inserción literal de la cláusula fideicomisaria.

En síntesis, la garantía solo es exigible cuando existe riesgo de desaparición. Preferentemente, debe ser real; si es hipotecaria, se fijará una cantidad máxima de responsabilidad por los bienes fideicomisos (art. 569-41.1 CCCat). Si no se presta garantía real ni personal, “el fiduciario debe depositar los bienes muebles que debía garantizar, exceptuando los que necesite para uso propio o de su familia, para explotar los bienes del fideicomiso o para ejercer su profesión u oficio” (art. 426-21.2 CCCat).

b”) La “garantía” por el deterioro de los bienes

El Código civil de Cataluña también prevé una caución por el posible deterioro de los bienes¹¹¹. El apartado segundo del artículo 426-23 establece que “Si el fiduciario pone en peligro, disipa o daña gravemente los bienes fideicomisos, el fideicomisario puede exigirle garantía suficiente en seguridad del pago de la indemnización de los daños y perjuicios causados por sus actuaciones. Si se trata de un fideicomiso a plazo, el fideicomisario puede optar entre exigir la prestación de garantía o el tránsito inmediato de los bienes fideicomisos. En caso de que este tránsito no sea posible o se trate de un fideicomiso sometido a condición, si el fiduciario no presta garantía, el fideicomisario puede solicitar a la autoridad judicial que nombre a un administrador”. Esta garantía, por tanto, tiene como finalidad asegurar la indemnización por los daños y perjuicios derivados del comportamiento inadecuado del fiduciario.

c) Aplicación de los principios del Código civil de Cataluña a la institución testamentaria a plazo del Código civil español

En síntesis, el Código civil de Cataluña contempla dos garantías teóricamente diferenciadas para asegurar el derecho del fideicomisario: una destinada a prevenir la desaparición de los bienes, y otra dirigida a garantizar la indemniza-

ción por el deterioro. Sin embargo, si se presta la primera garantía, esta cubrirá también las posibles indemnizaciones, haciendo innecesaria la segunda. Aplicando los principios que se deducen del régimen del Código civil de Cataluña a la caución que, para asegurar el derecho del titular sucesivo, debe prestar el titular inicial antes de entrar en posesión de los bienes, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1.^a El dinero, los valores mobiliarios y otros activos financieros deben depositarse o invertirse de forma segura.

2.^a La titularidad temporal de los bienes inmuebles debe constar en el Registro de la Propiedad.

3.^a Para que pueda exigirse caución por el posible deterioro de los bienes no es suficiente un mero temor de que se produzcan los daños, sino que se requiere que el propietario temporal ponga en peligro los bienes o los dañe gravemente. Si no se presta “garantía suficiente”, los bienes no harán tránsito inmediato al titular sucesivo, sino que solamente se podrá solicitar el nombramiento de un administrador judicial.

3. RÉGIMEN DE LA INSTITUCIÓN A PLAZO ANTES DE LA LLEGADA DEL TÉRMINO

Una vez prestada la caución correspondiente, o adoptadas en su caso las medidas mencionadas en el apartado anterior, el “sucesor legítimo” en la institución a plazo suspensivo o el instituido a plazo resolutorio adquirirán la propiedad (temporal) de los bienes, mientras que el titular sucesivo tendrá un derecho real de adquisición.

A) La propiedad temporal del primer titular

El primer titular es propietario temporal de los bienes hereditarios. El calificativo de “temporal” acompaña necesaria e inseparablemente su derecho de propiedad, para dejar bien claro que las facultades que puede ejercer sobre los bienes como propietario deben ser compatibles con la obligación de restituirlos a la llegada del término; así lo expresa de manera bien clara el artículo 547-6.1 del Código civil de Cataluña: “El propietario temporal tiene todas las facultades del derecho de propiedad, sin más limitaciones que las derivadas de su duración y de la existencia del titular sucesivo”. La dificultad radica en conciliar su condición de propietario con las limitaciones derivadas de la temporalidad y del derecho de propiedad sucesivo¹¹². El estatuto del propietario temporal se sitúa en un punto intermedio, no necesariamente equidistante, entre el del usufructuario y el del propietario “ordinario”, con quienes cabe establecer la siguiente comparación:

a) El propietario temporal puede disfrutar del bien, y debe restituirlo al llegar el plazo, al igual que el usufructuario (arts. 467 y 522 CC). Sin embargo, a diferencia de este, que está obligado a “conservar la forma y sustancia” del bien (art. 467 CC)¹¹³, el propietario temporal no tiene tal restricción. Aunque esta distinción es clara en la teoría, su aplicación práctica resulta imprecisa. Podría afirmarse que el propietario temporal debe mantener la identidad del bien, pero tiene la facultad de transformarlo o modificarlo. Por ejemplo, en una finca con una plantación de pinos, el propietario temporal podría sustituir los pinos por viñedos, algo que el usufructuario no podría hacer; sin embargo, ni el propietario temporal ni el usufructuario podrían permutar la finca por otro bien, como un apartamento.

Otra diferencia se encuentra en el régimen de reparaciones “ordinarias”, es decir, las reparaciones que, conforme al apartado segundo del artículo 500 del Código civil, “exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación”. Mientras el usufructuario “está obligado a hacer las reparaciones ordinarias que necesiten las cosas dadas en usufructo” (art. 500 CC), considero que el propietario temporal no tiene dicha obligación¹¹⁴, salvo que, en cumplimiento de su obligación de restitución, las reparaciones sean imprescindibles para garantizar la existencia del bien¹¹⁵.

b) En cuanto a la distinción entre el propietario temporal y el propietario “ordinario”, la diferencia esencial radica en que el primero no puede “abusar” del bien, concepto amplio que abarca tanto su destrucción como los daños que se le causen por una conducta negligente o dolosa.

B) La protección del derecho del titular sucesivo

El titular sucesivo debe poder asegurarse de que, llegado el plazo, adquirirá la propiedad de los bienes sin que estos tengan más deterioros que los ocasionados por el uso ordinario, el transcurso del tiempo o un caso fortuito. Para ello, además de exigir al propietario temporal la caución prevista en el artículo 805 del Código Civil¹¹⁶, el titular sucesivo podrá, antes de la llegada del término, “ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho” (art. 1121.I CC)¹¹⁷, lo que le permitirá recabar información respecto al estado de los bienes¹¹⁸, y, en función de lo que averigüe, solicitar otras medidas de aseguramiento complementarias de las ya existentes, si fuera necesario¹¹⁹.

Además, el titular sucesivo puede reaccionar contra los actos realizados por el propietario temporal en fraude a su derecho, como la enajenación de bienes en concepto de libres. La inscripción en el Registro de la Propiedad de la temporalidad de la titularidad evitaría que, tratándose de bienes inmuebles, el adquirente quedase

protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria; en cambio, la anulación de un acto dispositivo sobre un bien mueble resultaría más compleja, debido a la posible buena fe del adquirente y la aplicación del artículo 464 del Código Civil ¹²⁰.

Por último, en tanto que interesado en la sucesión, el titular sucesivo podrá requerir al notario que interpele al instituido para que acepte o repudie la herencia (art. 1005 CC). Aunque no le beneficie directamente una posible vacante¹²¹, se evitaría situaciones de incertidumbre o interinidad nunca positivas para el correcto mantenimiento y conservación de los bienes hereditarios.

C) La disposición de los derechos del primer titular y del titular sucesivo

El titular inicial y el titular sucesivo pueden disponer de su derecho, ya sea sobre la herencia, sobre algunos de los bienes que la integran o sobre los bienes legados. La adquisición por parte del adquirente estará sujeta a la temporalidad, salvo que ambos titulares la consientan, o que la autoridad judicial autorice la venta de ciertos bienes como libres en el caso en que el titular sucesivo se niegue de manera injustificada a prestar su consentimiento.

La disposición de la herencia —que implica una aceptación tácita si todavía no se ha formalizado (art. 1000 CC)— comprende únicamente el activo hereditario, de manera que el disponente seguirá siendo titular del pasivo y continuará asumiendo las funciones ejecutoras de la herencia¹²². El acto dispositivo del titular sucesivo recae sobre la herencia en abstracto, es decir, sobre el conjunto de bienes que, una vez llegado al plazo, le deberían hacer tránsito, que puede que no sean todos los que integraban la herencia al fallecer el testador si ha sido necesario enajenar algunos bienes para el pago de deudas o cargas hereditarias o por no ser de fácil conservación¹²³.

4. LA LLEGADA DEL PLAZO

A la llegada del término la titularidad del propietario temporal se extingue, y los bienes hacen tránsito al titular sucesivo, debiendo liquidarse la relación posesoria.

A) La adquisición de la propiedad por el titular sucesivo

Al cumplirse plazo, el titular sucesivo que haya aceptado la herencia, de forma expresa o tácita¹²⁴, adquiere automáticamente la propiedad de los bienes hereditarios. Si aún no ha aceptado la herencia, la adquisición no es automática, sino que se requiere su aceptación, conforme al régimen general de adquisición

de la herencia¹²⁵, y en coherencia con su responsabilidad *ultra vires* para el pago de las deudas hereditarias¹²⁶.

B) Liquidación de gastos y mejoras y entrega de la posesión

La adquisición de la propiedad de los bienes hereditarios por el titular sucesivo al llegar el plazo debe ir acompañada de la liquidación y pago de los gastos que deban reembolsarse al titular inicial, quien podrá retener la posesión de los bienes hasta que se efectúe dicho pago.

a) Créditos del propietario temporal por el pago de deudas del causante y cargas hereditarias

El pago de las deudas del causante y las cargas hereditarias se financia con los bienes hereditarios, que para tal finalidad podrán ser enajenados por el propietario temporal. No obstante, si por cualquier motivo, como evitar la venta de un bien específico, el propietario temporal cubre dichas deudas con su propio patrimonio y no ha sido reembolsado al llegar el plazo, podrá exigir el reintegro al titular sucesivo¹²⁷.

b) Liquidación de mejoras y gastos

Más dudoso resulta determinar si el propietario temporal puede exigir al titular sucesivo el reembolso de los gastos y mejoras realizados en los bienes. El artículo 783 del Código civil, con relación al fideicomiso, establece que el fiduciario tiene derecho a deducir, los “gastos legítimos, créditos y mejoras”, pero no precisa qué gastos y qué mejoras se deben abonar¹²⁸. El régimen de liquidación de la posesión es más detallado, pero su aplicación a la propiedad temporal es compleja, ya que se basa en la buena o mala fe de un poseedor sin derecho a poseer¹²⁹, mientras que el propietario temporal, sí ostenta tal derecho, aunque es consciente de su plazo de caducidad. Por ello, se presentan a continuación algunas consideraciones que parten de la base de que los gastos y mejoras son voluntarios para el propietario temporal y de que este conoce la temporalidad de su titularidad.

Las mejoras, ya sean útiles o de puro lujo o mero recreo¹³⁰, se caracterizan por no ser imprescindibles para el disfrute del bien y por incrementar, en general, su valor. Dado que el propietario temporal las costea y que, al llegar el plazo, benefician al titular sucesivo, podría parecer equitativo que este reembolse su coste. No obstante, deben considerarse otras circunstancias. En primer lugar, que

la mejora no es necesaria sino voluntaria y que el titular inicial es conecedor de que su propiedad es temporal. La segunda es que, si la mejora es de puro lujo o mero recreo, aunque aumente el valor del bien, este beneficio puede ser muy relativo si el bien no está destinado al tráfico económico¹³¹, y, en cualquier caso, aunque exista tal beneficio, el titular sucesivo puede no desear o no estar en condiciones de asumir el gasto que ello implica. Finalmente, hay que tener en cuenta que el propietario temporal ya habrá disfrutado de la mejora durante su titularidad. Conforme a estas consideraciones, es razonable que el único derecho del propietario temporal sea el de retirar la mejora, y siempre que ello no cause deterioro al bien. Consciente de la temporalidad de su derecho y, en caso de un plazo cierto, de su duración exacta, el propietario temporal deberá valorar si le compensa realizar dichas mejoras¹³².

Los gastos de mantenimiento, conservación y obtención de frutos, así como las reparaciones “ordinarias”, son la contrapartida del disfrute del bien, por lo que tampoco deben reembolsarse al propietario temporal. En cambio, las reparaciones “extraordinarias”, a pesar de que el propietario temporal es libre de acometerlas o no¹³³, deben ser abonadas por el titular sucesivo, ya que, a diferencia de las mejoras, son necesarias para el disfrute del bien¹³⁴; la cantidad a reembolsar se limitará al importe invertido, sin incluir intereses, dado que el propietario temporal también se ha beneficiado de estas reparaciones.

c) Entrega de la posesión y derecho de retención del propietario temporal

Al llegar el plazo, el titular sucesivo no puede tomar posesión de los bienes por sí mismo, sino que estos deben serle entregados por el propietario temporal¹³⁵, quien, al igual que el usufructuario (art. 522 CC), tiene el derecho de retenerlos hasta que se le reembolsen los gastos y créditos que le correspondan¹³⁶.

IV. CONCLUSIONES Y APUNTE FINAL

1. CONCLUSIONES

1.^a La institución a plazo y el fideicomiso a término, que comparten que el instituido lo es hasta o a partir de un momento determinado, se diferencian en que, mientras el fideicomisario puede no estar concebido al fallecer el testador y si el fiduciario falta antes del plazo la herencia puede pasar anticipadamente al fideicomisario, en la institución a plazo la capacidad del instituido debe valorarse al abrirse la sucesión y el plazo es inexorable.

2.^a La voluntad del testador es determinante para discernir si una disposición a partir o hasta un momento determinado constituye una institución a plazo o un fideicomiso. Mientras que si el testador se limita a establecer un plazo para el instituido sin designar un primer o ulterior heredero es evidente que se trata de una institución a plazo, el nombramiento de un primer y de un segundo heredero constituye un indicio prácticamente decisivo de que quiso ordenar un fideicomiso.

3.^a Desde el fallecimiento del testador hasta que llega el plazo, la titularidad temporal de los bienes corresponde al instituido a plazo, si el término es resolutorio, o al sucesor legítimo o a la persona gravada con el legado, si es suspensivo, quienes no son usufructuarios ni fiduciarios, sino propietarios temporales, sujetos a una serie de obligaciones destinadas a proteger el derecho del titular sucesivo.

4.^a En la institución a término suspensivo, si el instituido fallece antes de la llegada del plazo su derecho se transmite a sus herederos, a diferencia de la institución condicional. Si el término es incierto, habrá transmisión cuando el término se limita a aplazar la ejecución de la institución, no en cambio si afecta a la disposición misma.

5.^a El propietario temporal debe preservar la identidad del bien, pero, a diferencia del usufructuario, no está obligado a conservar su forma y sustancia. Puede transformar o modificar el bien, pero no abusar de él, destruyéndolo o causándole daños por su conducta negligente o dolosa.

6.^a El titular sucesivo, ya sea el instituido a plazo suspensivo o el sucesor legítimo en la institución a plazo resolutorio, tiene delación a partir del fallecimiento del testador. Mientras no la ejercita es titular de una expectativa, que es transmisible por causa de muerte e inscribible en el Registro de la Propiedad, y que le permite ejercitar las acciones correspondientes en defensa de su derecho. Si acepta, su titularidad futura se materializa en un derecho de adquisición de naturaleza real, del que puede disponer mediante actos entre vivos o por causa de muerte.

7.^a Salvo dispensa expresa del testador, la prestación de caución para entrar en posesión de los bienes es exigible no solo al sucesor legítimo, sino también, por aplicación de los principios generales y por analogía con el artículo 800 del Código Civil, al heredero instituido a plazo resolutorio. Si no presta caución, los bienes deberán ponerse en administración hasta que llegue el término.

8.^a La responsabilidad del propietario temporal y del titular sucesivo por las deudas y cargas hereditarias no es simultánea, sino sucesiva, vinculada a la adquisición de la propiedad de los bienes hereditarios. Las deudas y cargas pueden satisfacerse mediante la enajenación de bienes del activo hereditario, y si el titular inicial las paga con su propio patrimonio, al llegar el plazo tendrá un derecho de crédito contra el titular sucesivo por el importe nominal pagado.

2. APUNTE FINAL: LA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN DE LA PROPIEDAD TEMPORAL EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

En el presente trabajo, a partir del análisis de la institución testamentaria a plazo regulada en el artículo 805 del Código civil, se ha puesto de manifiesto la existencia de una situación de temporalidad en la titularidad del derecho de propiedad, en la que, a la llegada de plazo, el bien hace tránsito del titular inicial al titular sucesivo. Su constitución *mortis causa* acerca la institución a la sustitución fideicomisaria, cuyo régimen se ha aplicado parcialmente para suplir las evidentes lagunas normativas del artículo 805.

Sin embargo, a pesar de las similitudes entre ambas instituciones, el régimen de la titularidad temporal del derecho de propiedad, a la que se puede denominar propiedad temporal, debe construirse a partir de otros fundamentos. En primer lugar, porque el título constitutivo no se limita a una disposición *mortis causa*, sino que también puede originarse por un negocio jurídico entre vivos, a título oneroso o gratuito. Y, sobre todo, porque la certeza que caracteriza al término, a diferencia de la incertidumbre de la condición, garantiza la restitución y requiere una mayor protección del derecho del titular sucesivo. Cuestiones como la realización de reparaciones, la facultad de alterar la forma o sustancia del bien, el abono de los gastos extraordinarios y las mejoras, o la adquisición de la posesión del bien al llegar el plazo, demandan, en ausencia de reglas expresas en el título constitutivo, un régimen legal supletorio, régimen que debe conciliar el equilibrio entre las facultades del primer titular como propietario, y el derecho de adquisición del titular sucesivo que se materializará por la simple llegada del plazo.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ACCARIAS, C. (1879). *Précis de droit romain contenant avec l'exposé des principes généraux le texte, la traduction et l'explication des Institutes de Justinien*. Tomo I. Paris: A. Cotillon.
- ALBALADEJO, M. (1984). Artículos 781 a 784 y 805. En M. Albaladejo (director), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo X, volumen 2. Madrid: EDERSA.
- ALBALADEJO, M. (1993). Artículos 781 y 783. En Ministerio de Justicia. *Comentario del Código Civil*. Tomo 1. Madrid.
- ALBALADEJO, M. (1997). *Curso de Derecho Civil. V. Derecho de Sucesiones*. Barcelona: José María Bosch Editor.
- ALBIOL MARÉS, P. (1994). Artículo 264. En LI. JOU I MIRABENT (coordinador). *Comentarios al Código de Sucesiones*, Barcelona: Bosch.
- AUBRY, Ch., y RAU, C. (1875). *Cours de droit civil français: d'après la méthode de Zachariae*. Tomo 7. Paris: Imprimerie de j. Dumaine.

- BORRELL Y SOLER, A. M. (1944). *Derecho civil vigente en Cataluña*. Tomo 5. Barcelona: Bosch.
- BOSCH CAPDEVILA, E. (2006). *El principio Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. Evolución y significado*. Madrid: Dykinson.
- BRUNETTI, G. (1893). *Il dies incertus nelle disposizioni testamentarie*. Firenze: Stabilimento G. Civelli – Editori.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2010). Artículos 781 y 783. En A. Domínguez Luelmo (director). *Comentarios al Código civil*. Valladolid: Lex Nova.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2016). Artículo 781. En A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, F. J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (directores). *Código civil comentado*. Volumen III. Cizur Menor: Civitas, Thomson Reuters.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2023). Artículo 781. En A. Cañizares Laso (directora). *Comentarios al Código Civil*. Tomo III. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CANCER, J. (1732). *Variarum resolutionum iuris caesarei, pontificii, et municipalis Principatus Cathalauniae*. Parte tercera. Nápoles: Typographia Francisci Layno.
- CLEMENTE MEORO, M. E. (2016). Artículo 1125. En A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, F. J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (directores). *Código civil comentado*. Volumen III. Cizur Menor: Civitas, Thomson Reuters.
- COCA PAYERAS, M. (1993). Artículo 433. En Ministerio de Justicia. *Comentario del Código Civil*. Tomo 1. Madrid.
- DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E. (2023). *Derecho civil de Cataluña, Derechos reales*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (1994). *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*. Madrid: Tecnos.
- DOMAT, J. (1697). *Les lois civiles dans leur ordre naturel*. Tomo III. Paris.
- DURANTON, A. (1844). *Cours de droit français suivant le Code civil*. Tomo VIII. Paris.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2010). Artículos 799, 801 y 805. En A. Domínguez Luelmo (director). *Comentarios al Código civil*. Valladolid: Lex Nova.
- GALICIA AIZPURUA, G. (2013). Artículos 781, 800 y 805. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (director). *Comentarios al Código Civil*. Tomo IV. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA GARCÍA, J. M. (1996). *La sucesión por derecho de transmisión*. Madrid: Civitas.
- GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Tomo III. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial.
- GARCÍA GOYENA, F. y AGUIRRE, J. (1852). *Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos*. Tomo I. Madrid: Imprenta de Gaspar y Roig.
- GARRIDO MELERO, M. (2009). *Derecho de Sucesiones, II. La ejecución sucesoria*. Barcelona: Marcial Pons.
- GÓMEZ, A. (1674). *Variarum resolutionum iuris civilis, communis et regii*. Parte primera. Lugduni.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. (1863). *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*. Tomo 3. Madrid: Librería de Sánchez.

- LACRUZ BERDEJO, J. L. (1993). *Elementos de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*. Barcelona: José María Bosch Editor.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. (1981). *Derecho de Sucesiones*. Barcelona: Librería Bosch.
- LAURENT, F. (1874). *Principes de Droit Civil Français*. Tomo 13. Paris, Bruxelles.
- LAURENT, F. (1875). *Principes de Droit Civil Français*. Tomo 14. Bruxelles.
- LÓPEZ, G. (1555). *Las siete Partidas glosadas por el Licenciado Gregorio López*. Salamanca.
- LÓPEZ, G. (1576). *Sexta Partida*. Salamanca.
- MANRESA y NAVARRO, J. M.^a (1921). Artículos 781 y 805. *Comentarios al Código Civil español*. Tomo VI. Madrid: Editorial Reus.
- MARCO MOLINA, J. (2010). Artículo 1532. En A. Domínguez Luelmo (director). *Comentarios al Código civil*. Valladolid: Lex Nova.
- MARCOS GUTIÉRREZ, J. (1802). *Febrero reformado y anotado o librería de escribanos*. Tomo I. Madrid: Imprenta de Villalpando.
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2013). Artículo 1125. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (director), *Comentarios al Código Civil*. Tomo VI. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARSAL GUILLAMET, J. (2009). Artículo 426-46. En J. Egea y J. Ferrer (directores). *Comentari al llibre Quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les Successions*. Volumen I. Barcelona: Atelier.
- MATTEI, J. (1873). *Il Codice civile italiano nei singoli articoli col confronto, produzione o riferimento delle leggi romane e delle disposizioni dei codici francese, sardo, napoletano, parmense, estense ed austriaco*. Volumen 3. Venezia.
- MAYNZ, C. (1892). *Curso de Derecho Romano*, traducido al español por Antonio José Pou y Ordinas. Tomo III. Barcelona: Jaime Molinas Editor.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a (1993). Artículo 454. En Ministerio de Justicia. *Comentario del Código Civil*. Tomo 1. Madrid.
- MIRAMBELL I ABANCÓ, A. (2009). Artículo 427-13. En J. Egea y J. Ferrer (directores). *Comentari al llibre Quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les Successions*. Volumen I. Barcelona: Atelier.
- MONTSERRAT VALERO, A. (1994). Las garantías del fideicomisario en el nuevo Codi de Successions catalán. En Área de Dret Civil de la Universitat de Girona, *Setenes Jornades de Dret Català a Tossa*. Barcelona: PPU.
- MUCIUS SCAEVOLA, Q. (1897). Artículo 805 CC. *Código Civil*. Tomo XIII. Madrid: Imprenta de Ricardo Rojas.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1993). Artículo 991. En Ministerio de Justicia. *Comentario del Código Civil*. Tomo 1. Madrid.
- PACIFICI-MAZZONI, E. (1877). *Codice civile italiano comentato. Trattato delle successioni. Parte terza dei legati*. Volumen VII. Firenze.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2006). *El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*. Madrid: Colegios Notariales de España.
- PLANIOL, M. (1901). *Traité Élémentaire de droit civil*. Tomo III. Paris.
- POTHIER, R. J. (1845). *Traité des Successions, Donations testamentaires, Donations entre-vifs, Substitutions et des Propres*. Tomo 8. Paris.

- RIVAS MARTÍNEZ, J. J. (2009). *Derecho de sucesiones. Común y foral*. Tomo I. Madrid: Dykinson.
- ROCA SASTRE, R. M.^a (1970). El término incierto implica en los testamentos condición, salvo que pueda colegirse la voluntad contraria del testador. *Revista Jurídica de Cataluña*, volumen 69, número extraordinario 1, pp. 333-339.
- ROCA SASTRE, R. M.^a (2009). La adquisición y la repudiación de la herencia en el Derecho común y en el Derecho foral. En R. M.^a Roca Sastre y J. Puig Brutau. *Estudios de Derecho Privado*. Volumen II. Cizur Menor: Aranzadi – Thomson Reuters.
- ROCA SASTRE, R. M.^a (2009). La sustitución fideicomisaria en el derecho común y en el derecho foral. En R. M.^a Roca Sastre y J. Puig Brutau. *Estudios de Derecho Privado*. Vol II. Cizur Menor: Aranzadi – Thomson Reuters.
- SALA, J. (1832). *Ilustración del Derecho Real de España*. Tomo I. Madrid: Imprenta Real.
- SANCHEZ ROMÁN, F. (1910). *Estudios de Derecho Civil. Derecho de sucesión*. Tomo VI, volumen 1. Madrid: Est. Tipográfico “Sucesores de Rivadeneyra”.
- TORRALBA SORIANO, V. (1993). Artículos 781 y 805. En Ministerio de Justicia. *Comentario del Código Civil*. Tomo 1. Madrid.
- TORRELLES TORREA, E. (2010). Artículo 467. En A. Domínguez Luelmo (director). *Comentarios al Código civil*. Valladolid: Lex Nova.
- TOULLIER, Ch.-B.-M. (1812). *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code Napoléon*, Tomo V. Rennes: Imprimerie de J. M. Vatar.
- TROPLONG, M. (1855). *Droit Civil expliqué. Des donations entre-vifs et des testaments*. Tomo I. Paris.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (1956). Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula “Si sine liberis decesserit” en el Derecho histórico de Castilla y en el Código Civil. *Anuario de Derecho Civil*, tomo IX-3, 1956, pp. 783-860.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (1982). *Panorama del Derecho de Sucesiones. I. Fundamentos*. Madrid: Civitas.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (1984). *Panorama del Derecho de Sucesiones. II. Perspectiva dinámica*. Madrid: Civitas.

NOTAS

¹ * Este trabajo se inserta en el proyecto de investigación *Las propiedades claudicantes* (PID2022-136274NB-I00), financiado por la Agencia Estatal de Investigación, y forma parte de la actividad del Grupo de Investigación Consolidado *Dret Privat Transformatiu* (2021 SGR 00170), financiado por la Generalitat de Catalunya. El autor agradece al profesor Antoni Vaquer Aloy los comentarios a una versión previa del trabajo.

² BOE núm. 215, de 8 de septiembre de 2015. La finalidad de la Ley era, según su Preámbulo, “aportar soluciones al problema del acceso a la propiedad de la vivienda, flexibilizando las vías de adquisición, ofreciendo fórmulas que permitan abaratar o minorar los costes económicos y respetando la naturaleza jurídica del derecho de propiedad, de conformidad con la tradición jurídica propia”.

³ MARÍN LÓPEZ, M. J. (2013). Artículo 1125. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (director), *Comentarios al Código Civil*. Tomo VI. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 8266. Así lo entiende también ALBALADEJO cuando el término impuesto a la institución hereditaria es imposible: “1.º Si la institución es a término inicial, cuando éste es imposible, la institución es inválida, pues realmente no quiere sus efectos quien los quiere a partir de un momento que no puede llegar. 2.º Si la institución es a término final, cuando éste es imposible, el negocio es válido como puro, pues realmente no quiere que cesen los efectos quien quiere que cesen cuando llegue un momento que no puede llegar”; la solución que propone ALBALADEJO difiere del régimen del Código civil sobre las condiciones imposibles que conforme al artículo 792 se tienen por no puestas incluso aunque sean suspensivas y el testador disponga otra cosa: “Las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero o legatario, aun cuando el testador disponga otra cosa”. ALBALADEJO, M. (1984). Artículos 781 a 784 y 805. En M. Albaladejo (director), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo X, volumen 2. Madrid: EDER-SA, p. 548.

⁴ Véase el epígrafe 3.

⁵ CLEMENTE MEORO, M. E. (2016). Artículo 1125. En A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, F. J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (directores). *Código civil comentado*. Volumen III. Cizur Menor: Civitas, Thomson Reuters, p. 238.

⁶ Esta idea del plazo (suspensivo) como un aplazamiento de la ejecución o cumplimiento de un derecho ya existente se corresponde con la exposición de POTHIER respecto al legado a plazo: “Si le testateur y a seulement apposé un terme d’un temps certain et déterminé, ce terme n’a d’autre effet que de retarder l’exigibilité du legs jusqu’à l’expiration du legs; mais il n’empêche pas que le droit qui résulte du legs, ne soit ouvert et acquis au légataire du jour de la mort du testateur, même avant l’échéance du terme”; POTHIER, R. J. (1845). *Traité des Successions, Donations testamentaires, Donations entre-vifs, Substitutions et des Propres*. Tomo 8. Paris, pp. 290-291, § 234. En términos similares véase, entre otros, LAURENT, F. (1874). *Principes de Droit Civil Français*. Tomo 13. Paris, Bruxelles, p. 587, § 532.

⁷ En D. 28.5.88.fin se establecía la regla de que el que es heredero lo es siempre: “Cum autem semel heres extiterit servus, non potest adiectus efficere, ut qui semel heres extitit, desinat heres esse”. A consecuencia de esta regla, la institución por la cual se fija un día a partir del cual el instituido será heredero o dejará de serlo no debería admitirse, por lo que cabrían en principio dos soluciones: que la institución fuese nula, o que el término se considerase como no escrito, y señalaba MAYNZ que “el favor debido a las declaraciones de última voluntad ha hecho admitir esta última solución”, que se establece, entre otros, en D. 28.5.34: “No se

puede instituir heredero desde cierto día o hasta cierto día; pero quitado el tiempo, es válida la institución”: “*Hereditas ex die, vel ad diem non recte datur; sed, vitio temporis sublato, manet institutio*”. MAYNZ, C. (1892). *Curso de Derecho Romano*, traducido al español por Antonio José Pou y Ordinas. Tomo III. Barcelona: Jaime Molinas Editor, p. 379.

⁸ La ley 15, título 3 de la Partida Sexta, establecía que el término inicial o el final se tenían por no puestos.

⁹ Así lo entendía DOMAT, quien, aún sin aludir expresamente al principio *semel heres semper heres*, no admitía el término suspensivo ni el resolutorio impuesto a la institución de heredero, para evitar que durante un tiempo no hubiese heredero, con la consecuencia de que dicho término se tenía por no puesto: “Comme l’héritier qui est nommé par un testament doit être le successeur universel de tous les biens & de toutes les charges, un testateur ne peut instituer un héritier en termes qui bornent l’institution ou à ne commencer d’avoir son effet que dans un certain temps après la mort du testateur, ou à cesser de l’avoir après un terme qu’il aurait prescrit. De sorte que dans le premier cas la succession fut sans aucun héritier pendant tout ce temps, & que dans le second il n’y eut plus d’héritier après ce terme expiré. Car il est essentiel à la qualité d’héritier qu’il prenne la place du défunt après sa mort, & que l’hérédité ne demeure pas vacante & sans maître qui puisse en exercer les droits & acquitter les charges. Mais quoique cette disposition n’eût aucun effet, le testament qui la contiendrait ne serait pas nul par ce seul défaut, & l’héritier serait réputé tel dès le temps de la mort du testateur & pour tout l’avenir, de même que si l’institution n’avait pas été bornée de cette manière”. DOMAT, J. (1697). *Les lois civiles dans leur ordre naturel*. Tomo III. Paris, pp. 302-303.

¹⁰ Que únicamente admitía el término, suspensivo o resolutorio, en los legados, no en la institución de heredero. El artículo 851 establecía que “Si ha per non apposto ad una disposizione a titolo universale il giorno, dal quale debba la medesima cominciare o cessare”. En similares términos, los artículos 679 del Código civil de Parma, 823 Sardo y 750 Estense. PACIFICI-MAZZONI señalaba la razón por la cual no se admitía el término en la institución de heredero, y sí en los legados: “Ma la più notevole differenza, che rispetto alle modalità passa tra l’istituzione di erede e il legato, riguarda il termine, imperocchè mentre alla prima non può apporsi il termine dal quale debba incominciare o cessare l’effetto, e l’opposizione fattavi è affatto inefficace, al legato invece il termine medesimo può apporsi. Invero l’articolo 851 limita il divieto alla disposizione a titolo universale. La ragione della differenza è nota: la rappresentanza del testatore, essendo coordinata alla continuazione della sua persona, è necessariamente sottratta alla disposizione di lui. Ma invece il legato, non importando rappresentanza del defunto, e costituendo invece una semplice liberalità, rimane sotto l’impero della volontà del testatore, in quanto può limitarne l’estensione anco riguardo al tempo”. PACIFICI-MAZZONI, E. (1877). *Codice civile italiano comentato. Trattato delle successioni. Parte terza dei legati*. Volumen VII. Firenze, p. 82.

¹¹ Cuyo artículo 1747 establecía que: “la designación de tiempo en que debe comenzar o cesar la institución de heredero se tiene por no escrita”.

¹² Conforme al cual “La designación de día o de tiempo en que debe comenzar o cesar la institución de heredero se tendrá por no escrita”. Este artículo, sorprendentemente, ha sido citado como precedente del artículo 805; en la obra de LASO GAITE *Crónica de la Codificación Española*. 4. Codificación civil (Génesis e Historia del Código), vol. II, cuando se transcribe el Proyecto de 1882, después de cada artículo se contiene una referencia entre paréntesis a los que se supone que serían los precedentes de la norma, y se cita como precedente del artículo 892 del Proyecto el artículo 3382 del Código civil de Méjico, a pesar de que el primero admite la institución hereditaria a plazo y el segundo no.

¹³ A partir del Ordenamiento de Alcalá se eliminó la necesidad de institución de heredero para la validez del testamento, y fue una cuestión muy discutida entre los juristas castellanos de los siglos XVI a XIX si después de dicho Ordenamiento y de la Novísima Recopilación se mantuvo en Castilla la vigencia de los principios romanos recogidos en las Partidas. La Ley 1.^a del título XIX del Ordenamiento de Alcalá —que posteriormente pasó a ser la Ley 1.^a, título II, libro V del Ordenamiento Real de Castilla o de Montalvo, del título IV, libro V de la Nueva Recopilación, y del título XVIII del libro X de la Novísima— estableció que “[...] y mandamos que el testamento que en la forma susodicha fuera ordenado, valga en cuanto a las mandas y otras cosas que en él se contienen, aunque el testador no haya hecho heredero alguno; y entonces herede aquel que según derecho y costumbre de la tierra había de heredar en caso que el testador no hiciere testamento, y cúmplase el testamento [...]”. En términos generales, se puede afirmar que mientras la mayoría de los juristas castellanos de los siglos 16 y 17 eran favorables a la vigencia de los principios del Derecho Romano, la doctrina de los siglos 18 y 19 era de la opinión contraria (Puede verse al respecto, con relación a la vigencia del principio *nemo pro parte* en Castilla, BOSCH CAPDEVILA, E. [2006]. *El principio Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. Evolución y significado*. Madrid: Dykinson, pp. 55-63). El cambio de tendencia se puede apreciar perfectamente en la obra de FEBRERO. En la edición de 1802 se establece que “Si el testador hace la institución a día o tiempo cierto, v. gr. *Instituyo por mi heredero a Pedro desde tal día, mes y año en adelante, o hasta tal día*; es válida, mas no la adición o señalamiento de tiempo, por lo cual el heredero entrará en la herencia inmediatamente que muera el testador [...]” (MARCOS GUTIÉRREZ, J. [1802]. *Febrero reformado y anotado o librería de escribanos*. Tomo I. Madrid: Imprenta de Villalpando, pp. 29-30, núm. 41). En cambio, en la edición de 1852, se contienen unas adiciones en las que se dice que tal disposición se funda en el principio según el cual nadie puede morir en parte testado y en parte intestado, abolido por la ley 4 del título 18 del libro 20 de la Novísima Recopilación, por lo que “pertenecerá la herencia antes y después del tiempo cierto o señalado a los herederos abintestato” (GARCÍA GOYENA, F. y AGUIRRE, J. [1852]. *Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos*. Tomo I. Madrid: Imprenta de Gaspar y Roig, p. 343, núm. 1127). Esta última doctrina parecía seguir Juan SALA, quien después de señalar que, en España, tras la Novísima Recopilación, se podía morir en parte testado y en parte intestado, afirmaba que “de consiguiente valdrá como suena la institución de heredero hasta cierto tiempo o desde tiempo cierto”, a pesar de que lo prohibía la ley 15 del título 3 de la Sexta Partida; SALA, J. (1832). *Ilustración del Derecho Real de España*. Tomo I. Madrid: Imprenta Real, p. 153. Y de la misma opinión era GUTIÉRREZ, que afirmó que “la voluntad del testador se cumple tal como la manifestó en su testamento, de modo que los parientes abintestato entran en posesión de la herencia hasta llegar el término señalado, si la institución se hubiere hecho desde cierto día, o después de cumplido el término si se hubiese hecho hasta cierto día”; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. (1863). *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*. Tomo 3. Madrid: Librería de Sánchez, p. 254.

¹⁴ La institución testamentaria a plazo la admitía el Proyecto de Pablo GOROSÁBEL, que en el artículo 1144 establecía que “La disposición testamentaria puede hacerse también desde cierto día o hasta cierto día”. También se aceptaba en el artículo 2287 del Proyecto de 1836: “El testador puede señalar día que empiece o acabe la adquisición de su haber transmisible por testamento, con tal que el tiempo o épocas designadas fueren ciertas y conocidas, o pudieren serlo por relación a cualquier cosa; las épocas inciertas se tienen por no designadas”; la consecuencia de dicha regla la establecía el artículo 2289: “Cuando se tenga por no puesta una época o condición, deberá llevarse a efecto desde luego lo dispuesto por el testador”.

¹⁵ “Dies incertus conditionem in testamento facit”. También en DIGESTO 30.1.30.4: “Dies incertus appellatur conditio”.

¹⁶ “Heres meus quum ipse morietur, centum Titio dato; legatum sub conditione relictum est; quamvis enim heredem moriturum certum sit, tamen incertum est; an legatario vivo dies legati non cedit, et non est certum, ad eum legatum porventurum”. Sin embargo, afirmaba MAYNZ que respecto al legado hecho el día en que “el legatario habrá llegado a una edad determinada, se encontraban soluciones contradictorias, en tanto que mientras en algunos textos se consideraba el legado como condicional, de manera que era necesario que el legatario llegase realmente a la edad indicada (por ejemplo, D. 30.1.49, § 1,2, y 3), en otros (por ejemplo, D. 36.1.46) se consideraba que el legatario adquiriría y transmitiría el legado a sus herederos desde el momento en que le había sido deferido, si bien la ejecución no podía exigirse antes del día correspondiente al fijado por el testador”; véase MAYNZ, C. (1892). *Curso de Derecho Romano*, traducido al español por Antonio José Pou y Ordinas. Tomo III. Barcelona: Jaime Molinas Editor, p. 609, nota 76.

¹⁷ Para un completo estudio del régimen del término incierto en el Derecho Romano, véase BRUNETTI, G. (1893). *Il dies incertus nelle disposizioni testamentarie*. Firenze: Stabilimento G. Civelli – Editori. Más resumidamente, pueden consultarse, entre otros, ACCARIAS, C. (1879). *Précis de droit romain contenant avec l'exposé des principes généraux le texte, la traduction et l'explication des Institutes de Justinien*. Tomo I. Paris: A. Cotillon, pp. 971-975, § 384, y, con cita de la doctrina clásica, TROPLONG, M. (1855). *Droit Civil expliqué. Des donations entre-vifs et des testaments*. Tomo I. Paris, pp. 474 y ss., § 390 y ss.

¹⁸ MAYNZ, C. (1892). *Curso de Derecho Romano*, traducido al español por Antonio José Pou y Ordinas. Tomo III. Barcelona: Jaime Molinas Editor, p. 380.

¹⁹ “A tiempo cierto non puede ningunt home establescer a otro por su heredero; et esto serie como si dixiese: quiero que fulan sea mio heredero fasta tal dia: o si dixiese, fulan sea mio heredero desde tal tiempo en adelante; ca maguer así lo dixiese, habrá el heredero luego la herencia en que fue establescido, et non habrá por que esperar el tiempo nin el dia que fue señalado en el testamento, fueras ende si el que lo ficiere fuese caballero que visquiese al servicio de Dios, o del rey o de la tierra; ca entonce debe valer el establescimiento así como lo hobiese ordenado, esperando el heredero el dia o el tiempo que el caballero hobiese puesto en esta razón. Pero a dia non cierto podrie alguno ser establescido por heredero; et esto serie como si dixiese el testador: establezco que sea mio heredero fulan el dia mesmo que muriese; et tal establescimiento como este vale, quier lo faga caballero u otro, porque maguer es cosa cierta que debe morir, pero non es cierto el dia en que acaesce al home la muerte”. El comentario a esta ley puede consultarse en LÓPEZ, G. (1576). *Sexta Partida*. Salamanca, p. 18. Una exposición resumida de la doctrina clásica castellana se encuentra en VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (1982). *Panorama del Derecho de Sucesiones. I. Fundamentos*. Madrid: Civitas, pp. 386-388.

²⁰ “Puramente pueden facer los testadores sus mandas, que quiere tanto decir como sin ninguna condicion; et esto serie como si dixiese algunt testador: mando a fulan tantos maravedis o tal cosa. Et aun las podrien facer á dia cierto et de dia cierto en adelante; et esto serie como si dixiese el testador: mando que den a fulan tantos meravedis el dia de sant Iohant Baptista primero que verná, o si dixiese: mando que desdel dia de sant Miguel en adelante que gelos gen. Et aun las podrie facer so condicion; et eso serie como si dixiese: mando a fulan tantos maravedis si ficiere tal cosa. Otrosi decimos que si el testador quando ficiere la manda dixiese tales palabras: mando que den a fulan mil maravedis quando fuere de edat de catorce años, si acaesciese que aquel a quien la fase llegare a aquella edat, valdrá la manda, et si moriere enante, non la puede demandar su heredero, nin ha derecho de la haber. Pero caso hi ha en que valdrie

la manda que fuese fecha por tales palabras, maguer non se compliese la condicion; et esto serie como si dixiese el testador: mando que aforren a fulan mio siervo quando mio fijo fuere de edat de catorce años; ca maguer el fijo non llegase a aquella edat nin se compliere la condicion, valdrie la manda, et serie forro por razón de la franqueza que es otorgada a la libertat”.

²¹ Señala VALLET DE GOYTISOLO, que “la mejor doctrina distinguió según el día incierto fuera referido a la sustancia de la disposición o se expresara con palabras que indicasen condición, o bien se refiera a la prestación o ejecución o se determinara con dicción que principalmente significaba tiempo; v. gr.: *cómo, cuándo* (*cum, quando*)”; VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (1956). Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula «Si sine liberis decesserit» en el Derecho histórico de Castilla y en el Código Civil. *Anuario de Derecho Civil*, tomo IX-3, 1956, p. 796. Véase al respecto los autores citados por VALLET en las páginas 796 a 798, entre ellos, con opiniones contrapuestas, GÓMEZ, A. (1674). *Variarum resolutionum iuris civilis, communis et regii*. Parte primera. Lugduni, p. 58, y LÓPEZ, G. (1555). *Las siete Partidas glosadas por el Licenciado Gregorio López*. Salamanca, p. 18.

²² A pesar de que el término consistente en la muerte del instituido parece que tiene más sentido cuando se trata de un término resolutorio —es el caso del heredero vitalicio: “Será heredero Ticio hasta el día de su muerte”—, los autores clásicos acostumbraban a poner como ejemplo el término suspensivo: “Será heredero Ticio cuando muera” que, en palabras de Gregorio LÓPEZ transcritas por Benito GUTIÉRREZ, se trata de una fórmula, “aunque el parecer extraña, podría servirse, según él, con buen éxito el testador que temiendo las lapidaciones del heredero prefiriese que los bienes pasasen a los hijos o descendientes del mismo” (GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. [1863]. *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*. Tomo 3. Madrid: Librería de Sánchez, p. 253).

²³ GÓMEZ señalaba que, si se instituye un heredero a partir de la fecha de la muerte de un tercero, tal institución es condicional (GÓMEZ, A. [1674]. *Variarum resolutionum iuris civilis, communis et regii*. Parte primera. Lugduni, pp. 13-14, núm. 11). En esta misma línea, los anotadores de FEBRERO entendían que “También es condicional la institución o legado cuando se sabe que el día ha de existir, pero se ignora el cuándo, con tal que el día se refiera a un tercero, por ejemplo, nombro a Pedro heredero cuando muera Juan. En este caso, aunque Pedro sobreviva al testador, si muere antes que Juan se desvanece la institución. Así era por derecho romano, y además lo persuade la razón dada al fin de la ley 15, tit. 3, Part. 6” (GARCÍA GOYENA, F. y AGUIRRE, J. [1852]. *Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos*. Tomo I. Madrid: Imprenta de Gaspar y Roig, p. 427). Esta doctrina parecía seguir también SALA, quien después de afirmar, como no podía ser de otra manera, que “el día incierto se considera condición cuando se duda si existirá o no”, añadía que “si se sabe que existirá, ignorándose solo el cuándo, como el día de la muerte, no hace condición si se pone a la persona del interesado; y la hace si se pone a la de un extraño” (SALA, J. [1832]. *Ilustración del Derecho Real de España*. Tomo I. Madrid: Imprenta Real, pp. 153-157). Benito GUTIÉRREZ (1863, 254), después de admitir la validez de la institución a término, suspensivo o resolutorio, llamándose antes o después de llegado el plazo a los parientes designados conforme a las normas del *abintestato*, se refería al término consistente en la muerte de una persona, y afirmaba que “como este acontecimiento, aunque seguro, es incierto por ignorarse el día, la institución permanece en suspenso, porque pudiera morir antes el instituido, entrando en la posesión de la herencia los herederos legítimos”; parece, por tanto, que le daba el trato de condición (GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. [1863]. *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*. Tomo 3. Madrid: Librería de Sánchez, p. 254).

²⁴ En la edición de 1802 de FEBRERO se establecía que si se hace una institución “a tiempo que aunque incierto ha de llegar, v. gr. *Instituyo a Pedro por mi heredero para el día que se muera*, vale y entrará en la herencia del mismo modo que si hubiera sido instituido simplemente” (MARCOS GUTIÉRREZ, J. [1802]. *Febrero reformado y anotado o librería de escribanos*. Tomo I. Madrid: Imprenta de Villalpando, pp. 29-30, núm. 41). Esta era también la opinión de Antonio GÓMEZ, que consideraba pura la institución, como si no se hubiese puesto el término, “entrando el heredero desde luego en posesión de la herencia” (GÓMEZ, A. [1674]. *Variarum resolutionum iuris civilis, communis et regii*. Parte primera. Lugduni). En cambio, para Gregorio LÓPEZ “se espera este acontecimiento como principio y condición para recibir la herencia” (LÓPEZ, G. [1576]. *Sexta Partida*. Salamanca, p. 18, en la Glosa a la frase “el día que el mismo muriere” de la ley 15 del título 3 de la Partida 6.”). Esta última es la posición que parecía adoptar Benito GUTIÉRREZ al considerarla “más española y la que nosotros seguimos conforme al espíritu de la ley recopilada que interpreta con cierta latitud las últimas voluntades y que no exige que se cambie en condición un acontecimiento señalado como término” (GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. [1863]. *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*. Tomo 3. Madrid: Librería de Sánchez, p. 254).

²⁵ DOMAT, remitiéndose a que en D.35.1.75 se establecía que *Dies incertus conditionem in testamento facit*, afirmaba que mientras los legados en los que se fija como término un día determinado no constituyen una condición, sino que lo único que hacen es retrasar la entrega de un legado que ya ha sido adquirido por el legatario, si el término es un día incierto, como por ejemplo el legado hecho a un impúber cuando sea adulto, esto constituye una condición consistente en que el legatario viva al llegar este momento. Por ello, señalaba que no se deben confundir los legados hechos a un plazo incierto, de los legados pagaderos en un plazo cierto. DOMAT, J. (1697). *Les lois civiles dans leur ordre naturel*. Tomo III. Paris, pp. 428-429.

²⁶ AUBRY y RAU, sobre la base de D. 35.1.75, y con cita de POTHIER, TROPLONG y ZACHARIAE, afirmaban que “Dans les legs, le terme incertain équivaut à une condition, et rend le legs conditionnel” (AUBRY, Ch., y RAU, C. [1875]. *Cours de droit civil français: d’après la méthode de Zachariae*. Tomo 7. Paris: Imprimerie de J. Dumaine, p. 473). También PLANIOL señalaba que “dans les testaments le terme incertain est assimilé à la condition: «*In testamento dies incertus conditionem facit*» (Dig., liv. XXXV, tit. 1, fr. 75)” (PLANIOL, M. [1901]. *Traité Élémentaire de droit civil*. Tomo III. Paris, p. 774, § 2732 y 2733).

²⁷ POTHIER afirmaba que “Quoique le temps apposé au legs doit certainement arriver, s’il est incertain quand il arrivera, et s’il arrivera du vivant du légataire, il passe pour un temps incertain, et rend le legs conditionnel; par exemple, si on a légué à Pierre la somme de tant, le jour que mourra Paul, c’est un legs conditionnel qui ne peut avoir aucun effet Avant la mort de Paul; car, quoiqu’il soit certain que le jour de la mort de Paul viendra, il est incertain quand ce jour viendra et s’il viendra du vivant du légataire”. POTHIER, R. J. (1845). *Traité des Successions, Donations testamentaires, Donations entre-vifs, Substitutions et des Propres*. Tomo 8. Paris, p. 291, § 235.

²⁸ POTHIER, R. J. (1845). *Traité des Successions, Donations testamentaires, Donations entre-vifs, Substitutions et des Propres*. Tomo 8. Paris, p. 291, § 236.

²⁹ POTHIER señalaba que “car ces termes, le jour qu’il sera majeur, le jour que Paul mourra, ne se réfèrent pas à ceux-ci – je lègue une telle somme, mais seulement à ceux-ci : qui lui sera payée, ils ne concernent pas par conséquent la disposition même, mais seulement l’exécution et le paiement qui s’en doit faire, et par conséquent ils ne peuvent rendre conditionnelle la disposition; si donc le légataire meurt auparavant, il ne laissera pas de transmettre à ses héritiers le droit qui résulte du legs qui lui a été acquis dès le jour du décès du testateur”. POTHIER, R. J.

(1845). *Traité des Successions, Donations testamentaires, Donations entre-vifs, Substitutions et des Propres*. Tomo 8. Paris, p. 291, § 236.

³⁰ LAURENT, después de afirmar que el término incierto en si ha de llegar tiene la consideración de condición, se refería al término *incertus quando* y, con cita de POTHIER, señalaba que en el pasado este término se consideró condición, pero tras la redacción del Código Civil y según el artículo 1041 la cuestión la debía decidir el juez conforme a la intención del testador. LAURENT, F. (1874). *Principes de Droit Civil Français*. Tomo 13. Paris, Bruxelles, pp. 589-590, § 535.

³¹ TOULLIER, después de poner de manifiesto las dudas que podían plantear ciertas disposiciones, afirmó que para evitarlas y para que el testamento reflejase la voluntad del testador sin equívoco posible debía ayudar la intervención del notario. TOULLIER, Ch.-B.-M. (1812). *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code Napoléon*, Tomo V. Rennes: Imprimerie de J. M. Vatar, pp. 676-677, § 676.

³² En los artículos 853 y 854. Conforme al primero: “Ogni disposizione testamentaria fatta sotto una condizione sospensiva è priva d’effetto, se la persona a cui favore è fatta muore prima che siasi verificata la condizione”; y el artículo 854 establecía que: “La condizione, la quale secondo la mente del testatore non fa che sospendere l’esecuzione della disposizione, non impedisce che l’erede o il legatario abbiano un diritto acquistato e trasmissibile ai propri eredi anche prima della verificata condizione”.

³³ MATTEI afirmaba, con cita de DOMAT y VOET, que “V’ha condizione anche allorchè v’ha incertezza nel quando il tempo sarà per arrivare; p. e., se fosse ingiunto all’erede di restituire qualche cosa all’epoca della sua morte. Il fatto della morte è certo, ma è incerto il tempo quando avverrà, e questa incertezza rende condizionale il lascito”. MATTEI, J. (1873). *Il Codice civile italiano nei singoli articoli col confronto, produzione o riferimento delle leggi romane e delle disposizioni dei codici francese, sardo, napoletano, parmense, estense ed austriaco*. Volumen 3. Venezia, p. 291.

³⁴ “La condizioni quindi che ha per oggetto di ritardare la esecuzione dellea disposizione, ossia l’esigibilità del legato, è un vero termine: il legatario acquista un vero diritto sulla cosa al momento della morte del testatore: s’egli muore prima che giungà il termine trasmette questo suo diritto agli heredi” (MATTEI, J. [1873]. *Il Codice civile italiano nei singoli articoli col confronto, produzione o riferimento delle leggi romane e delle disposizioni dei codici francese, sardo, napoletano, parmense, estense ed austriaco*. Volumen 3. Venezia, p. 292). Véase PACIFICI-MAZZONI, quien exponía diversos ejemplos sobre cuándo el establecimiento de un plazo suspende la ejecución del legado o su propia existencia; PACIFICI-MAZZONI, E. (1877). *Codice civile italiano comentato. Trattato delle successioni. Parte terza dei legati*. Volumen VII. Firenze, pp. 84-85.

³⁵ BORRELL Y SOLER afirmaba que “En general, todo plazo incierto —ya sea *incertus an*, ya sea *incertus quando*— en actos *mortis causa* constituye una condición; pero existen casos de excepción, y para resolver la duda, hay que atender con preferencia a la voluntad del testador, aunque sólo sea presunta”. Y añadía en nota (45) que “La razón de que aun el *dies incertus quando* pueda constituir una condición, en los actos de última voluntad, proviene de que el legado no tiene eficacia si el legatario ha muerto cuando la condición se cumple: lo cual hace que, aun poniéndose por condición un hecho que necesariamente ocurrirá, queda la incertidumbre de si ocurrirá en tiempo oportuno, convirtiendo el día en condición”; BORRELL Y SOLER, A. M. (1944). *Derecho civil vigente en Cataluña*. Tomo 5. Barcelona: Bosch, p. 232. Entre los autores clásicos, puede verse CANCER, J. (1732). *Variarum resolutionum iuris cae-*

sarei, pontificii, et municipalis Principatus Cathalauniae. Parte tercera. Nápoles: Typographia Francisci Layno, pp. 370 y ss.

³⁶ El precedente lo encontramos en los artículos 155.II del Código de Sucesiones, 111. III de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña, y 262.II del Proyecto de 1955.

³⁷ La Ley 148.III de la Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, tras su modificación por el art. 2 de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, también establece la regla general de que el término incierto equivale a condición, si bien no prevé expresamente que pueda ser otra la voluntad del testador: “Toda disposición a título lucrativo puede hacerse puramente, con modo o bajo condición o término suspensivos o resolutorios. El día incierto se considera como condición”.

³⁸ Si se tratase de una institución de heredero, el término se entendería como no formulado, conforme al artículo 423-12.1 CCCat, por lo cual la delación a favor del heredero a término tendría lugar al abrir la sucesión.

³⁹ Si, por ejemplo, la disposición es: “Será heredero Ticio a partir del día en que empiece a nevar” —y por las circunstancias geográficas y meteorológicas se trata de un suceso que se producirá con certeza—, la condición sería que, el día que empiece a nevar, Ticio esté vivo.

⁴⁰ Por ello, se aplica el inciso inicial del apartado primero del artículo 423-13 CCCat: “La institución de heredero bajo condición suspensiva no se defiende si no se cumple la condición o si el heredero muere antes de cumplirse. En este caso, sus herederos no adquieren ningún derecho a la herencia”.

⁴¹ Art. 427-12.2 CCCat: “El plazo suspensivo retrasa simplemente los efectos del legado. Si el legatario muere antes del vencimiento del plazo, el derecho legado se transmite a sus sucesores”; también el artículo 426-5.2 con relación al fideicomiso: “En el fideicomiso a plazo, el fideicomisario que vive o ha sido concebido cuando la herencia o el legado son deferidos al fiduciario adquiere su derecho al fideicomiso y éste forma parte de la herencia relicta por él, aunque muera antes de deferirse la herencia o el legado fideicomisos a su favor. El testador puede excluir esta transmisibilidad”.

⁴² Tampoco el Proyecto de 1851 establecía nada al respecto. Sí lo hacía el Proyecto de 1836 que, sorprendentemente, no admitía el plazo incierto en el artículo 2287 (véase la nota 14).

⁴³ Véase ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2010). Artículos 799, 801 y 805. En A. Domínguez Luelmo (director). *Comentarios al Código civil*. Valladolid: Lex Nova, pp. 916-917.

⁴⁴ ALBALADEJO señalaba que el que haya no institución a término sino condición “depende de la voluntad del causante, que habrá querido realmente término si fijó el día considerándolo en su aspecto de *seguridad de que llegará* (como el día de la muerte de A, o el día en que B cumpla dieciocho años, pues aun para si B muriese antes, se quería fijar el día en que *habría* llegado a esta edad), y que habrá querido condición si al decir, por ejemplo, que nombra a B heredero desde que muera A, tiene el espíritu de nombrarlo sólo para si sobrevive a A (pues eso es un hecho inseguro), caso que es de nombramiento condicional de B (para si sobrevive a A), a diferencia de nombrar a B, sobreviva o no a A, heredero desde que A muera, pues entonces, muriendo B antes que A, puesto que es institución a término, el puesto de B lo ocupan sus herederos (art. 799), mientras que si hubiese habido llamamiento condicional de B, de no cumplirse la condición, la herencia habría ido a los herederos intestados del testador”. ALBALADEJO, M. (1984). Artículo 805. En M. Albaladejo (director), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo X, volumen 2. Madrid: EDESA, p. 548.

⁴⁵ El testador instituyó única heredera universal a su hermana con la carga de atender a un hermano enfermo, y dispuso que por muerte de dicha hermana «se harán tres partes de sus bienes, que serán para mis sobrinos, hijos de mis hermanos vivos o difuntos según el orden de

estirpes, en pleno dominio». Antes de morir la heredera, murió no sólo una de sus hermanas sino también su hija y por lo tanto sobrina del testador, y una hija de dicha sobrina interpuso un pleito de petición de herencia y participación en la misma como heredera de la sobrina, única representante de una estirpe. El Juzgado y la Audiencia estimaron la demanda, pero recurrieron en casación los demandados, alegando que se trataba de un fideicomiso condicional, condición que no se cumplió al morir antes que la heredera, alegación que estimó el Tribunal Supremo casando la sentencia. El Tribunal Supremo declaró que “Que siendo esencia de la condición suspensiva la dilación en la formación de un derecho en tanto pende la realidad del hecho ordenado, en creadora de un estado jurídico de incertidumbre respecto del nacimiento de aquél que no desaparece sino con la ocurrencia del evento puesto como condición sin la cual no hay adquisición de los derechos, como dice el artículo 1114 del Código Civil: es por esto por lo que dicho cuerpo legal en su artículo 759 dispone que el heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no trasmite derecho alguno a sus herederos; pues no es el presente un caso de fijación de un término ni de que la suspensión afecte a la sola ejecución de lo dispuesto por el testador; sino de la suspensión de la disposición misma y por ello la aplicación del último citado artículo y no del 799 del propio Código”.

⁴⁶ La expansión del derecho del fideicomisario cuando falta el fiduciario no viene establecida expresamente en ningún precepto del Código civil, pero así lo entiende la mayoría de la doctrina; en este sentido, ALBALADEJO afirmaba que “en el fideicomiso, si bien se quiere que un heredero preceda al otro, se quiere esa precedencia de modo que, en principio, el derecho de cada uno sólo se encuentre limitado por el del otro, y así a falta de cualquiera de ellos, el que queda absorbe lo que habría correspondido al que falta, luego, en defecto del primero o desde que por cualquier razón viene a faltar, entra ya inmediatamente a ser heredero el segundo”; ALBALADEJO, M. (1984). Artículos 781 a 784. En M. Albaladejo (director), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo X, volumen 2. Madrid: EDERSA, pp. 195-196. El Código civil de Cataluña sí prevé expresamente que la vacante del fiduciario aprovecha al fideicomisario. El artículo 425-3.1 dispone que la sustitución fideicomisaria incluye siempre la vulgar tácita, lo que aparece corroborado en el artículo 426-8, conforme al cual “1. Siempre que el fiduciario llamado no llega a ser heredero o legatario por cualquier causa, opera en primer lugar la sustitución vulgar. 2. A falta de sustitución vulgar, el fideicomisario pasa a ser fiduciario si existe fideicomisario posterior. Si no existe, pasa a ser heredero o legatario libre”. Y, para el caso en que el fiduciario haya adquirido la herencia fideicomisa pero fallezca antes de la llegada del plazo, el art. 426-6, especifica en el apartado segundo que “En el fideicomiso a plazo, la muerte del fiduciario antes del vencimiento del plazo anticipa la delación al momento de la muerte, salvo que la voluntad del fideicomitente sea otra”; y prevé asimismo que “En el fideicomiso a plazo, el fiduciario puede anticipar la delación del fideicomiso renunciando a su derecho a favor del fideicomisario inmediatamente llamado y ceder a un tercero el simple aprovechamiento de los bienes fideicomisos hasta que venza el plazo”.

⁴⁷ ALBALADEJO señalaba que “Mientras que en la herencia a término hay, como si dijéramos, independencia entre los dos herederos, de forma que, ciertamente uno lo sería primero, y otro después, pero aunque falte uno u otro, su hueco no es ocupado por el que queda, sino por quien, en defecto del que falta, tendría que haber heredado al causante, y así, por ejemplo, ni la premoriencia del segundo heredero al primero deja a este por heredero definitivo, ni la muerte del primer heredero antes de que llegue el día fijado para que herede el segundo, adelanta la herencia para éste, sino que en el intermedio irá a quien corresponda, y cuando aquél día llegue, al heredero segundo”. Añadía ALBALADEJO (1984, 551-552) que, con carácter general tanto para el heredero instituido a término suspensivo como resolutorio, la fecha del traspaso de la

herencia del primer heredero al segundo “no se adelanta por muerte antes del término del heredero que ya adquirió la herencia, sino que, hasta la fecha del término, la herencia corresponde a los herederos del heredero que la tenía y murió”. No distinguía ALBALADEJO entre si el heredero anterior o posterior fue nombrado por el causante, o si ante su falta de nombramiento era llamado el “sucesor legítimo” (ALBALADEJO, M. [1984]. Artículos 781 a 784. En M. Albaladejo (director), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo X, volumen 2. Madrid: EDERSA, pp. 195-196 y 551-552). La no anticipación del tránsito de los bienes en la institución a término si viene recogida en el Código civil de Cataluña con relación a los legados a plazo. Si el propietario temporal de un legado fallece antes de llegar el plazo, sus sucesores adquirirán los bienes legados, que llegado el plazo deberán restituir a quien corresponda. Así lo establece expresamente el artículo 427-13 en su apartado tercero: “Si el legatario muere antes de que venza el plazo o se cumpla la condición, sus sucesores adquieren los bienes objeto del legado con sujeción a dicho gravamen”. Por tanto, no se adelanta la restitución de los bienes a la persona gravada con el legado, sino que habrá que esperar a que llegue el plazo.

⁴⁸ Y así lo ha entendido la mayoría de la doctrina. VALLET DE GOYTISOLO señalaba que “La aplicación rigurosa del artículo 805 solo puede referirse al supuesto literalmente previsto en el mismo. Es decir, a la institución *desde* o *hasta* cierto tiempo sin previsión para el otro tiempo. Esta imprevisión para el resto del tiempo es lo que supone un explícito llamamiento a los herederos legítimos. En cambio, en los llamamientos sucesivos parece más lógico entender que la determinación de tiempo es un recíproco límite puesto exclusivamente por la concurrencia temporal, querida tan solo entre los llamados para *hasta* o para *después* del término. Límites que deben desaparecer al faltar dicha concurrencia limitativa”; VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (1956). Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula «Si sine liberis decesserit» en el Derecho histórico de Castilla y en el Código Civil. *Anuario de Derecho Civil*, tomo IX-3, p. 836. De esta misma opinión es ESPEJO LERDO DE TEJADA cuando dice que “en la sustitución fideicomisaria el segundo llamado accede a la herencia cualquiera que sea la causa por el que el primero falla”, mientras que en la herencia a término “la utilización del plazo por el testador supone exactamente que ha querido atenerse de forma estricta al señalado en el testamento, de modo que el segundo llamado no entrará en la herencia hasta que el plazo se cumpla”; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2010). Artículos 799, 801 y 805. En A. Domínguez Luelmo (director). *Comentarios al Código civil*. Valladolid: Lex Nova, p. 922. También en este sentido, GALICIA AIZPURUA, G. (2013). Artículos 781, 800 y 805. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (director), *Comentarios al Código Civil*. Tomo IV. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 5717.

⁴⁹ En el fideicomiso el establecimiento de un plazo podría tener también su razón de ser en fijar un límite temporal al derecho del fideicomisario, caso en el que la falta del fiduciario no debería anticipar la delación a favor del fideicomisario; para el fideicomiso a plazo, así lo establece expresamente el artículo 426-6.2 del Código civil de Cataluña, que excepciona dicha anticipación a que “la voluntad del testador sea otra”.

⁵⁰ Véase CÁMARA LAPUENTE que, al igual que la mayoría de la doctrina, entiende que el límite del “segundo grado” debe interpretarse como un máximo de dos llamamientos efectivos, además del fiduciario, a personas que no estén vivas o concebidas al tiempo del fallecimiento del testador; CÁMARA LAPUENTE, S. (2010). Artículos 781 y 783. En A. Domínguez Luelmo (director). *Comentarios al Código civil*. Valladolid: Lex Nova, p. 893.

⁵¹ La distinción entre la institución a plazo y el fideicomiso se abordó por la doctrina francesa en tanto que se cuestionaba si, al prohibirse los fideicomisos, deberían prohibirse también los legados a plazo y los condicionales. Así, Alexandre DURANTON afirmaba que “Il

est clair, en effet, que si les auteurs du Code, en prohibant les substitutions et en en déterminant les caractères, n'avaient pas seulement entendu par-là les dispositions faites sous la charge de rendre à la mort de celui qui en serait grevé, ils n'auraient pas dû autoriser les legs à terme, et encore moins les legs conditionnels, laissés à la charge d'un héritier institué ou d'un légataire universel, ou à titre universel; car, à l'égard de ces legs, celui qui en est grevé est bien tenu aussi d'en conserver l'objet pour le remettre à ceux au profit desquels ils ont été faits or, précisément le Code autorise formellement les legs à terme, ainsi que les legs' conditionnels (art. 1039-1040-1041)"; DURANTON, A. (1844). *Cours de droit français suivant le Code civil*. Tomo VIII. Paris, pp. 73-75, § 78. LAURENT señalaba que la diferencia esencial es que el legatario a plazo recibe la cosa no a través de un intermediario, sino directamente del testador: "Le caractère essentiel qui les distingue, c'est que dans la substitution il y a deux libéralités avec ordre successif; de sorte que l'institué est l'intermédiaire par lequel la libéralité arrive au substitué. Il n'y a pas d'ordre successif dans les legs faits à terme; celui qui reçoit la chose, à l'échéance du terme, la reçoit directement des mains du testateur, sans voie oblique"; LAURENT, F. (1875). *Principes de Droit Civil Français*. Tomo 14. Bruxelles, pp. 510-511, § 449.

⁵² Lo que se establece para el heredero, es aplicable también por regla general al legatario.

⁵³ En este sentido, VALLET DE GOYTISOLO afirmaba que hay tres formas de disposición de las sustituciones fideicomisarias: a) "En forma oblicua expresada en palabras comunes: imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo llamado (art. 785, núm. 1, forma segunda)" [...]; b) En forma oblicua expresada sintéticamente con términos técnicos: es decir, llamando a una o varias personas como sustitutos fideicomisarios dándoles esta denominación técnica (art. 785, número 1, forma primera); c) En forma directa pero sucesiva: llamando incorrectamente como herederos «ad tempus» con carácter sucesivo a varias personas, bien sea de modo puramente temporal o condicionado resolutoriamente al primero o suspensivamente al segundo llamados (artículos 805 en relación 790 y 791 Cc)". VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (1956). Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula «Si sine liberis decesserit» en el Derecho histórico de Castilla y en el Código Civil. *Anuario de Derecho Civil*, tomo IX-3, 1956, pp. 841-842.

⁵⁴ El artículo 426-13 del Código Civil de Cataluña exige una voluntad "clara" al respecto: "1. El fideicomiso puede establecerse expresa o tácitamente. 2. Para que se entienda que el fideicomiso se impone tácitamente es preciso que la voluntad de ordenarlo se infiera claramente del contenido de la disposición". En cambio, el Código civil alemán presume el fideicomiso cuando el testador simplemente ordena que el heredero entregue al llegar el plazo la herencia a otra persona determinada: "Si el testador ha ordenado que el heredero, en una fecha determinada o al producirse un hecho determinado, entregue la herencia a otra persona, se presumirá que la otra persona es nombrada heredera reversiva" (§ 2013 BGB).

⁵⁵ LACRUZ, quien añade que "Lo fundamental, para averiguarlo, es ver si quiso que el segundo sucesor recibiera los bienes en cualquier caso de fallo del primero, o únicamente a partir del momento señalado". LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. (1981). *Derecho de Sucesiones*. Barcelona: Librería Bosch, p. 278.

⁵⁶ Término suspensivo o resolutorio que, como se ha señalado, no admite el derecho civil catalán (art. 423-12.1 CCCat).

⁵⁷ Aunque hay autores que, como RIVAS MARTÍNEZ, consideran que también en este caso estamos ante un fideicomiso tácito. Respecto al término inicial o suspensivo, afirma que "Existe esta clase de término cuando el testador dispone que la institución de heredero o el ordenamiento de legado sólo tenga eficacia a partir de cierto día. En este tipo de institución hay una sustitución fideicomisaria a término cierto". Y lo mismo entiende en cuanto al término

final o resolutorio: “En este caso existe igualmente una sustitución fideicomisaria aunque, lógicamente, de sentido contrario. Aquí el primer llamado es el sucesor designado por el testador y el segundo el sucesor intestado, que lo será el que tuviese esa condición al fallecer el testador”. RIVAS MARTÍNEZ, J. J. (2009). *Derecho de sucesiones. Común y foral*. Tomo I. Madrid: Dykinson, p. 905.

⁵⁸ Así lo entiende también TORRALBA SORIANO: “Si el testador no había hecho tal designación de heredero será llamado el sucesor legítimo y el llamamiento tendrá lugar por ley. En efecto, no hay que entender que la voluntad testamentaria del causante haya sido instituir tácitamente como segundo heredero testamentario al que le sucedería abintestato. Una tal conclusión se tendría que desprender claramente de la voluntad del testador”; TORRALBA SORIANO, V. (1993). Artículos 781 y 805. En Ministerio de Justicia. *Comentario del Código Civil*. Tomo 1, p. 1973. Madrid. Asimismo, ALBALADEJO señalaba que “«se entenderá llamado el sucesor legítimo», significa que lo llama la ley, no que se suponga que es voluntad testamentaria del causante instituir tácitamente como segundo heredero al que sucedería abintestato”; ALBALADEJO, M. (1984). Artículo 805. En M. Albaladejo (director), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo X, volumen 2. Madrid: EDESA, p. 550.

⁵⁹ Mientras que en el Código civil español la cuestión planteada tiene una mera trascendencia teórica, en el derecho civil catalán, en el que sí siguen vigentes los principios de incompatibilidad entre herederos testamentarios e intestados, y el de la perdurabilidad del título de heredero, reviste suma importancia. El artículo 423-12.1 del Código civil de Cataluña establece que “El que es heredero lo es siempre y, en consecuencia, se tienen por no formulados en la institución de heredero la condición resolutoria y los plazos suspensivo y resolutorio”. Si tenemos en cuenta que el Código civil de Cataluña admite la sustitución fideicomisaria universal, en la que existen dos herederos, el heredero fiduciario, que lo será hasta que se cumpla la condición o llegue el término (el artículo 426-2.4 habla de heredero *anterior*), y el heredero fideicomisario, que lo será a partir de este momento (el artículo 426-44.1 dice que la delación a favor del fideicomisario le atribuye la condición de heredero), resulta que al llegar el plazo o cumplirse la condición el primer heredero dejará de serlo. Por tanto, no es que en el derecho sucesorio catalán el heredero no pueda dejar de ser heredero, sino que lo que no se admite es que, cuando se deje de ser heredero, se llame a los herederos intestados. Consecuentemente, la incompatibilidad entre herederos testamentarios e intestados se da no solamente cuando se les llama de manera simultánea, sino también de manera sucesiva, con lo que el verdadero significado del principio de perdurabilidad es que el heredero no puede dejar de serlo, *salvo que el testador haya nombrado otro heredero posterior*. Así pues, si admitimos que, cuando el testador instituye un heredero a término, está llamando tácitamente por vía testamentaria a sus herederos legítimos, no se quebrantarían los mencionados principios por el hecho de que el heredero empezase o dejase de serlo al llegar el término, con lo que se respetaría más rigurosamente la voluntad del testador, en tanto que el heredero instituido lo sería exclusivamente durante el tiempo fijado. Y, a diferencia del Código civil español, el Código civil de Cataluña sí contempla los llamamientos testamentarios tácitos a los que serían herederos intestados en el momento de la muerte del testador; por ejemplo, el artículo 423-5.3 establece que, instituido un heredero en usufructo, “si no hay heredero posterior instituido ni heredero universal, o si el instituido no llega a serlo, se entiende que se ha ordenado una sustitución fideicomisaria a favor de quienes serían los herederos intestados del testador en el momento de extinguirse el usufructo”. Además, la existencia de una disposición testamentaria tácita a favor de los herederos intestados justifica algunas reglas del libro cuarto del Código civil de Cataluña, en concreto, la que admite la validez del testamento meramente revocatorio, en el que la falta de institución de heredero se

suple por considerar que existe dicho llamamiento testamentario tácito a los sucesores legales del testador; el artículo 422-9.5 establece que “El testamento meramente revocatorio determina que la sucesión se defiera de acuerdo con las normas de la sucesión intestada”. Ello no significa que se abra la sucesión intestada. Estamos ante una sucesión testamentaria, a la que se aplican los órdenes de la sucesión intestada, de manera que el heredero o herederos se determinan de acuerdo con los artículos 442-1 y ss. En cualquier caso, la conclusión a la que llegamos es que, si bien hubiese sido posible que el Código civil de Cataluña, respetando sus principios, estableciera, de modo análogo al del citado artículo 423-5.3, que, habiéndose nombrado un heredero a plazo sin designar heredero anterior ni posterior se entenderían llamados, antes de iniciarse o al finalizar el plazo “quienes serían herederos intestados del testador en el momento de su muerte”, si no lo ha hecho así, es porque considera que el término se debe tener por no puesto.

⁶⁰ En el mismo sentido, ALBALADEJO, M. (1984). Artículo 805. En M. Albaladejo (director), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo X, volumen 2. Madrid: EDERSA, p. 551.

⁶¹ Ello es así también en el Derecho alemán, conforme al § 2105 de su Código civil: “Si el testador ha ordenado que el heredero designado reciba la herencia sólo cuando se produzca un determinado momento o acontecimiento, sin determinar quién debe ser el heredero hasta entonces, los herederos legales del testador son los herederos anteriores”.

⁶² Esta no es, sin embargo, la solución que sigue el derecho alemán respecto al término resolutorio, que en el § 2104 BGB establece que “Cuando el testador ha ordenado que el heredero sea heredero sólo hasta una determinada fecha o hasta que se produzca un determinado acontecimiento, sin indicar quién recibirá la herencia posteriormente, se presumirá que las personas designadas como herederos reversionantes *son aquellas quienes serían los herederos intestados del testador si éste hubiera fallecido en la fecha o en el momento en que se produjo el hecho*. El Tesoro no es uno de los herederos intestados en el sentido de esta disposición”.

⁶³ Véase el epígrafe III.1.B.)

⁶⁴ En este mismo sentido, TORRALBA SORIANO señala que “la doctrina más autorizada entiende que la cualidad de heredero permanecerá siempre indeleble en el que haya adquirido primero la herencia y, por ello, haya sido sujeto del fenómeno sucesorio. El argumento fundamental de esta posición se encuentra en que, si la sucesión ya se había operado en la persona del primer instituido, el llamado para después del heredero ya no puede suceder en el *universum ius defuncti*”. TORRALBA SORIANO, V. (1993). Artículos 781 y 805. En Ministerio de Justicia. *Comentario del Código Civil*. Tomo 1. Madrid, pp. 1973-1974

⁶⁵ En este sentido, RIVAS MARTÍNEZ señala que “El heredero *abintestato pro tempore*, aparte de exigirle el Código el prestar caución suficiente es por lo demás verdadero heredero con todos los derechos que comporta esta condición (percepción de frutos, etc.) y no un mero administrador ni designado como tal por el Código Civil, aunque evidentemente, como en todo supuesto de obligación de restituir, administra los bienes a la vez en interés propio y ajeno”. RIVAS MARTÍNEZ, J. J. (2009). *Derecho de sucesiones. Común y foral*. Tomo I. Madrid: Dykinson, p. 907.

⁶⁶ VALLET DE GOYTISOLO afirmaba que “Si el heredero gravado de restitución llega a heredar, el sustituto fideicomisario, aunque lo sea universal, no será nunca heredero del causante, sino que su posición jurídica se aproximará más bien a la del legatario de una parte alicuota o de una universalidad de derecho”. Añadía VALLET que “El sustituto fideicomisario no hay duda de que trae causa del disponente y no del heredero sustituido, pero esto, si bien basta para no considerarlo heredero de éste, no implica que necesariamente haya de ser heredero de aquel. La adquisición del sustituto fideicomisario se asemeja más a la del legatario de

parte alícuota. Incluso de *facto* fenomenológicamente coincide con la de éste cuando recibe totalmente líquidos los bienes fideicomitidos, es decir, cuando recibe el activo liquidado por el heredero, diferenciándose por la adquisición automática de los bienes —como en los legados vindicatorios— al contrario que en los legados de herencia”. VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (1956). Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula “Si sine liberis decesserit” en el Derecho histórico de Castilla y en el Código Civil. *Anuario de Derecho Civil*, tomo IX-3, 1956, pp. 839-840.

⁶⁷ Ciertamente es que el Código civil español no dice expresamente que el fideicomisario sea heredero. El artículo 781 empieza diciendo que “Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un *tercero* el todo o parte de la herencia [...]”. El precepto simplemente habla, por tanto, de transmitir a un “tercero”; ahora bien, la razón de que no se refiera expresamente a un heredero es que dicho tercero puede ser tanto un heredero, cuando le transmita el todo, como un legatario, cuando solamente le transmita *una parte de la herencia*, expresión que puede referirse tanto a la transmisión de una cuota de la herencia como a algunos bienes singulares. Además, la consideración del fideicomisario como heredero viene corroborada por el hecho de que en ningún precepto se le impone una responsabilidad por las deudas del causante limitada a los bienes que reciba.

⁶⁸ Véase el epígrafe 7.

⁶⁹ En un sistema romanista como el Derecho civil de Cataluña, el fideicomisario también tiene la condición de heredero. El artículo 426-44.1 CCCat empieza diciendo que “La delación a favor del fideicomisario le atribuye la condición de heredero [...]”, y ello a pesar de que no tenga una responsabilidad *ultra vires* respecto a las deudas hereditarias, conforme al artículo 426-46 CCCat.

⁷⁰ La Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil no aclara las muchas dudas que plantea el artículo 805, sino que prácticamente lo reproduce, con el único cambio de que al sucesor “legítimo” lo denomina sucesor “legal” (art. 465-43).

⁷¹ El artículo 859 dispone que “Cuando el testador grave con un legado a uno de los herederos, él sólo quedará obligado a su cumplimiento. Si no gravare a ninguno en particular, quedarán obligados todos en la misma proporción en que sean herederos”.

⁷² Por tanto, el llamamiento al “sucesor legítimo” al que se refiere el artículo 805 mientras no llega o no transcurre el plazo también podrá tener lugar en el legado a plazo, pero solamente cuando el testador no haya instituido un heredero testamentario en toda su herencia, ni haya gravado a un legatario con dicho legado.

⁷³ Podrá gravar a un heredero testamentario y a otro intestado en el caso en que el testador no haya dispuesto por testamento de toda la herencia y no haya gravado con el legado específicamente al heredero testamentario.

⁷⁴ Conforme al artículo 858.1 del Código civil, también se puede gravar con legados a otro legatario, cuando se trate de un legado de cosa ajena: “El testador podrá gravar con mandas y legados, no sólo a su heredero, sino también a los legatarios”. Y los artículos 861 y siguientes admiten la validez del legado de cosa ajena. Se trataría del caso, por ejemplo, en que el testador hiciese un legado a Cayo, y gravase a este con un legado a favor de Ticio sujeto a un plazo resolutorio de diez años de una casa que pertenece al propio Cayo. Si este acepta el legado que le ha hecho el testador, debería cumplir con el legado de transmitir su casa a Ticio durante los diez años fijados. Al transcurrir el plazo fijado, la casa legada será para la persona gravada, es decir, Cayo. Distinto es el caso en que, tratándose de un legado de cosa propia del testador, se instituya a Ticio hasta un determinado plazo (término resolutorio) y a Cayo a partir de dicho plazo (término suspensivo). Ya no se trata este del supuesto al que se refiere el artículo 805.

II, en tanto que el testador ya habrá designado a quién se llamará hasta que llegue o cuando concluya el plazo, y debería interpretarse la voluntad del testador para ver si este ha querido establecer un legado a plazo, o si se trata de un fideicomiso particular.

⁷⁵ Si el término es resolutorio, cuando fallezca el testador tendrá delación el instituido a plazo resolutorio.

⁷⁶ Sin embargo, en una posterior edición de la obra, y en una nueva redacción dada por SANCHEZ REBULLIDA, ello no aparece tan claro, en tanto que circunscribe la delación a la posibilidad de aceptación. LACRUZ BERDEJO, J. L. (1993). *Elementos de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*, Barcelona: José María Bosch Editor, p. 23.

⁷⁷ STS núm. 375/2014 de 2 julio (RJ 2014\4251; ECLI:ES:TS:2014:2654), que señaló que: “Si se recuerda, como hace la sentencia de 4 mayo 2005, las fases del fenómeno sucesorio, la primera de ellas, presupuesto ineludible es la apertura de la sucesión producida por la muerte del causante, como expresa el artículo 657 del Código civil. A esta primera fase sigue la delación, como ofrecimiento concreto de la herencia que puede ser aceptada, que ha sido precedido —normalmente con simultaneidad— por la vocación, como llamamiento abstracto (así lo expresa la sentencia citada de 4 mayo 2005) y, con base en aquel *ius delationis*, el heredero adquiere la herencia por medio de la aceptación (artículo 991 del Código civil) que puede ser expresa o tácita (artículo 999) y esta última (artículo 1000) es la que denomina “actos de señor”, (Partida 6.ª)”. Asimismo, la STS 340/2005 de 4 mayo (RJ 2005\3777) afirmó que: “En las fases del fenómeno sucesorio, tránsito del patrimonio del causante al heredero, se parte de la apertura de la sucesión, momento inicial producido por la muerte del causante, se sigue por la vocación a la herencia, como llamamiento abstracto y general a todos los posibles herederos, testados o intestados y se llega a la delación, ofrecimiento de la herencia al heredero, que da lugar a un derecho subjetivo, *ius delationis*, que facultan la adquisición por la aceptación. La vocación, pues, alcanza a toda persona que ha sido designada como heredero principal o subsidiariamente en el testamento o que puede ser heredero abintestato; es decir, todo sucesor eventual o posible, que se concretará cuando conste quién es o quienes son los llamados que tienen el derecho (derecho subjetivo, *ius delationis*) a aceptar y con la aceptación, adquirir la herencia. Los posibles herederos, con vocación, no tienen un derecho subjetivo, pero sí lo pueden tener; tienen una expectativa jurídica y, por ende, lo cual es importante, un interés legítimo”.

⁷⁸ No obstante, si atendemos a los precedentes de tal precepto, la vinculación de la certeza con el plazo no es tan clara. Así, la Ley 14, título 6.º, Partida 6.ª, establecía que “[...] el que fuese establecido por heredero so alguna condición, *non puede entrar la heredad nin desampararla* fasta que la condición sea cumplida”. Con dichas expresiones (“entrar” la heredad o “desampararla”) parecía hacerse referencia no al hecho de aceptar o repudiar la herencia, sino a entrar en posesión de esta mientras la condición se encuentra pendiente.

⁷⁹ Tal conclusión no es, sin embargo, indiscutida. La incerteza puede venir dada no por la condicionalidad, sino por otras circunstancias, como la posible incapacidad o la existencia de sucesores con un derecho preferente, de manera que se podría afirmar que el heredero condicional tiene la certeza de que, si se cumple la condición, podrá llegar a ser heredero. En el Proyecto de Código civil de 1851, el artículo 823 decía: “Nadie puede aceptar ni repudiar sin estar cierto de haber muerto aquel de cuya herencia se trata, y de su derecho de heredero”; en el comentario a dicho precepto, GARCÍA GOYENA señalaba que “[...] muerto ya el testador, ¿por qué no ha de poder admitir o renunciar un derecho condicional?” (GARCÍA GOYENA, F. [1852]. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Tomo III. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, p. 215), opinión de la que participaba MANRESA: “estamos conformes con la opinión de GOYENA; muerto ya el testador, ¿por qué no

ha de poderse admitir o renunciar un derecho condicional?”, en tanto que consideraba que el derecho del heredero condicional, “si la condición se cumple, arranca de la muerte del testador, por lo que la aceptación es eficaz si se verifica tal cumplimiento, y sólo será ineficaz en caso contrario”; MANRESA y NAVARRO, J. M.^a (1924). Artículo 991. *Comentarios al Código Civil español*. Tomo VII Madrid: Editorial Reus, p. 367.

⁸⁰ En este sentido, y con relación al fideicomiso, ALBALADEJO señalaba que el poder aceptar o repudiar “no depende de haber recibido delación, sino de la *seguridad o certidumbre* del derecho que se tiene o que *se tendrá* a la herencia. La delación lo que hace es que permite, aceptando, adquirir *ya* la herencia al llamado. Y quien no recibió aún delación (como el instituido a término inicial), no puede hacer *ya* suya la herencia, aunque la acepte. Mas puede aceptarla (o repudiarla) y entonces la hará suya cuando el término llegue”; ALBALADEJO, M. (1984). Artículos 781 a 784. En M. Albaladejo (director), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo X, volumen 2. Madrid: EDESA, p. 270. Esta opinión ha sido discutida, con relación al fideicomiso a término, por algunos autores, entre ellos LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHEZ REBULLIDA, F. (1981). *Derecho de Sucesiones*. Barcelona: Librería Bosch, pp. 336-337.

⁸¹ Si el instituido a plazo puede, por voluntad propia, manifestar si acepta o repudia la herencia, también debe poder ser interrogado acerca de ello, de manera que, conforme al artículo 1005 del Código civil, cualquier interesado podrá acudir al Notario para que le interroge respecto a si acepta o repudia la herencia, teniéndose esta por aceptada en el caso de que no conteste en el plazo establecido por la Ley. La justificación es que puede existir un interés legítimo de los otros interesados en la sucesión en aclarar si el instituido desea o no adquirir la herencia, sin que exista una razón legítima y suficiente del llamado para dilatar su decisión.

⁸² Entre los que consideran que el instituido a plazo no tiene delación, se encuentra ALBALADEJO, quien afirma que el “llamamiento a la sucesión —efecto de la institución— no se produce hasta la llegada del término inicial, o cesa desde la del final”; señala ALBALADEJO que “la delación a favor del instituido no tiene lugar al morir el causante, sino a la llegada del término inicial. Y cuando aquél fallece, lo que se produce es la delación a favor del heredero intestado. Y si el término es final, la delación a favor del instituido a término se produce al morir el causante, y la delación a favor del heredero intestado cuando el término llega”. Ahora bien, matiza ALBALADEJO que, en todos los casos, las expectativas que adquieren el heredero a término y el intestado son seguras y transmisibles desde que el causante muere. ALBALADEJO, M. (1984). Artículo 805. En M. Albaladejo (director), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo X, volumen 2. Madrid: EDESA, pp. 546-547. La opinión de ALBALADEJO ha sido seguida, entre otros, por CÁMARA LAPUENTE con relación al fideicomiso, quien si bien reconoce que los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo se inclinan por la tesis de que la delación al fideicomisario y su posibilidad de aceptar la herencia

se produce, en las sustituciones fideicomisarias a término, en el momento de la muerte del testador, considera que “la interpretación más fundada sostiene que la delación al fideicomisario no se produce hasta el cumplimiento del término o condición fijados por el causante, aunque su vocación desde la apertura de la sucesión le confiere una expectativa jurídica especialmente protegida”. Añade que esta expectativa jurídica, es firme y segura (porque el término llegará o el fiduciario morirá) e inscribible en el Registro de la Propiedad, y que es la misma que puede transmitir a sus propios herederos en caso de fallecer antes de la llegada del término, y se puede incluso ceder o negociar *inter vivos* tal derecho por estar ya la sucesión abierta; CÁMARA LAPUENTE, S. (2023). Artículo 781. En A. Cañizares Laso (directora). *Comentarios al Código Civil*. Tomo III. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 3805.

⁸³ Entre los que mantienen que el instituido a término sí tiene delación se encuentra PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, quien afirma que el término lo único que produce es una “suspensión temporal de ciertos efectos”, en concreto que “hasta que el día llegue no pasarán al poder del llamado los bienes hereditarios que sean objeto de la disposición testamentaria”; considera PEÑA que el término suspensivo no impide al heredero o legatario, muerto el testador, adquirir, aun antes de que llegue el día señalado, sus respectivos derechos y “transmitirlos, como bienes integrantes de su propia herencia (cfr. art. 659 CC), a sus herederos”, y que esta doctrina viene corroborada por el artículo 784 CC, conforme la cual “El fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario. El derecho de aquél pasará a sus herederos” (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. [2006]. *El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*. Madrid: Colegios Notariales de España, p. 74). También en esta misma línea, entre otros, y con relación al fideicomiso, Díez PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, quienes conforme a la equiparación que hacen entre delación y derecho a aceptar o repudiar la herencia, a la pregunta de “¿en qué momento se produce la delación hereditaria para los fideicomisarios?”, responden que en el fideicomiso a término “con la apertura de la sucesión”, de lo que deducen que “el fideicomisario puede aceptar o repudiar la herencia desde la apertura de la sucesión porque hay certeza de la muerte de la persona a quien se ha de heredar y de su derecho a la herencia”, conforme al artículo 991 del Código civil; en cambio, si el fideicomiso es condicional, señalan que “la delación se retrasa hasta el tiempo en que ha de cumplirse la condición; entonces es cuando está cierto de su derecho a la herencia” (DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. [1994]. *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*. Madrid: Tecnos, pp. 406-407). También O’CALLAGHAN MUÑOZ afirma que “En caso de que la institución sea a término inicial, la delación se produce inmediatamente y cuando llegue el término adquirirá la herencia; por lo cual, puede aceptar o repudiar antes del término” (O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. [1993]. Artículo 991. En Ministerio de Justicia. *Comentario del Código Civil*. Tomo 1. Madrid, p. 2360). Asimismo, ROCA SASTRE señala que “al morir el causante ya se produce la doble delación definitiva a favor de fiduciario y del fideicomisario”, de manera que este ya tiene un derecho definitivo desde la muerte del testador, derecho que se puede transmitir a terceros en vida y a su muerte a sus herederos (ROCA SASTRE, R. M.^a [2009]. La sustitución fideicomisaria en el derecho común y en el derecho foral. En R. M.^a Roca Sastre y J. Puig Brutau. *Estudios de Derecho Privado*. Vol II. Cizur Menor: Aranzadi – Thomson Reuters, p. 76).

⁸⁴ Véase el epígrafe III.1.B).

⁸⁵ En tanto que es titular de un derecho real de adquisición; véase el epígrafe III.1.B).

⁸⁶ Así lo prevé para el fideicomiso el Código civil de Cataluña, que establece en el artículo 426-38, en sus apartados primero letra a) y segundo, que “1. El fiduciario está facultado por ministerio de la ley para enajenar o gravar bienes de la herencia o el legado fideicomisos,

libres del fideicomiso, en los siguientes casos: a) Para pagar las deudas, las cargas hereditarias, las legítimas y los legados, incluida la percepción de su propia legítima, sin perjuicio de lo establecido por el artículo 451-9. 2. Para hacer los actos a que se refiere el apartado 1, no es preciso la intervención de los fideicomisarios, pero deben notificarse previamente de acuerdo con lo establecido por el artículo 426-42”.

⁸⁷ La razón por la cual puede reclamar únicamente el importe nominal de la cantidad satisfecha, y no el importe actualizado, es que ello le ha permitido no invertir bienes hereditarios para el pago de la deuda, bienes de los que habrá disfrutado hasta la llegada del plazo; véase el epígrafe III.1.B).

⁸⁸ Con relación al fideicomiso, la doctrina mayoritaria considera que tanto el heredero fiduciario como el fideicomisario responden con su propio patrimonio de las deudas hereditarias, salvo que hayan aceptado a beneficio de inventario; véase, por todos, CÁMARA LAPUENTE, S. (2016). Artículo 781. En A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, F. J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (directores). *Código civil comentado*. Volumen III. Cizur Menor: Civitas, Thomson Reuters, pp. 712-713. LACRUZ (En LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. [1981]. *Derecho de Sucesiones*. Barcelona: Librería Bosch, p. 339) entendía que, por aplicación de los artículos 1022 y 1021 (aunque estos artículos no se refieren al supuesto que nos ocupa) el beneficio de inventario realizado por el primer heredero aprovechaba al heredero sucesivo: “si el fiduciario aceptó con beneficio y lo conservó, del sentido de los artículos 1022 y 2021 se desprende que el fideicomisario responde solo *cum viribus* (probablemente, incluso sin solicitud del beneficio: cfr. art. 1021”); también en este sentido, GALICIA AIZPURUA, G. (2013). Artículos 781, 800 y 805. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (director), *Comentarios al Código Civil*. Tomo IV. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 5724. En cambio, VALLET DE GOYTISOLO consideraba que el sustituto fideicomisario coindice con el legatario de parte alicuota “cuando recibe totalmente líquidos los bienes fideicomitados, es decir, cuando recibe el activo liquidado por el heredero, diferenciándose por la adquisición automática de los bienes [...] El sustituto fideicomisario no responde personalmente, sino solo *cum viribus*, de las deudas del fideicomitente, y en modo alguno (a no ser que directamente, por otro título, sea heredero suyo), de las del heredero sustituido, salvo de las mejoras por subrogación” (VALLET DE GOYTISOLO, J. B. [1956]. Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula «Si sine liberis decesserit» en el Derecho histórico de Castilla y en el Código Civil. *Anuario de Derecho Civil*, tomo IX-3, 1956, p. 838). Así ocurre en el Código civil de Cataluña, que limita *ex lege* la responsabilidad del fideicomisario, conforme al artículo 426-46 que establece que “El heredero fideicomisario responde, desde que adquiere el fideicomiso y únicamente con los bienes que reciba, de las deudas y cargas hereditarias que no han sido pagadas con bienes de la herencia, de las deudas legalmente contraídas por el fiduciario a cargo del fideicomiso y de las que determina el artículo 426-47”; véase MARSAL GUILLAMET, J. (2009). Artículo 426-46. En J. Egea y J. Ferrer (directores). *Comentari al llibre Quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les Successions*. Volumen I. Barcelona: Atelier, pp. 695-698.

⁸⁹ Utilizamos la denominación empleada en los artículos 547-1 y siguientes del Código civil de Cataluña que regulan la propiedad temporal: propietario temporal y titular sucesivo.

⁹⁰ Así lo establece el Código civil de Cataluña en el primero de sus artículos dedicados a la propiedad temporal, el artículo 547-1, conforme al cual “el derecho de propiedad temporal confiere a su titular el dominio de un bien durante un plazo cierto y determinado, vencido el cual el dominio hace tránsito al titular sucesivo”.

⁹¹ La consideración del titular sucesivo como propietario ha sido seguida en algunos códigos latinoamericanos, como por ejemplo el artículo 1142 del Código civil de Colombia o

el artículo 1084 del Código civil de Chile, que establece que “La asignación desde día cierto y determinado da al asignatario, desde el momento de la muerte del testador, la propiedad de la cosa asignada y el derecho de enajenarla y transmitirla; pero no el de reclamarla antes que llegue el día”.

⁹² Entre otros, véase LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. (1981). *Derecho de Sucesiones*. Barcelona: Librería Bosch, pp. 278-279, y ALBALADEJO, M. (1984). Artículo 805. En M. Albaladejo (director), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo X, volumen 2. Madrid: EDERSA, pp. 555-556.

⁹³ En este sentido GALICIA AIZPURUA, G. (2013). Artículo 805. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (director), *Comentarios al Código Civil*. Tomo IV. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 5827 señala que “al merecer el sucesor abintestato la consideración de auténtico heredero, le competen todos aquellos derechos que son propios de dicha condición y, así, la percepción de los frutos y las rentas que generen los elementos relictos”.

⁹⁴ Véase el epígrafe II.6.

⁹⁵ “El fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario. El derecho de aquél pasará a sus herederos”; el precepto reproduce el artículo 785 del Proyecto de 1882, que a su vez es idéntico al artículo 1868 del Código Civil Portugués de 1867.

⁹⁶ Así lo entiendo por la aplicación analógica del artículo 82.I del Reglamento Hipotecario.

⁹⁷ Si la institución no es a término sino condicional, el artículo 801.I del Código civil dispone que “Si el heredero fuere instituido bajo condición suspensiva, se pondrán los bienes de la herencia en administración hasta que la condición se realice o haya certeza de que no podrá cumplirse”. Por tanto, en el periodo de pendencia no se atribuye la propiedad de los bienes a otra persona, sino que se ponen en administración. La razón es la situación de incerteza inherente a la condición, y su eficacia retroactiva: si la condición se cumple, se considera que no habrá habido otro propietario que el heredero, debiendo recibir no solo los bienes sino también sus frutos. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2010). Artículo 801. En A. Domínguez Luelmo (director). *Comentarios al Código civil*. Valladolid: Lex Nova, p. 919, señala que, en consecuencia, el llamado, además de adquirir la herencia o el legado, “percibirá también los frutos que los bienes hayan producido, deducidos los gastos”.

⁹⁸ Y añade que “el Código parece entender que, al tratarse de un llamamiento meramente supletorio, la expectativa del heredero abintestato que ha de ingresar tras el instituido a término inicial no merece la misma protección que la del llamado por el testador a término suspensivo o inicial”. También es de esta opinión, entre otros, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2010). Artículo 805. En A. Domínguez Luelmo (director). *Comentarios al Código civil*. Valladolid: Lex Nova, p. 923, quien considera que la norma tiene presente el supuesto del instituido a plazo “y respecto de él no establece deber alguno de afianzar”.

⁹⁹ SANCHEZ ROMÁN, F. (1910). *Estudios de Derecho Civil. Derecho de sucesión*. Tomo VI, volumen 1. Madrid: Est. Tipográfico “Sucesores de Rivadeneyra”, p. 622, afirmaba que “en el caso de la institución de heredero hasta cierto día, debe prestar el instituido fianza suficiente, con intervención del sucesor legítimo, al que a su tiempo se transmitirá la herencia, por la misma razón que existe para que el Código exija, expresamente a este último, el afianzamiento, en el caso de ser la institución con plazo *ex die*. Es un caso análogo al del art. 797, más arriba explicado, y la solución es la misma, fundada en igual criterio, tanto en el terreno de los principios como en el de la ley”.

¹⁰⁰ Así lo entiende ALBALADEJO, M. (1984). Artículo 805. En M. Albaladejo (director), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo X, volumen 2. Madrid: EDERSA,

SA, p. 554, quien argumenta que la razón es la misma en ambos casos, y añade que “aunque no se acepte que deba dar fianza el heredero instituido al intestado, por lo menos no cabe negar que éste podrá pedir algún aseguramiento de su expectativa, ¿y cuál mejor que el de afianzar?”.

¹⁰¹ Véase GALICIA AIZPURUA, G. (2013). Artículo 800. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (director), *Comentarios al Código Civil*. Tomo IV. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 5809-5810, quien afirma, siguiendo la doctrina mayoritaria, que el artículo 800 es aplicable también a las condiciones resolutorias.

¹⁰² La prestación de caución también la exige al fiduciario el artículo 426-21 del Código civil de Cataluña; en cambio, no se exige al propietario temporal en los artículos 547-1 y siguientes, aunque sí se establecen otras medidas para la protección del titular sucesivo.

¹⁰³ En cambio, MUCIUS SCAEVOLA, Q. (1897). Artículo 805 CC. *Código Civil*. Tomo XIII. Madrid: Imprenta de Ricardo Rojas, p. 677, consideraba que “la no prestación de fianza en este caso equivale a la renuncia, y que, por consecuencia, se pasará al siguiente orden de la sucesión *ab intestato*, y así sucesivamente hasta el Estado, el cual, sin duda alguna, no vendría obligado á la prestación de la garantía”.

¹⁰⁴ En este sentido, TORRALBA SORIANO, V. (1993). Artículo 805. En Ministerio de Justicia. *Comentario del Código Civil*. Tomo 1. Madrid, p.1973.

¹⁰⁵ Y esta es también la solución que prevé el Código civil de Cataluña para el legado sujeto a plazo resolutorio, conforme al art. 427-13.2: “el legatario es propietario de los bienes y hace suyos los frutos hasta que venza el plazo o se cumpla la condición, debe prestar garantía y tiene sobre los bienes objeto de legado la misma posición que el fiduciario en las sustituciones fideicomisarias de legado”. Con respecto a dicha garantía, MIRAMBELL I ABANCÓ, A. (2009). Artículo 427-13. En J. Egea y J. Ferrer (directores). *Comentari al llibre Quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les Successions*. Volumen I. Barcelona: Atelier, pp. 789-790, señalaba que deriva de la certeza de que la adquisición es claudicante, y cuando se extinga los bienes deben retornar a la persona gravada, sin que parece que, debido a la finalidad perseguida, pueda ser dispensada por el causante. En este mismo sentido, ALBIOL MARÉS, P. (1994). Artículo 264. En Ll. Jou i Mirabent (coordinador). *Comentarios al Código de Sucesiones*, Barcelona: Bosch, p. 939, afirma que “Es precisamente la certeza del cumplimiento del término resolutorio, lo que exige tener que *asegurar la restitución de los bienes objeto del legado*”. En cambio, si el legado es a término suspensivo, el artículo 426-12 no impone a la persona gravada la obligación de prestar garantía.

¹⁰⁶ Por ejemplo, el testador instituye un heredero a plazo suspensivo, y tiene tres hijos, a quienes como sucesores legítimos les corresponderá la herencia hasta la llegada del término; si alguno de ellos no proporciona la correspondiente caución, su parte será administrada por los restantes que sí la hayan prestado.

¹⁰⁷ Cabría tener en cuenta, sin embargo, la posibilidad de conflicto de intereses, dado que mientras al titular actual le interesaría obtener un rendimiento inmediato de los bienes, al titular sucesivo le convendría la inversión cara a un rendimiento futuro.

¹⁰⁸ Los artículos 802 y 803 del Código civil ofrecen una serie de reglas que pueden ayudar a discernir a quién corresponde la administración de los bienes cuando el propietario temporal no presta caución. Tales artículos establecen que la administración podrá corresponder, por el siguiente orden, a 1.º los coherederos con derecho de acrecer; 2.º el propio heredero condicional; 3.º los herederos presuntos (se trataría del sustituto vulgar y de los herederos legales); y 4.º a un administrador judicial. De este cúmulo de sujetos hay que descartar, en el supuesto que nos ocupa, al segundo, que sería el propio propietario temporal que no ha podido entrar en posesión de los bienes por no querer prestar caución.

¹⁰⁹ En sede de legados, únicamente el apartado segundo del artículo 427-13 del Código civil de Cataluña, relativo al legado bajo término o condición resolutorios, establece la obligación del legatario de prestar garantía, asimilándolo al fiduciario en los fideicomisos particulares.

¹¹⁰ Sigue diciendo el artículo 426-22, en sus apartados segundo y tercero, que “2. Salvo que el fideicomitente disponga otra cosa, puede sustituirse el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el apartado 1.b y c, a elección del fiduciario, por una fianza suficiente, que no queda dispensada aunque los fideicomisarios inmediatos sean hijos o hermanos suyos. Si el fiduciario opta por prestar esta fianza, puede dar al dinero o a los valores sujetos a fideicomiso el destino que estime conveniente. 3. Los gastos ocasionados por el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el apartado 1.b y c corren a cargo de la herencia o del legado fideicomisos, y los de prestación de la fianza opcional regulados por el apartado 2, a cargo del fiduciario”.

¹¹¹ Según señala MONTSERRAT VALERO, A. (1994). Las garantías del fideicomisario en el nuevo Codi de Successions catalán. En Área de Dret Civil de la Universitat de Girona, *Setenes Jornades de Dret Català a Tossa*. Barcelona: PPU, pp. 396-398, esta es la razón por la que, a diferencia del usufructo, la caución por la restitución no alcanza a los bienes inmuebles.

¹¹² El régimen del fiduciario, que podría ser aplicable por analogía al propietario temporal, no se encuentra regulado sin embargo en el Código civil español, que en el artículo 783, en su segundo apartado, se limita a establecer que “El fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa”.

¹¹³ Respecto a la obligación de conservar la forma y sustancia, puede verse, entre otros, TORRELLES TORREA, E. (2010). Artículo 467. En A. Domínguez Luelmo (director). *Comentarios al Código civil*. Valladolid: Lex Nova, pp. 589-590.

¹¹⁴ En el Código civil de Cataluña eso mismo cabe deducir del hecho de que los artículos 547-1 y siguientes asimilan el propietario temporal al propietario ordinario (art. 547-6.1), no imponen la obligación de reparar o reconstruir el bien, y solamente lo hacen responsable de los daños que sufra el bien por su dolo o culpa (art. 547-10.2); véase DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E. (2023). *Derecho civil de Cataluña, Derechos reales*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, pp. 168-169.

¹¹⁵ Con respecto a si el importe de dichas reparaciones se debe abonar o no al propietario temporal, véase el epígrafe 4.B.b).

¹¹⁶ Véase el epígrafe 2.

¹¹⁷ Norma que, aunque relativa a las condiciones, puede ser aplicable por analogía también al término.

¹¹⁸ Así lo prevé, con relación al fideicomiso, el artículo 426-23.5 del Código civil de Cataluña: “Los fideicomisarios pueden exigir al fiduciario información sobre el estado de los bienes sujetos al fideicomiso si existen motivos para suponer que se están poniendo en peligro”.

¹¹⁹ También lo contempla el artículo 426-23 del Código civil de Cataluña en su apartado segundo, que establece que “Si el fiduciario pone en peligro, disipa o daña gravemente los bienes fideicomisos, el fideicomisario puede exigirle garantía suficiente en seguridad del pago de la indemnización de los daños y perjuicios causados por sus actuaciones. Si se trata de un fideicomiso a plazo, el fideicomisario puede optar entre exigir la prestación de garantía o el tránsito inmediato de los bienes fideicomisos. En caso de que este tránsito no sea posible o se trate de un fideicomiso sometido a condición, si el fiduciario no presta garantía, el fideicomisario puede solicitar a la autoridad judicial que nombre a un administrador”.

¹²⁰ El artículo 426-50 del Código civil de Cataluña, en su primer apartado, prevé la impugnación de los actos dispositivos realizados en fraude del fideicomiso, cuando dispone en su

primer apartado que “Una vez adquirido el fideicomiso, el fideicomisario puede impugnar por ineficaces todos los actos de enajenación y gravamen que el fiduciario haya hecho en fraude o perjuicio de la herencia o el legado fideicomisos, y reivindicar los bienes enajenados o gravados indebidamente o afectos al fideicomiso condicional, sin perjuicio de lo establecido por el artículo 426-42 y de la protección de terceros adquirentes de acuerdo con la legislación hipotecaria, pero no puede reclamar los frutos anteriores”.

¹²¹ Véase el epígrafe II.4.A.a).

¹²² En este sentido, MARCO MOLINA, J. (2010). Artículo 1532. En A. Domínguez Luelmo (director). *Comentarios al Código civil*. Valladolid: Lex Nova, pp. 1672-1673.

¹²³ Así lo establece claramente, con relación al fideicomiso, el artículo 426-35 del Código civil de Cataluña, que después de disponer en su primer apartado que: “Mientras el fideicomiso no sea deferido al fideicomisario, este puede enajenar, gravar, renunciar y señalar para el embargo su derecho a adquirir la herencia o el legado fideicomisos”, añade en el apartado segundo que “La enajenación, el gravamen o el embargo *deben limitarse a los bienes que correspondan al fideicomisario al deferirse el fideicomiso*”.

¹²⁴ Véase los epígrafes II.6. y el III.1.2.

¹²⁵ Aunque la cuestión no ha estado exenta de polémica, por preceptos tales como los artículos 657 y 661 del Código Civil, que podrían dar a entender que el heredero lo es desde la apertura de la sucesión sin necesidad de aceptación (la llamada tesis germanista). Sin embargo, el artículo 989, que establece el efecto retroactivo de la aceptación hereditaria, es decisivo para concluir que el Código civil español sigue el sistema adquisitivo romano que exige la aceptación para la adquisición de la herencia. En cambio, en el fideicomiso, la mayoría de la doctrina considera que el fideicomisario adquiere sin necesidad de aceptación la herencia fideicomisa, una vez llegado el plazo o cumplida la condición. ROCA SASTRE, R. M.^a (2009). La adquisición y la repudiación de la herencia en el Derecho común y en el Derecho foral. En R. M.^a Roca Sastre y J. Puig Brutau. *Estudios de Derecho Privado*. Volumen II. Cizur Menor: Aranzadi – Thomson Reuters, p. 96, afirma que “El derecho del fideicomisario, llegado el momento de la restitución, lo adquiere éste *ipso iure*, de modo que desde que tuvo la delación del fideicomiso a su favor, deviene propietario de los bienes fideicomitados”; en el mismo sentido, ALBALADEJO, M. (1993). Artículo 783. En Ministerio de Justicia. *Comentario del Código Civil*. Tomo 1. Madrid, p. 1930, señala que “El fideicomisario recibe una delación a la herencia fideicomitada que le convierte automáticamente en heredero (en el puesto del fiduciario que ha dejado de serlo) del sustituyente, a reserva de poder repudiar el fideicomiso”. En el Código civil de Cataluña, el artículo 426-44.1 establece expresamente que el fideicomisario adquiere el fideicomiso de manera automática: “La delación a favor del fideicomisario le atribuye la condición de heredero o de legatario”; tal adquisición automática es coherente con su responsabilidad limitada por las deudas hereditarias, conforme al art. 426-46; véase la nota 88.

¹²⁶ Véase el epígrafe II.7.

¹²⁷ Véase el epígrafe II.7.

¹²⁸ En el Código civil de Cataluña la regulación de la propiedad temporal presenta discordancias con la del fideicomiso; mientras los artículos 426-47.1.b) y 426-29.1 permiten al fiduciario exigir el importe de los gastos y de las mejoras, del artículo 547-10 se deduce que el propietario temporal no tiene derecho a exigir el abono de dichos gastos y mejoras.

¹²⁹ Véase COCA PAYERAS, M. (1993). Artículo 433. En Ministerio de Justicia. *Comentario del Código Civil*. Tomo 1. Madrid, pp. 1171-1173.

¹³⁰ Conforme a la denominación de los artículos 453 y 454 del Código civil.

¹³¹ En este sentido, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a (1993). Artículo 454. En Ministerio de Justicia. *Comentario del Código Civil*. Tomo 1. Madrid, p. 1222.

¹³² La solución propuesta discrepa, por tanto, de lo que prevén para el fideicomiso el artículo 783 del Código civil y los artículos 426-47.1.b) y 426-29.1 del Código civil de Cataluña; en cualquier caso, y aunque ello no sea concluyente para justificar la diferencia de régimen, téngase en cuenta que el régimen del fideicomiso se aplica tanto al sujeto a término como al condicional.

¹³³ Con respecto a las reparaciones ordinarias, en el epígrafe 3.A) se ha afirmado que el propietario temporal solamente está obligado a realizarlas cuando de no hacerlas se comprometa la existencia del bien. Si la reparación es extraordinaria, en tanto que motivada por circunstancias externas, ajenas al uso ordinario por su titular, la regla general debería ser que el propietario temporal no está obligado a acometerlas; sin embargo, la equidad debería ponderarse en aquellos casos en los que, de no realizarlas, se derive un perjuicio superior al causado por el agente externo.

¹³⁴ Para el fideicomiso, el artículo 783 del Código civil da a entender que sí deben abonarse los gastos extraordinarios, al tratarse sin duda alguna de un “pago legítimo”; también el artículo 426-47.1.b) del Código civil de Cataluña, cuando establece que el fiduciario tiene derecho a exigir “el reembolso de los gastos pagados por el fiduciario que sean a cargo del fideicomiso”.

¹³⁵ El segundo apartado del artículo 783 del Código civil, con relación al fideicomiso, empieza diciendo que “El fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario [...]”. La obligación de entrega de la posesión también la establece el artículo 426-45 del Código civil de Cataluña “1. Una vez deferido el fideicomiso, el fiduciario o sus herederos deben entregar la posesión de la herencia o el legado fideicomisos al fideicomisario en el plazo de un mes a contar del día siguiente al día en que sean requeridos por vía notarial o judicial. 2. Si el fiduciario o sus herederos no entregan la posesión dentro del plazo fijado por el apartado 1, tienen la consideración de meros detentadores y dejan de hacer suyos los frutos. El fideicomisario puede reclamar judicialmente la posesión de los bienes por los medios establecidos por la legislación procesal”. En cambio, el artículo 547-10.1 del Código civil de Cataluña, con relación a la propiedad temporal, establece que “La extinción de la propiedad temporal supone que el titular sucesivo adquiere el dominio del bien, toma posesión de él por sí mismo y puede ejercer las acciones de protección de la propiedad y de la posesión que le correspondan”; la diferencia respecto al régimen del fideicomiso se puede encontrar en que mientras conforme al artículo 426-47.1 el fiduciario tiene derecho a exigir al fideicomisario que le abone una serie de gastos, y el artículo 426-48 le concede un derecho de retención mientras no se le satisfagan tales gastos, los artículos 547-1 y siguientes no establecen que tales gastos sean abonables.

¹³⁶ Respecto al fideicomiso, así lo entiende la mayoría de la doctrina, sobre la base de la analogía con el poseedor de buena fe (art. 453.II CC); véase ALBALADEJO, M. (1984). Artículos 781 a 784. En M. Albaladejo (director), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo X, volumen 2. Madrid: EDERSA, p. 375. El Código civil de Cataluña lo establece expresamente en el artículo 426-48 CCCat: “1. El fiduciario o sus herederos pueden retener la posesión de la herencia o el legado fideicomisos si dentro del plazo fijado por el artículo 426-45 comunican notarialmente al fideicomisario la decisión de hacerlo, de acuerdo con la ley, para alguno de los créditos a que se refiere el artículo 426-47, e indican su importe. 2. El derecho de retención subsiste mientras la cantidad total fijada no ha sido consignada, afianzada o satisfecha, sin perjuicio de su posterior comprobación definitiva”.

El inaccesible derecho a la vivienda: entre la propiedad, el arrendamiento y las tenencias intermedias

The inaccessible right to housing: between ownership, leasing, and intermediate tenancies

por

CAROLINA DEL CARMEN CASTILLO MARTÍNEZ

Catedrática de Derecho Civil en la Universitat de València

Magistrada en situación de excedencia voluntaria en la carrera judicial

Académica de número de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación

“La casa debe ser el estuche de la vida, la máquina de felicidad”

Le Corbusier

“Mi hogar es mi lugar de retiro y descanso de las guerras.

Intento mantener este rincón como un refugio contra la tempestad exterior, mientras
hago otro rincón en mi alma”

Michel de Montaigne

“La vivienda no es sólo un bien inmobiliario,
es también una forma de consolidación espiritual”

Mario Benedetti

RESUMEN: En la consideración del derecho a la vivienda confluyen múltiples aspectos heterogéneos sin cuya observación conjunta no pueden ser entendidos en plenitud ni la relevancia ni la sustancia del mismo, pero que también permiten calibrar la complejidad del fenómeno que integran. La vivienda constituye un objetivo inaccesible para buena parte de los ciudadanos y quienes ven posible su acceso a la misma lo hacen a través de la (triple) vía de la propiedad, el arrendamiento o, en su caso, de las llamadas tenencias intermedias, cauces todos ellos no exentos de inconvenientes al tiempo de su valoración, esencialmente para el titular dominical

del inmueble. En relación con la adquisición de la titularidad dominical, enfrentada actualmente a la ocupación inmobiliaria blindada por la vulnerabilidad, resulta que la demarcación del derecho de propiedad, con fundamento en su función social, encuentra límite en su contenido esencial, ya precisado por el TC y que será nuevamente concretado al resolver los recursos pendientes contra la Ley 12/2023, presentada por el Ejecutivo como panacea de solución al problema del derecho a una “vivienda digna y adecuada” que la CE reconoce en su artículo 47. En el ámbito del acceso locaticio también la regulación del arrendamiento inmobiliario ha sido legalmente revisada, pero la realidad demuestra que intervenir, como se pretende, el mercado de las rentas no resulta el expediente idóneo para solucionar el problema y, ante la confrontación argumental con trasfondo ideológico que nos invade, la más autorizada doctrina defiende la conveniencia de no topar los precios y renunciar a la imposición de normas que tensan el escenario provocando un mercado constreñido, extremadamente regulado y marcadamente punitivo. En cuanto a las tenencias intermedias aún se presentan como posibilidades marginales, por su limitación espacial y su escasa difusión. A la revisión de estas cuestiones se dedica el presente trabajo.

ABSTRACT: In the consideration of the right to housing, multiple heterogeneous aspects converge without whose joint observation neither the relevance nor the substance of the right to housing can be fully understood, but which also allow us to gauge the complexity of the phenomenon of which they are an integral part. Housing constitutes an inaccessible objective for a good part of the citizens and those who see their access to it possible do so through the (triple) route of ownership, renting or, as the case may be, of the so-called intermediate tenancies, all of them not exempt from inconveniences at the time of their valuation, essentially for the owner of the property. In relation to the acquisition of ownership, currently faced with real estate occupation shielded by vulnerability, it turns out that the demarcation of the right of ownership, based on its social function, is limited by its essential content, already specified by the TC and which will again be specified when resolving the pending appeals against Law 12/2023, presented by the Executive as a panacea solution to the problem of the right to “decent and adequate housing” which the EC recognizes in article 47. In the field of lease access, the regulation of real estate leasing has also been legally revised, but reality shows that intervening, as intended, in the rental market is not the best way to solve the problem and, in view of the confrontation of arguments with ideological undertones that invades us, the most authoritative doctrine defends the convenience of not capping prices and renouncing the imposition of rules that tighten the scenario causing a constrained market, extremely regulated and markedly punitive. As for intermediate holdings, they are still presented as marginal possibilities, due to their spatial limitation and their scarce diffusion. This paper is devoted to reviewing these issues.

PALABRAS CLAVE: derecho a la vivienda, propiedad, ocupación inmobiliaria, arrendamiento de vivienda, zona tensionada, gran tenedor, control de rentas, intervención del mercado, tenencias intermedias.

KEYWORDS: *Right to housing, property, real estate occupation, housing rental, stressed area, large holder, rent control, market intervention, intermediate holdings.*

SUMARIO: I. LA CONFIGURACIÓN POLIÉDRICA DEL DERECHO A LA VIVIENDA Y LAS POSIBLES VÍAS DE ACCESO A LA VIVIENDA HABITUAL.—II. LA LEY 12/2023, DE 24 DE MAYO, POR EL DERECHO A LA VIVIENDA Y LA SITUACIÓN DEL PROPIETARIO. PROPIEDAD INMOBILIARIA, VULNERABILIDAD Y LEGALIZACIÓN DE LA OCUPACIÓN DE INMUEBLES. 1. ASPECTOS COYUNTURALES DEL PROCESO DE ELABORACIÓN NORMATIVA DE LA LEY 12/2023, DE 24 DE MAYO, POR EL DERECHO A LA VIVIENDA Y ALGUNA OTRA CONSIDERACIÓN PREVIA. 2. VULNERABILIDAD EN LA LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA. 3. LA PROPIEDAD VULNERABLE. OCUPACIÓN ILEGAL DE INMUEBLES: COORDENADAS Y REMEDIOS CIVILES FRENTE A LA MISMA.— III. ARRENDAMIENTO Y VIVIENDA URBANA. REVISIÓN CRÍTICA DE LAS MEDIDAS LEGALES ESTABLECIDAS POR LA LEY 12/2023, DE 24 DE MAYO, POR EL DERECHO A LA VIVIENDA, EN EL ÁMBITO LOCATICIO. 1. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. SINTÉTICO ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRINCIPALES MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 12/2023 EN LA LEGISLACIÓN ARRENDATICIA. 3. BREVE CONSIDERACIÓN CONCLUSIVA.—IV. LAS TENENCIAS INTERMEDIAS FACILITADORAS DEL ACCESO A LA VIVIENDA.—V. CONSIDERACIÓN FINAL: NUEVOS TIEMPOS, NO TAN NUEVAS SOLUCIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA

I. LA CONFIGURACIÓN POLIÉDRICA DEL DERECHO A LA VIVIENDA Y LAS POSIBLES VÍAS DE ACCESO A LA VIVIENDA HABITUAL

Al margen o, mejor, además, de la polémica suscitada y no resuelta acerca de la ponderación del derecho a la vivienda como derecho fundamental o, en un estadio menos jerarquizado, simplemente como derecho subjetivo, y también aparte de la cuestión no cerrada acerca del valor directamente normativo o meramente programático del artículo 47 de la CE, en la consideración del derecho a la vivienda confluyen múltiples perspectivas heterogéneas (jurídicas, de política social —significativamente, el relativo a la protección de las personas vulnerables—, de posibilidades de acceso a la vivienda habitual, de desarrollo sostenible...), sin cuya observación conjunta no pueden ser entendidos en plenitud ni la relevancia ni el contenido esencial del derecho a la vivienda, pero que, sin duda, también permiten calibrar la complejidad del fenómeno que integran.

En efecto, tratar del derecho a la vivienda supone afrontar cuestiones variopintas, atinentes, entre otros muchos aspectos, al acceso al crédito o préstamo hipotecario —señaladamente protagonista de la tacha de abusividad de sus cláusulas—; a la salud; a la propiedad; a la intimidad personal y familiar; al derecho al domicilio, a la correspondencia y su inviolabilidad; al ámbito tributario; al medio ambiente; a la especulación; al ahorro o a la inversión financiera; y a la seguridad. En todo caso, no cabe desatender que, en su ponderación primera, el derecho a la vivienda se vincula de manera radical a la dignidad del ser humano y al desarrollo de su condición personal (art. 10.1 CE, como reflejo de todas las Declaraciones de Derechos Humanos, y algunos otros textos constitucionales de nuestro entorno cultural y jurídico).

Específicamente considerado en el artículo 47 de nuestra Norma Fundamental —en el Capítulo Tercero de la Norma Fundamental, que lleva por rúbrica *De los principios rectores de la política social y económica*—, el derecho a la vivienda se vincula con otros derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución, en relación con los que actúa como instrumento para la consecución de los fines que aquéllos persiguen (propiedad, igualdad, inviolabilidad del domicilio..., entre otros y como más destacables). Precisamente, es esta vinculación instrumental o accesorio la que ha servido de fundamento habilitante de alguno de los pronunciamientos del TEDH sobre la vivienda¹ (cfr., entre otros, caso Connors c. Reino Unido, caso McCann c. Reino Unido, caso O'Rourke c. Reino Unido, caso Yordanova y otros c. Bulgaria, caso Rousk c. Suecia, caso Popov y otros c. Rusia, caso Pařízek c. República Checa, caso Debono y Dimech c. Malta o, el más reciente caso Naformita c. Moldavia), a pesar de que el derecho a la vivienda, como tal, no se encuentre expresamente recogido en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, más conocido como la Convención Europea de Derechos Humanos, que fue adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor en 1953, resultando enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, y ratificado por España mediante Instrumento de 10 de octubre de 1979². Ciertamente, resulta asumible que la doctrina del TEDH ofrece posibilidades en orden a alcanzar una proyección de justicia en la aplicación práctica del derecho a la vivienda, aunque no de manera directa ni inmediata, al menos hasta que se verifique un avance en la consideración de su vinculación con los derechos humanos regulados por la Convención y, asimismo, se concrete el alcance de su implicación con los mismos en relación con su ponderación como derecho humano, si bien resulta significativo que el TJUE en algunos de sus pronunciamientos haya vinculado el derecho a la vivienda con el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que regula el derecho a la vida privada y familiar, lo que supone un paso adelante en la conformación del derecho a la vivienda en su dimensión de derecho subjetivo generador de obligaciones positivas y, en consecuencia, protegible por el Tribunal de Estrasburgo³. En todo caso, resulta

de interés precisar que es la aplicación de la doctrina del TEDH a los conflictos entre particulares la vertiente que presenta una más acentuada dificultad, determinante de una polémica relacionada con la prevalencia de las normas de Derecho público —señaladamente las contenidas en los textos constitucionales— frente a las de Derecho privado que, entre otras posibilidades, legitiman al titular dominical para recobrar la posesión de su vivienda en los supuestos de impago de las amortizaciones del préstamo hipotecario o, significativamente y a los efectos de parte de la materia que nos va a ocupar, de las rentas arrendaticias vencidas y exigibles.

Además, en el ámbito revisado no cabe desatender la circunstancia de que la demarcación del derecho de propiedad —todavía la más frecuente y preciada vía de acceso a la vivienda— con fundamento en su función social encuentra como límite el contenido esencial del derecho⁴, que próximamente puede resultar de nuevo precisado, al menos en parte, por el Tribunal Constitucional al resolver los recursos planteados y todavía no resueltos contra la Ley 12/2023.

Por otra parte, en el contexto señalado, y atendida la circunstancia de que una más intensa protección jurídica del derecho a la vivienda bien podría interpretarse como una potenciación secuencial, o inevitablemente, consecuente del derecho a la propiedad privada, entiendo que debe encuadrarse la tensión existente entre la protección del interés de quienes pretenden acceder a la vivienda habitual por otras vías diversas de la adquisición de su titularidad dominical (básicamente el contrato de arrendamiento) y los propietarios de las mismas, con especial atención a las soluciones que en cada momento ha venido ofreciendo el legislador, casi nunca satisfactorias para ambos extremos de la contienda y que, inveteradamente, han protagonizado ese cíclico desplazamiento pendular en función de que se prime el interés protegible del arrendador o el constituido por los derechos del arrendatario. Una mera revisión de la evolución de nuestra legislación locaticia así lo confirma. Desde esta perspectiva, además, no cabe desatender el dato de la constatada persistente inclinación del ciudadano español a la adquisición de su vivienda —en propiedad— frente a la opción del arrendamiento (tal y como reflejan las estadísticas oficiales⁵ y pone de relieve autorizada doctrina⁶), en cuya consideración podríamos encontrar factores de muy diversa índole (cultural, social, económica...) que en esta sede no es posible analizar pero que conviene tener presente, y ello a pesar de que el legislador —también con la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda—, pretende incentivar el alquiler frente a la propiedad, (i) ampliando desde el punto de vista de la política social la oferta de viviendas de protección oficial —VPO— en las que originariamente el precio de la renta (como también el de su venta) se encuentra regulado por la Administración Pública, y que están destinadas a personas con recursos limitados y, (ii) en el ámbito del mercado libre (viviendas de renta libre cuyo precio de venta o arrendamiento teóricamente debiera regirse por la ley de la oferta y la demanda) mediante la contención de las rentas del alquiler al topar el precio que el propietario

puede cobrar al arrendatario, diferenciando para ello entre zonas de mercado tensionado —señaladamente espacios de destacada actividad y movilidad personal, en las que se aprecia un riesgo de escasez, o incluso una carencia, de oferta y que deben ser declaradas previamente como tales por las Administraciones autonómicas— y las que no lo están, así como también mediante la distinción entre grandes tenedores⁷ —que pueden serlo los propietarios de cinco o más viviendas— y quienes, de acuerdo con los parámetros legalmente señalados, no lo son.

Respecto de la señalada cuestión atinente a la confrontación propiedad vs. arrendamiento en el acceso a la vivienda, asimismo resulta necesario proceder a una revisión aséptica del patrón que, a tal efecto, ofrece la vigente normativa reguladora del derecho a la vivienda, a fin de concluir si en la resolución del conflicto de interés planteado el legislador se ha regido por un prudente juicio de razonabilidad⁸ o, por el contrario, han prevalecido de manera radical los postulados ideológicos sobre los fundamentos jurídicos entre los que debe hallarse de modo esencial la previsible efectividad de la norma como criterio de solución ponderada del problema y vía de armonización de las diversas pretensiones encontradas. Y, resuelta esta cuestión, inferir a último si la normativa implantada realmente va a ofrecer soluciones prácticas eficaces al problema del acceso a la vivienda o si, por el contrario, únicamente va a contribuir a complicar la lamentable situación actualmente existente.

También, al hilo de lo expuesto, resulta de interés ponderar si la vigente regulación acomete la implementación de medidas coyunturales (en esencia, sustentadas en la consideración de una etapa de crisis, por definición transitoria, como fue la determinada por la inmobiliaria de 2007-2008, o la propiciada por la sanitaria del Covid-19), o bien pretende asentar un modelo estructural, por tanto, de naturaleza estable y con pretensión de permanencia futura.

Finalmente, en la consideración de este entramado de cuestiones, atendida la cuestionada y controvertida distribución competencial de la materia abordada determinante de la confrontación entre Administraciones Públicas —estatal y autonómica—, no cabe desatender la circunstancia de los costes que la implantación de las medidas legalmente dispuestas va a suponer para la Administración que tenga encomendada su efectividad, y la ponderación de si, desde un análisis económico del Derecho⁹, estos gastos van a resultar asumibles o, por el contrario, la carencia real de medios va a convertir en ilusoria la aplicación práctica de la Ley y, en consecuencia, nos encontramos ante una previsión normativa inútil, que tan sólo sirve al reclamo político y se encuentra proyectada a la consecución de fines puramente electoralistas, pero no a la solución de una apremiante necesidad social, complicando por otra parte situaciones que ya de suyo eran de difícil solución incluso antes de la entrada en vigor de la Ley 12/2023.

Actualmente en España la vivienda constituye un objetivo inaccesible para buena parte de los ciudadanos que, por tal circunstancia, ven imposibilitado el ejercicio

de un derecho constitucionalmente reconocido, y quienes ven posible su acceso a la misma lo hacen a través de la (triple) vía de la propiedad, el arrendamiento o, en su caso, de las llamadas tenencias intermedias, surgidas como alternativa a la dicotomía vivienda en propiedad/vivienda en alquiler, basadas en el fraccionamiento dominical¹⁰ y, en alguna medida, ya ensayadas en el ámbito autonómico (así, en Cataluña, la propiedad compartida y la propiedad temporal¹¹), cauces todos ellos no exentos de inconvenientes al tiempo de su valoración. En relación con la adquisición de la titularidad dominical, enfrentada actualmente a la ocupación inmobiliaria blindada por la vulnerabilidad, como ya indiqué, resulta que la demarcación del derecho de propiedad, con fundamento en su función social, encuentra límite en su contenido esencial, ya precisado por el TC y que, como he anticipado, previsiblemente será nuevamente concretado al resolver los recursos pendientes contra la Ley 12/2023, presentada por el Ejecutivo como panacea de solución al problema del derecho a una “vivienda digna y adecuada” que la CE reconoce en su artículo 47. En el ámbito del acceso locatício también la regulación del arrendamiento inmobiliario ha sido legalmente revisada por la reciente normativa, pero la realidad demuestra que intervenir, como se pretende, el mercado de las rentas no resulta el expediente idóneo para solucionar el problema y, ante la confrontación argumental con trasfondo ideológico que nos invade, la más autorizada doctrina, ya desde la valoración del texto prelegislativo¹², ha venido defendiendo la necesidad de no topar los precios y renunciar a la imposición de normas que tensan el escenario provocando un mercado constreñido, extremadamente regulado y marcadamente punitivo. En cuanto a las tenencias intermedias se presentan como posibilidades marginales, por su limitación espacial aplicativa y su aún escasa difusión. A la revisión crítica de estas vías de acceso a la vivienda se dedica el presente trabajo.

II. LA LEY 12/2023, DE 24 DE MAYO, POR EL DERECHO A LA VIVIENDA Y LA SITUACIÓN DEL PROPIETARIO. PROPIEDAD INMOBILIARIA, VULNERABILIDAD Y LEGALIZACIÓN DE LA OCUPACIÓN DE INMUEBLES

1. ASPECTOS COYUNTURALES DEL PROCESO DE ELABORACIÓN NORMATIVA DE LA LEY 12/2023, DE 24 DE MAYO, POR EL DERECHO A LA VIVIENDA Y ALGUNA OTRA CONSIDERACIÓN PREVIA

Desde un punto de vista centrado en el derecho de propiedad, con la perspectiva que ofrecen los más de dos años transcurridos desde su entrada en vigor, una valoración general de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, que permita comprender la razón y alcance del paradigma implantado impone la consideración de los más señalados avatares que caracterizan su pro-

ceso de elaboración normativa y el contexto en que la misma se desarrolla, en necesaria relación con el resultado final que refleja su contenido.

Inicialmente no cabe desatender la circunstancia de que nos hallamos ante una Ley con unos precedentes y un proceso de tramitación marcadamente controvertidos y particularmente complicados¹³. En este sentido es de constatar que las discrepancias sustantivas sobre la regulación que la Ley contiene se manifestaron ya desde el inicio de su proceso de elaboración no sólo entre atávicos oponentes políticos sino también entre los propios socios que actualmente conforman el Ejecutivo, lo que evidencia una patente tirantez ideológica —que, obviamente, encuentra reflejo en la configuración de los derechos regulados—, produciéndose, además, su aprobación en el contexto de una doble campaña electoral —autonómica y municipal— en curso y a pocos días de la celebración de las votaciones, cuyo resultado abocó a la convocatoria de unas elecciones generales anticipadas.

Por otra parte, queda patente que el proceso de elaboración de la norma resulta revelador de una tensión subyacente entre dos modelos antagónicos también en orden a la consideración del derecho de propiedad, fundados en patrones ideológicos opuestos; uno de naturaleza señaladamente intervencionista y otro de índole más liberal o contrario al intervencionismo estatal¹⁴.

Además, como ya señalé, la norma se gesta y encuadra en el complejo y debatido contexto de la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito de la materia que aborda (art. 148.1.3.º CE¹⁵). Buena muestra de ello es la constituida por el contexto de enfrentamiento en que se elabora el Informe emitido por el CGPJ al Anteproyecto de Ley en fecha 14 de enero de 2022 que rebatió por 15/6 votos una propuesta de dictamen al aprobar una enmienda a la totalidad; posteriormente, el 27 de enero del mismo año resultó aprobado el nuevo dictamen, que vino a rechazar de plano el texto prelegislativo con el voto particular de los 6 vocales que habían apoyado el primer informe.

En suma, se trata de una norma que ha nacido arropada por una amplia polémica que se centra básicamente en dos aspectos: por una parte, en las cuestiones de índole competencial, ya tradicionales en materia de vivienda (de hecho, al momento de elaborar este trabajo, existían presentados ocho recursos de inconstitucionalidad al texto ya vigente, uno de los cuales ya ha sido resuelto¹⁶), posibles precursores también de una falta de colaboración por parte de algunos Gobiernos autonómicos de los que va a depender la implementación de una buena parte de las medidas diseñadas en la Ley estatal; y, por otro lado, y en el específico contexto de la relación arrendamiento-propiedad, en las limitaciones que el legislador impone al propietario arrendador, especialmente en el supuesto de los “grandes tenedores” en “zonas tensionadas” (ambos conceptos acuñados “ex novo” por la Ley 12/2023, a los que me referiré posteriormente de manera más

concreta), que permiten plantearse hasta qué punto puede entenderse constreñido por la norma el *contenido esencial* del derecho de propiedad que garantiza la Constitución (cfr. art. 53.1 en relación con el 33 CE) y consagra de manera relevante con su doctrina nuestro Tribunal Constitucional, toda vez que con la Ley 12/2023 se impone un nada disimulado intervencionismo estatal en la fijación de las rentas dirigido a su contención, se sanciona fiscalmente la desocupación de viviendas por parte de sus titulares dominicales y se dilata para el propietario el procedimiento de los desahucios en aquellos supuestos en que la parte arrendataria se encuentre en situación de vulnerabilidad¹⁷. Éste último aspecto atinente a la inserción normativa del concepto jurídico indeterminado de la “vulnerabilidad” conduce a la consideración de la atención que la Ley concede al fenómeno de la ocupación y, señaladamente en el mismo contexto, a la situación de la llamada inquilocupación, que merecen una consideración siquiera básica. Más adelante me referiré a ello de manera específica.

En efecto, como es sabido, a partir de la STC 37/1987, de 26 de marzo, relativa a la reforma agraria andaluza, consolida el fundamento de que utilidad individual —como satisfacción del interés privado del titular dominical— y función social —como servicio a los valores o interés de la colectividad— constituyen los elementos que delimitan el contenido esencial del derecho de propiedad consagrado en el art. 33 CE o, más propiamente, las vertientes de aprovechamiento y vocación funcional de los bienes objeto del mismo, designándose comúnmente con la expresión “función social” aquellas razones de interés público que imponen limitar el derecho a la propiedad privada.

La consideración de la llamada “función social”¹⁸ adquiere un relieve especial en el ámbito de la propiedad privada inmobiliaria, señaladamente la referida a la vivienda, cuya normativa reguladora se presenta sometida a un patrón de constitucionalidad notoriamente más relajado que el que rige respecto de las limitaciones del dominio dispuestas en relación con los demás derechos fundamentales¹⁹. Buena prueba de ello es la observación de la sangrante realidad que para el propietario —señaladamente cuando éste es persona física— supone la ocupación ilegal de inmuebles²⁰ —inclusiva también, como he anticipado, y a los efectos que ahora interesa, de la denominada “inquilocupación”—, motivada por multiplicidad de factores que respaldan la necesidad una consideración global del fenómeno²¹, y su aparentemente dificultosa solución jurídica, que afecta a un destacado número de propietarios en nuestro país²² y cuya justificación se ampara, también desde el poder ejecutivo, en razones cuestionablemente vinculadas a la noción de la función social de la propiedad inmobiliaria²³. Aunque no es el de la ocupación inmobiliaria el único ámbito en que la propiedad de la vivienda habitual manifiesta su debilidad tras la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, ya que también en el contexto de la ejecución de la vivienda

habitual se constata la insuficiente protección del titular dominical en el supuesto de que el inmueble se encuentre hipotecado, defendiéndose la conveniencia de una reforma legal que rectifique determinadas situaciones e integre las lagunas que se detectan tras la reforma²⁴.

2. VULNERABILIDAD EN LA LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA

En el contexto revisado, con carácter general, la inserción de la “vulnerabilidad” en la Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda²⁵, como criterio resolutorio de protección genérica del arrendatario carente de título o incumplidor, o del ocupante ilegal, frente al titular de una propiedad privada, resulta merecedora de una consideración crítica²⁶. Ciertamente, la noción de vulnerabilidad, vinculada a la idea de exclusión social, se articula normativamente como un concepto jurídico indeterminado, por consiguiente, de necesaria concreción en función del supuesto y circunstancias —ya endógenas, como la minoría de edad o la discapacidad; ya exógenas, básicamente de índole económica— que lo determinan, aplicable a sujetos individuales o a colectivos, e implica una probabilidad destacada de padecer un daño que viene a identificarse con el riesgo consecuente de la notoria carencia de capacidad o medios protectores propios²⁷.

La Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, ofrece tratamiento a las situaciones de vulnerabilidad en los supuestos de impago de las rentas y en el de ocupación ilegal de inmuebles, modificando algunos preceptos de la LECiv con el manifiesto propósito de asegurar la protección del ocupante o, en su caso, del arrendatario²⁸, singularmente el vulnerable, si bien, como plausible novedad, también considera la del arrendador en los casos de concurrencia de factores de vulnerabilidad económico-social, disponiendo el mecanismo de la suspensión del juicio de desahucio por falta de pago en relación con la vivienda habitual en las condiciones que la norma establece²⁹.

En el sentido indicado, la Ley objetiva los criterios determinantes de la vulnerabilidad económica de arrendatarios y arrendadores en los procesos de recuperación de la posesión a través del juicio verbal (cfr. art. 441.5 y 7 LECiv).

Por otra parte, la alegación de vulnerabilidad ha venido consolidando como fundamento en contra del desalojo de inmuebles en los supuestos de ocupación inmobiliaria sin título alguno que la legitime, bien por haberse producido “ab initio” sin cobertura de título legítimo o bien porque el mismo ha decaído en su eficacia al concurrir alguna causa justificativa de su resolución (vgr. impago de la renta o expiración del plazo determinante del precario, como causas del desahucio en el ámbito de una relación locaticia inicialmente válida y eficaz). Sin entrar en otras consideraciones merecedoras de atención, por principio cabría defender

que toda persona vulnerable merece ser protegida, pero, específicamente en la materia objeto de consideración, la cuestión debatida es por quién.

En mi opinión, en ningún caso el derecho —usualmente, el invocado a una vivienda digna, *ex art. 47 CE*— de quien ocupa un bien inmueble sin título puede prevalecer —ni siquiera pretender confrontar— frente al del titular dominical de la vivienda ocupada, por cuanto que el del propietario se sustancia en conseguir de forma inmediata, urgente y eficaz la recuperación de la posesión del inmueble de su propiedad indebidamente ocupado³⁰, y tal pretensión integra, sin duda, un aspecto sustancial del contenido esencial del derecho de propiedad que, lamentablemente y con fundamento en su dimensión de función social, actualmente padece una gradual devastación de su contenido³¹. En todo caso, el derecho del ocupante ilegal debería oponerse no frente al titular dominical del inmueble sino frente a la Administración Pública, a la que legalmente incumbe la articulación de medidas que no dificulten o impidan la disposición de una vivienda “digna y adecuada” por parte de quienes no puedan acceder a la misma por sus propios medios, favoreciendo a aquéllos que se encuentran necesitados de ella y a los que el propio legislador considera como afectados por el fenómeno que por el mismo se califica de “sinhogarismo” (cfr. art. 3 Ley 12/2023), debiendo quedar cualquier factor circunstancial que les afecte, sea de la naturaleza que sea, al margen de la adopción de la medida ineludible de desalojo del inmueble y puesta a disposición de su legítimo propietario, y sin que en ningún caso su condición de vulnerables pueda repercutir como dilación en la devolución posesoria que involucra al titular dominical en tanto la Administración posibilite solución habitacional idónea, toda vez que el retraso en la devolución posesoria implica una incuestionable vulneración de la tutela judicial efectiva del propietario que lo convierte en vulnerable frente al ocupante no legítimo, al ser privado del uso y disposición del objeto de su dominio que, indiscutiblemente, integra facultades que conforman el contenido esencial de su derecho.

3. LA PROPIEDAD VULNERABLE. OCUPACIÓN ILEGAL DE INMUEBLES: COORDENADAS Y REMEDIOS CIVILES FRENTE A LA MISMA

Sin duda, la más sangrante agresión actual a la posición jurídica del titular dominical de un inmueble es la generada por el fenómeno de la ocupación ilegal, causante de una señalada posición de indefensión al propietario que, ocupado sin legítimo título su inmueble, va a tener que enfrentarse a un procedimiento judicial previsiblemente dilatado para poder recuperarlo, con el desgaste personal y económico que la libranza de esta batalla le va a reportar.

Al tratar de la ocupación ilegal de inmuebles³², desde una perspectiva jurídica inercialmente se tiende a considerar como preferente la vertiente penal de la realidad que el fenómeno de la ocupación define³³ y, anudada a la misma, los remedios que esta jurisdicción ofrece al sustanciar los delitos de allanamiento de morada (art 202 CP) y usurpación de bienes inmuebles (art 245, ap. 2, CP) en los que incuestionablemente incurre el ocupante sin título³⁴, descuidando los posibles mecanismos de actuación civiles que, además de los cauces extrajudiciales como la mediación o la negociación directa e incluso los requerimientos previos, pueden aplicarse de manera eficaz a esta situación³⁵. A ellos me refiero sucintamente, no sin antes advertir del riesgo que en el orden civil puede generar la elección de un procedimiento inadecuado para resolver una concreta situación de ocupación ilegal traducible en una dilación indeseada o, en el peor de los casos, en la ineficacia del proceso para consumir el desalojo efectivo bien por generar procesalmente una nulidad de actuaciones o la imposibilidad ejecutiva de la resolución³⁶.

1.º Procedimientos previos, de urgencia y medidas cautelares.

Los procedimientos o actuaciones previas a la interposición de una acción judicial a considerar en la gestión de la ocupación ilegal inmobiliaria podrían compendiarse en las circunstancias, presupuestos y actividades, de previa valoración a la presentación de la correspondiente demanda, recogidas en los artículos 438.4, 439, 250.1.1 de la LECiv, 27 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos y 1569 del Código Civil.

En cuanto a los procedimientos de urgencia se trata de aquellas acciones legales de rápida eficacia proyectadas al restablecimiento ágil de la posesión de un inmueble ocupado ilegalmente y que, fundadas tanto en la previsión contenida en el art 250.1.4.º LECiv como en los 721 y ss. del mismo texto legal, resultan de aplicación a aquellas situaciones en que la ocupación genera un grave perjuicio al propietario y la dilación en la resolución de la causa puede determinar un empeoramiento de la situación. Es de significar que la Ley 5/2018, de 11 de junio, introdujo modificaciones para agilizar los procedimientos en casos de ocupación ilegal (desahucio exprés), incluyendo medidas cautelares (cfr. arts 727 y ss LECiv) basadas en la necesidad urgente de proteger los derechos del propietario y la prevención de mayores daños, como el desalojo provisional del ocupante y, en su caso, la prohibición de su reingreso para evitar daños irreparables a la propiedad³⁷.

2.º Acción de tutela sumaria de la posesión.

La denominada tutela sumaria de la posesión, integrada en el tradicional interdicto de retener o recobrar la posesión, se residencia normativamente en los artículos 250.1. 4.º y 444.1 bis LECiv, que disponen un procedimiento autónomo, modificado por la precitada Ley 5/2018, de 11 de junio que reformó algunos

de sus aspectos³⁸, aunque con ciertas limitaciones especialmente por cuanto se refiere al ámbito aplicativo de la medida cautelar. Se trata de un procedimiento especial y sumario, por consiguiente, previsiblemente ágil y en principio de destacada eficacia, centrado exclusivamente en el hecho posesorio, que deja fuera de su ámbito cualquier cuestión relativa a la titularidad dominical subyacente, lo que implica que la resolución recaída no produce efectos de cosa juzgada.

3.º Acción de desahucio por precario.

El desahucio por precario, sustanciado a través del juicio verbal *ex* art 250.1.2.º LECiv, constituye un procedimiento de carácter plenario al que se recurre de manera usual en los supuestos de ocupación ilegal, pero que no resulta adecuado en los supuestos de imposible acreditación de la falta de título del ocupante, pudiéndose traducir en tal caso en una resolución desfavorable para el propietario. En todo caso para que prospere la acción de desahucio por precario, además de que el demandado debe estar ocupando sin título válido y sin abonar renta alguna, es preciso que el propietario acredite su derecho a poseer en concepto de dueño o titular del derecho de que se trate, identificar el inmueble en cuestión y acreditar la carencia o insuficiencia de título del ocupante que debe resultar localizado a los efectos del emplazamiento, si bien en supuestos en los que la ocupación no es temporal sino persistente el recurso a esta acción puede complicar el proceso conduciendo a la ineficacia de la ejecución. A partir de la reforma operada por la Ley 5/2018, de 11 de junio, se considera una vía adecuada para la recuperación de la posesión en los casos de inquilinación o cesión previa en precario al demandado, cuestionándose como recurso para recobrar la posesión en los casos de ocupación no consentida ni tolerada³⁹.

La regulación de la acción de desahucio por precario ha resultado modificada por la LO 1/2025, de eficiencia del servicio público de la justicia, que impone a quien insta una acción judicial el deber de acreditar que previamente a la presentación de la demanda ha intentado solventar el conflicto mediante un “medio adecuado para la solución de controversias” (MASC)⁴⁰. Nos hallamos ante un requisito de procedibilidad por lo que, de no acreditarse, la demanda no será admitida a trámite, si bien la situación es diferente cuando se trata de un ocupante ilegal que ha accedido a la vivienda sin título ni consentimiento de su legítimo titular, toda vez que aunque los tribunales permiten el desalojo de un “okupa” por la vía de la acción de desahucio, verdaderamente la acción adecuada es la contemplada en el artículo 250.14.º LEC, que recoge la acción posesoria de recobrar la posesión, que es una acción sumaria centrada en el hecho posesorio que no produce efecto de cosa juzgada. Al respecto, el artículo 5.2.e) de la LO 1/2025 dispone, con fundada lógica, que no se exigirá actividad negociadora previa cuando el objeto de la demanda sea la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ella o perturba-

do en su disfrute, de manera que, atinadamente, la acción posesoria de recobrar no se ve afectada por el requisito de procedibilidad que suponen los MASC.

4.º Acción reivindicatoria.

Residenciada normativamente en el mínimo soporte que ofrece el artículo 348, párrafo 2.º, del Código Civil, y de arraigada elaboración por parte de la doctrina jurisprudencial que desarrolla los aspectos atinentes a su naturaleza, contenido y eficacia, la acción reivindicatoria es aquella que compete ejercitar al propietario que no posee contra el tenedor y el poseedor de la cosa, para reivindicarla. Se trata de una acción real que ampara la titularidad dominical, no el mejor derecho a poseer, frente a una privación o detentación posesoria, y que se dirige, fundamentalmente, a la recuperación de la posesión. Al sustanciarse a través del juicio declarativo ordinario y tener que acreditarse por parte del actor su titularidad real, la identificación del inmueble y la injustificada perturbación desposesoria del demandado, su tramitación suele prolongarse en el tiempo y por ello no siempre resulta un recurso eficaz para la rápida recuperación de la posesión del inmueble objeto del despojo.

5.º Acción para la efectividad del derecho real inscrito.

La acción para la efectividad del derecho real inscrito del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, fundada en el principio de legitimación registral (art. 38 LH) que otorga al derecho inscrito una presunción de exactitud y veracidad, se sustancia por el cauce del juicio verbal, según previsión del artículo 250.1.7.ª LECiv, con las especificaciones dispuestas en los artículos 439.2, 441.3, 444.2 y 447.3 de la Ley Procesal, llevando anudada usualmente la pretensión cautelar de las medidas esenciales para proteger los derechos del demandante en tanto se resuelve el litigio, y constituye un eficaz medio de defensa del propietario frente al despojo de su propiedad inmobiliaria.

Revisados los más destacados remedios civiles frente a la ocupación ilegal de inmuebles, en este punto resulta de interés reiterar que, con muy desafortunado tino, la Ley 12/2023 ha venido a modificar determinados preceptos de la LECiv, destacadamente el artículo 439, disponiendo ciertos requisitos de procedibilidad afectantes al poseedor legítimo tanto para expulsar al ocupante ilegal como al inquilocupa, equiparando situaciones no homogéneas, de manera que cualquier propietario, en principio, va a resultar afectado por tales imposiciones pero, muy señaladamente los grandes tenedores, siendo en todo caso el titular dominical —y no el ocupante— quien debe especificar que el inmueble ocupado es su vivienda habitual, si bien el propietario gran tenedor deberá especificar, además, la circunstancia de si el ocupante se encuentra, o no, en situación de vulnerabilidad económica. A tal efecto se contemplan diversas opciones en la Disposición Adicional Séptima de la Ley 12/2023 que establecen determinadas condiciones de procedibilidad cuyo objetivo parece no ser otro que el de retardar

el trámite del desalojo. Así, si el ocupante es vulnerable, el inmueble ocupado constituye su vivienda habitual y el propietario es un gran tenedor, no se admitirá la demanda de desalojo hasta que el propietario acredite haberse sometido al procedimiento de conciliación o intermediación que a tal efecto dispongan las Administraciones Públicas competentes, en base al análisis de las circunstancias de ambas partes y de las posibles ayudas y subvenciones existentes en materia de vivienda conforme a lo dispuesto en la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda. Al respecto, recientemente, la STC 26/2025, de 29 de enero de 2025, ha resuelto la incompatibilidad constitucional de la señalada reforma operada por la Ley 12/2023 que impone requisitos de procedibilidad al propietario de un inmueble ocupado ilegalmente, por entender que pueden vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24 de la Constitución. En este sentido la STC 26/2025 declara inconstitucionales los señalados requisitos de procedibilidad toda vez que, aunque según el criterio del Alto Tribunal, pueden pretender un fin legítimo —dotar de protección a hogares vulnerables— con fundamento en la previsión contenida en artículo 47 CE, la medida no resulta proporcional, ya que el objetivo de localizar una solución habitacional para las personas en situación de vulnerabilidad económica puede alcanzarse por medio de otras vías que no provoquen el menoscabo del derecho de quien pretende accionar la justicia o proseguir el correspondiente proceso, destacando que las condiciones de admisibilidad o de procedibilidad previstas en los artículos 439.6 c) y 655 bis.1 de la LECiv, al trasladar a la parte actora una carga acreditativa desmesurada por ser la circunstancia que se debe acreditar susceptible de conocerse, asimismo, a través de medios igual o más asequibles, constituyen una barrera señaladamente desproporcionada para el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, y ello en las dos vertientes concernidas, resultando, por tal motivo inconstitucionales y nulos por vulnerar el artículo 24.1 CE. En todo caso, resulta cuanto menos sorprendente que el TC en la revisada resolución no vierta manifestación alguna acerca de si las medidas que considera desproporcionadas vulneran, o no, el contenido del artículo 33 CE manteniendo sobre este punto el TC un significativo silencio.

En definitiva, se puede concluir que en España la ocupación inmobiliaria ilegal, como situación significativamente lacerante del derecho de propiedad inmobiliaria, constituye una realidad multifactorial determinante de una justificada preocupación social que, a diferencia de otros países de nuestro entorno, jurídicamente todavía no ha obtenido respuesta eficaz por parte del legislador, pretendiéndose su justificación en razones que, de ordinario, asientan en la función social que integra el contenido del derecho de propiedad que, siendo un derecho fundamental constitucionalmente protegido, progresivamente experimenta un vaciamiento de las facultades que tradicionalmente lo conforman.

La Ley 12/2023 no contempla genéricamente la ocupación ilegal de viviendas, si bien considera la posición de quien consuma el despojo a los efectos de que contra el mismo pueda ejercitarse la acción de tutela sumaria de la posesión (art. 250.1.4.º de la LECiv) a pesar de disponer asimismo que contra este sujeto sea de aplicación idéntica normativa protectora que la prevista para el resto de los sujetos vulnerables que hayan accedido a la vivienda por vía legítima y contra quienes igualmente cabe incoar un procedimiento tendente al desalojo (circunstancia desnaturalizadora de la propia tutela sumaria de la posesión cuyo razón asiente en el rechazo de cualquier acto perturbador de la misma) que la propia ley se encarga de retrasar mediante el establecimiento de determinadas medidas cuya justificación asienta en la posibilidad de dar entrada a la Administración competente en materia de protección social. Y ello consolidando la más absoluta desprotección de quien ha padecido el despojo, que va a sufrir las consecuencias de una eficaz protección de su posesión.

No es discutible, y así lo vengo analizando, que la cuestión del acceso a la vivienda supone un problema acuciante para un numeroso grupo de personas que, en situación de vulnerabilidad, encuentran mermadas o, en el peor de los casos, imposibilitadas sus opciones de acceso a una vivienda digna. Pero, como también he destacado, el problema del acceso a la vivienda y la consecución de la efectividad del derecho reconocido por nuestra Norma Fundamental (art. 47 CE) no corresponde ser resuelto por el titular dominical ni a costa de la asolación del derecho del propietario, con independencia de que éste sea titular de una o más propiedades, sino que su solución incumbe a los poderes públicos que deben promover los medios que permitan proveer de una vivienda digna a quien se encuentre necesitado de ella, mediante la facilitación de su acceso a través de políticas que propicien una adecuada oferta de vivienda social capaz de satisfacer la demanda creciente. Y es que no parece oportuno, ni jurídicamente justificado, confrontar el derecho a la vivienda que asiste al ocupante ilegal con el derecho de propiedad que en modo alguno debiera ceder ante la ocupación por parte de quien —por la circunstancia que sea— carece de título legítimo para ello; ésta es la cuestión esencial: la protección del despojo vulnera principios generales que justifican su repulsa y, al resultar consagrada legalmente, puede convertirse en caldo de cultivo propiciatorio de la autotutela que el Derecho privado rechaza como alternativa a la resolución de conflictos, pues aboca a la sorprendente circunstancia de que el ocupante ilegal se encuentra protegido para permanecer en su ilegítima posesión si se le declara vulnerable (caso usual), en tanto que el titular legítimo no sólo carece de protección defensiva para desalojar a su despojante sino que de proceder a ello resultaría judicialmente condenado a reponer en la posesión al “okupa”.

En todo caso, en este punto cabe concluir también que la Ley 12/2023, ofrece una regulación técnica manifiestamente mejorable del derecho de propiedad

sobre la vivienda, tal y como se desprende de la consideración del contenido de su artículo 1.2⁴¹ y, de manera esencial, del artículo 10, evidente proyección del artículo 348 del CC y comprensivo de las facultades conferidas al propietario, así como del artículo 11⁴², atinente a sus deberes, toda vez que determinadas actuaciones del propietario sobre la vivienda (uso, disfrute, conservación, mantenimiento...) se consideran por la norma simultáneamente deberes y también facultades, sin que en ningún pasaje del texto legal se incluya siquiera una mención sobre la facultad defensiva de su posición mediante la posibilidad de ejercicio de la acción reivindicatoria (art. 348.2 del CC), mecanismo de defensa inherente a la titularidad dominical que, como cualquier derecho subjetivo, lleva aparejada su propia acción protectora, a pesar de lo cual la norma se cuida de estimular a las Administraciones Públicas a fomentar el acceso a la vivienda velando “por el pleno ejercicio de los derechos de la propiedad de vivienda, actuando de manera concertada y coordinada en la promoción de las acciones previstas en la legislación y en los planes y programas aplicables para favorecer el acceso a la vivienda” (art. 10.2 Ley 12/2023).

III. ARRENDAMIENTO Y VIVIENDA URBANA. REVISIÓN CRÍTICA DE LAS MEDIDAS LEGALES ESTABLECIDAS POR LA LEY 12/2023, DE 24 DE MAYO, POR EL DERECHO A LA VIVIENDA, EN EL ÁMBITO LOCATICIO

1. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS

En el tratamiento de la cuestión que abordo en esta parte del trabajo parto de la premisa, constatable de una primera lectura de la Ley 12/2023, de la existencia de una intensificación de la fiscalización pública en la regulación del derecho a la vivienda prácticamente en todos sus aspectos. El intervencionismo del Estado en el funcionamiento de la relación contractual arrendaticia resulta, en este sentido, palmario indicio de ello. Como quedó apuntado, la norma viene a implantar un modelo de regulación destacadamente intervencionista en el tratamiento del entramado de derechos que dimanan de la relación locaticia con especial afectación a los del propietario, lo que resulta señaladamente perjudicial para el titular dominical del inmueble, y esta circunstancia repercute negativamente en la oferta inmobiliaria perjudicando igualmente al demandante de vivienda que opta por su acceso a través del arriendo⁴³.

En relación con lo indicado, tal y como ya había sido advertido por autorizada doctrina⁴⁴, la STC 37/2022 declara expresamente que si bien “por una parte, la vivienda [...] constituye [...] el soporte y marco imprescindible para el ejercicio de varios derechos fundamentales estrechamente vinculados con la dignidad de

la persona y el libre desarrollo de la personalidad”, también “constituye un importante activo patrimonial y, por ende, el objeto de un sector del mercado —el mercado inmobiliario—, lo cual le otorga una innegable relevancia desde la perspectiva de la actividad económica, el mercado único y la regulación del tráfico patrimonial privado”. Esta doble dimensión de la vivienda también es causa de la complejidad que supone alcanzar una regulación adecuada que norme el acceso a la misma y, necesariamente, debe conciliarse de manera que cada proyección no pueda obviar o anular a la otra; si importante resulta la consideración de la vivienda como escenario ineludible para el ejercicio de determinados derechos fundamentales de la persona que son proyección del libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE), no lo es menos su valoración con criterios económicos no sólo desde la macro perspectiva de los mercados, sino también como factor integrante de la economía personal. Las derivaciones de tal consideración, ya revisadas desde la perspectiva del derecho de propiedad y sus actuales limitaciones en este contexto, resultan particularmente interesantes desde la propia de la relación arrendaticia que ahora se considera.

Por otra parte, asimismo, con magistral acierto se argumenta⁴⁵ que controlar los precios, o toparlos, incluso amparándose en la loable pretensión de remediar la injusticia de un mercado del alquiler inalcanzable para la mayoría, perjudica en mayor medida precisamente a quienes más necesitados se encuentran del recurso al alquiler, aquéllos más vulnerables a quienes nadie querrá alquilar, y ello provoca la reducción de la oferta de viviendas en arriendo, la paralización de nuevas construcciones con el fin de alquilar, el deterioro progresivo del stock inmobiliario, la reducción de la movilidad laboral y el aumento de las ventas de viviendas, entre otros efectos, que ya constan puestos de manifiesto reiteradamente en diferentes estudios académicos⁴⁶ que, publicados entre 1967 y 2003, vinieron a concluir que el control de rentas constituye, por todo ello, una medida populista, toda vez que está acreditado que los perjuicios que del mismo se derivan superan a los beneficios. Y es que se ha comprobado que la reducción de las rentas en las llamadas zonas tensionadas, produce un efecto rebote, porque rápidamente y de manera inmediata generan un aumento del precio de los alquileres. Así, las rentas que ofrecen un menor precio se elevan al máximo posible como consecuencia de su demanda, provocando la proliferación de prácticas tan desaconsejables como los pagos en efectivo, alquileres desorbitados en rentas correspondientes a trasteros y garajes, y las rehabilitaciones peculiares tendentes a obtener la mayor rentabilidad por el aprovechamiento de los espacios, entre otros resultados.

En suma, según se critica por la más destacada doctrina⁴⁷, determinadas razones que asisten a quienes justifican el control de los precios, resultan falazmente fundadas en el argumento de que el IPC ha subido notablemente (9,8% en

marzo de 2022) dejando de servir de manera coyuntural como referencia adecuada para la aplicación de la actualización anual de los contratos, debiendo ser los arrendadores (no los arrendatarios, por ser —desde esta interpretación— la parte más débil de la relación) quienes deben soportar la pérdida de valor. Y, desde la anterior reflexión, asimismo se considera que la limitación legal de rentas materializada durante el franquismo, la transición y los años 80, debido a la inflación, tal y como ya comentaba la doctrina del momento, continúa siendo merecedora de crítica. Al respecto ya entonces se señalaba lo siguiente: “Lo que no cabe en un Estado de Derecho y de libre cambio es mantener y encubrir mediante criterios de justicia una expropiación indirecta de la propiedad que no resulta de interés público, puesto que tan sólo produce un beneficio exclusivamente privado [...] al concretarse en un mero ‘cambio de manos’⁴⁸”.

En el contexto apuntado, y antes de realizar un sintético análisis crítico de las principales reformas introducidas por la Ley, conviene considerar anticipadamente el contenido de dos nuevos conceptos aplicados por la propia Ley 12/2023 que van a condicionar, a modo de proposición, la regulación consiguiente plasmada en las medidas establecidas por la propia norma al reglamentar la relación localiticia que diseña. A saber:

Primero. El legislador introduce en la Ley el concepto de “gran tenedor”. Esta noción es inexistente en las legislaciones de nuestro entorno⁴⁹, aunque de señalada relevancia en la LAU, norma a la que se incorpora por vez primera, si bien la definición de “gran tenedor” no constituye una novedad de la Ley 12/2023, sino que ya aparecía en la legislación autonómica catalana en el ámbito de la crisis económica derivada de las ejecuciones hipotecarias y también en la normativa estatal constituida por el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. El concepto se incorpora a la norma a los efectos de sus propias disposiciones (art. 3 k). Se trata de la persona física o jurídica que sea titular de (i) más de 10 inmuebles urbanos de uso residencial o (ii) una superficie construida de más de 1.500 m² de uso residencial (excluyendo garajes y trasteros).

No obstante, la anterior definición podrá resultar precisada en la declaración de entornos de mercado residencial tensionado, precisando que, en dicho contexto, podrán serlo hasta aquellos titulares de 5 o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados en dicho ámbito, cuando así resulte motivado por la Comunidad Autónoma en la correspondiente memoria justificativa⁵⁰. Además, dispone el artículo 19 de la Ley que, con fundamento en la definición de gran tenedor recogida en el artículo 3 k) de la misma, se podrán incorporar criterios adicionales acordes a la realidad y características de la zona o atender a ámbitos territoriales en los que exista un especial riesgo de oferta insuficiente de vivienda

para la población, en condiciones que la hagan asequible para su acceso en el mercado, de acuerdo con las diferentes necesidades territoriales.

La reflexión crítica respecto de esta incorporación conceptual emana de la consideración de que en España la mayor parte de los titulares dominicales son pequeños propietarios, representando los “grandes tenedores”⁵¹ una proporción realmente mínima⁵², por lo que atribuirles la declarada relevancia en el ámbito del mercado de la vivienda resulta a todas luces una consecuencia desproporcionada y desligada de la situación que la realidad ofrece⁵³.

Segundo. Por otra parte, la norma implanta el concepto de “zona de mercado residencial tensionado” (art. 18), disponiendo que las Administraciones competentes en materia de vivienda, esto es las CCAA (ex art. 148.1 13.ª CE) *pueden* (es decir, no están obligadas a hacerlo) declarar zonas de mercado residencial tensionado, en caso de que se produzca una de las siguientes circunstancias (art. 18.3): (i) Que la carga media del coste de la hipoteca o del alquiler en el presupuesto personal o de la unidad de convivencia, más los gastos y suministros básicos, supere el treinta por ciento de los ingresos medios o de la renta media de los hogares; o bien (ii) que el precio de compra o alquiler de la vivienda haya experimentado en los cinco años anteriores a la declaración como área de mercado de vivienda tensionado, un porcentaje de crecimiento acumulado al menos tres puntos porcentuales superior al porcentaje de crecimiento acumulado del índice de precios de consumo de la comunidad autónoma correspondiente. En todo caso, las anteriores circunstancias serán objeto de revisión a los tres años de la entrada en vigor la Ley, para adecuarlos a la realidad y evolución del mercado residencial (D.A Tercera⁵⁴).

Sin perjuicio de los criterios y procedimientos que establezcan en su caso cada una de las CCAA, a los efectos de la aplicación de las medidas específicas que ya se preveían en el Proyecto de Ley, la declaración de zonas de mercado residencial tensionado exigirá el cumplimiento de los requisitos siguientes (art. 18.2). (i) Procedimiento preparatorio dirigido a la obtención de información del mercado residencial de la zona (indicadores de precios de alquiler/venta de distintos tipos de vivienda y su evolución en el tiempo; indicadores de nivel de rentas disponibles por los residentes, entre otros). Con ello se pretende medir el esfuerzo económico a realizar para disponer de una “vivienda digna y adecuada” (art. 18.2 a). (ii) Trámite de información en el que deberá ponerse a disposición pública la información sobre la que se basa la declaración como zona de mercado residencial tensionado (incluida la distribución espacial de la población, la zonificación por oferta, precios y tipo de vivienda, y demás) (art. 18.2 b). (iii) Resolución motivada. Esta resolución deberá estar fundamentada en deficiencias o insuficiencias del mercado de vivienda en la zona, en cualquiera de sus modalidades, para atender adecuadamente la demanda de vivienda habitual a precio razonable según la situación socioeconómica de la población residente

y las dinámicas demográficas, así como las particularidades y características de cada ámbito territorial resolución. Y será notificada a la Secretaría General de Agenda Urbana y Vivienda del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana (art. 18.2 c).

Conviene precisar que la vigencia de la declaración de un ámbito territorial como zona de mercado residencial tensionado tendrá una duración de 3 años, con posibilidad de prórrogas anuales siguiendo el mismo procedimiento (art. 18.2 d).

Con carácter trimestral, el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana aprobará una resolución que recoja la relación de zonas de mercado residencial tensionado que hayan sido declaradas (art. 18.2 d).

Por otra parte, cuando se declare una zona tensionada, el Departamento Ministerial competente en materia de vivienda, en el marco del ejercicio de las competencias estatales, podrá desarrollar, de acuerdo con la administración territorial competente, un programa específico para dichas zonas de mercado residencial tensionado, que contemplará la diversidad territorial, tanto en entornos urbanos o metropolitanos como en zonas rurales, que modificará o se anexará al plan estatal de vivienda vigente para: a) Promover fórmulas de colaboración con las administraciones competentes y con el sector privado para estimular la oferta de vivienda asequible en dicho ámbito y en su entorno. b) El diseño y adopción de medidas de financiación específicas para ese ámbito territorial que pudieran favorecer la contención o reducción de los precios de alquiler o venta. c) El establecimiento de medidas o ayudas públicas específicas adicionales dentro del plan estatal de vivienda vigente, de acuerdo con las previsiones que en su caso éste establezca (art. 18.5).

Resulta de interés señalar que sólo la Comunidad Autónoma de Cataluña ha solicitado la declaración de zonas de mercado tensionado, petición materializada en la Resolución de 14 de marzo de 2024 de la Secretaria de Estado de Vivienda y Agenda urbana, por la que se publica la declaración de zonas de mercado residencial tensionado⁵⁵.

En el artículo 19 de la Ley se recoge la obligación de los “grandes tenedores de vivienda en las zonas de mercado residencial tensionado” de prestar información sobre el uso y destino de las viviendas de su titularidad ubicadas en aquellas zonas, a requerimiento de las administraciones competentes (CCAA) (cfr. art. 19.3 de la Ley 12/2023).

2. SINTÉTICO ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRINCIPALES MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 12/2023 EN LA LEGISLACIÓN ARRENDATICIA

Sentado cuando antecede, con precisa referencia a las denominadas “medidas de contención de precios en la regulación de los contratos de arrendamiento

de viviendas” (contenidas en la D.F. Primera de la Ley) y su incidencia en la normativa de arrendamientos urbanos, cabría revisar la modificación de las siguientes materias en la LAU⁵⁶.

Primera cuestión. Prórroga del contrato (modificación del art. 10.2 LAU).

Por cuanto se refiere a la previsión contenida en el artículo 10.2 de la LAU, se trata de una redacción íntegra del precepto, al introducir la prórroga obligatoria de un año a la fecha de vencimiento de la última prevista en la Ley. De este modo, la norma implanta una novedad, toda vez que cuando finalice el periodo de prórroga obligatoria previsto en el artículo 9.1, o el periodo de prórroga tácita previsto en el artículo 10.1, podrá aplicarse, previa solicitud del arrendatario una prórroga extraordinaria del plazo del contrato de arrendamiento por un periodo máximo de un año, durante el cual se seguirán aplicando los términos y condiciones establecidos para el contrato en vigor. No obstante, esta solicitud de prórroga extraordinaria requerirá la acreditación por parte del arrendatario de una situación de vulnerabilidad social y económica sobre la base de un informe o certificado emitido en el último año por los servicios sociales de ámbito municipal o autonómico y deberá ser aceptada obligatoriamente por el arrendador cuando éste sea un gran tenedor de vivienda de acuerdo con la definición establecida en la Ley 12/2023, “*salvo que se hubiese suscrito entre las partes un nuevo contrato de arrendamiento*”. En definitiva, la prueba incumbe al arrendatario y debe aportarse en plazo legal. A este último respecto cabría plantearse si, en este caso de “nuevo contrato” y para que no opere la prórroga obligatoria nueva aquí añadida, sería posible aplicar los límites de elevación de renta previstos en el artículo 17.6 y 7 LAU⁵⁷, acerca de lo que cabe concluir que no, toda vez que el artículo 10.2 LAU en la referencia al “nuevo contrato” no se remite a lo dispuesto en el artículo 17.6 y 7 LAU que, por otra parte, se refiere únicamente al caso de zona tensionada.

En consecuencia, resulta que la prórroga obligatoria del artículo 10.2 LAU (prórroga extraordinaria del plazo del contrato de arrendamiento por un periodo máximo de un año), que establece una prórroga extraordinaria del plazo del contrato de arrendamiento por un periodo máximo de un año cuando finalice el periodo de prórroga obligatoria previsto en el artículo 9.1, o el periodo de prórroga tácita previsto en el artículo 10.1, únicamente opera de concurrir la acreditación por parte del arrendatario de una situación de vulnerabilidad social y económica con fundamento en un informe o certificado emitido en el último año por los servicios sociales de ámbito municipal o autonómico y deberá ser aceptada obligatoriamente por el arrendador cuando este sea un gran tenedor de vivienda. Si bien tal consecuencia no se produce cuando se hubiese suscrito entre las partes un nuevo contrato de arrendamiento. La situación exige que antes de que venza el periodo de prórroga obligatoria el arrendatario ya haya acreditado

al arrendador su situación de vulnerabilidad. No cabe, pues, que el arrendatario comunique por escrito al arrendatario su voluntad de acogerse a esta prórroga si no lo ha acreditado previamente en plazo. En definitiva, la prueba incumbe al arrendatario y debe aportarse en plazo legal.

Y en relación con la previsión contenida en el artículo 10.3 de la LAU, cabe concluir que son requisitos para la prórroga de tres años máximo, los siguientes: (i) Inmueble ubicado en zona tensionada. (ii) Finalización de las prórrogas a favor del arrendatario. (iii) Petición del arrendatario antes de que venza la última prórroga. (iv) De manera extraordinaria podrá prorrogarse el contrato de arrendamiento por plazos anuales, hasta un periodo máximo de tres años. (v) Deberá ser aceptada obligatoriamente por el arrendador, sin distinción de si es gran tenedor o no.

No obstante, no opera esta prórroga cuando: (i) se haya fijado otro contrato con otros términos o condiciones por acuerdo entre las partes, (ii) se haya suscrito un nuevo contrato de arrendamiento con las limitaciones en la renta que en su caso procedan por aplicación de lo dispuesto en los apartados 6 y 7 del artículo 17 de la Ley, o (iii) en el caso del artículo 9.3 de la Ley 12/2023, atinente a la necesidad de recuperar la vivienda en los supuestos que la norma señala, en cuyo caso no opera prórroga alguna.

Cabría plantearse igualmente la posibilidad de aplicar en este supuesto de “nuevo contrato”, y a los efectos de que no opere la prórroga obligatoria prevista en esta norma, los límites de elevación de renta del artículo 17.6 y 7 LAU. En este caso la respuesta sería afirmativa, toda vez que el artículo 10.3 LAU en la referencia al “nuevo contrato” se remite expresamente a lo dispuesto en el artículo 17.6 y 7 LAU a diferencia del 10.2 que no lo hace. Es por lo que la prórroga obligatoria de 3 años no se producirá en el caso de que las partes hayan pactado redactar un nuevo contrato sujeto a nuevas condiciones y, también, al precio que hubieran pactado con referencia a los límites del artículo 17.6 y 7 LAU.

En consecuencia, resulta que la prórroga del artículo 10.3 LAU (prórroga extraordinaria del contrato de arrendamiento por un periodo máximo de tres años para inmuebles en zonas tensionadas), referida a contratos de arrendamiento de vivienda habitual sujetos a la presente Ley, en los que el inmueble se ubique en una zona de mercado residencial tensionado, supone (i) la prórroga obligatoria de hasta tres años cuando finalice el periodo de prórroga obligatoria previsto en el artículo 9.1 de esta Ley o el periodo de prórroga tácita, (ii) con exigencia de la previa solicitud del arrendatario, (iii) pudiendo prorrogarse de manera extraordinaria el contrato de arrendamiento por plazos anuales, por un periodo máximo de tres años y (iv) debiendo ser aceptada obligatoriamente por el arrendador, con independencia de que sea, o no, gran tenedor.

Finalmente, por cuanto se refiere a los supuestos excepcionales, se producirán en el caso de que (i) se hayan fijado otros términos o condiciones por acuerdo entre las partes (cabría que la prórroga obligatoria solo lo fuera por un año, por ejemplo); o (ii) se haya suscrito un nuevo contrato de arrendamiento con las limitaciones en la renta que en su caso procedan por aplicación de lo dispuesto en los apartados 6 y 7 del artículo 17 de esta Ley; o (iii) el arrendador haya comunicado, en los plazos y condiciones establecidos en el artículo 9.3 de esta Ley, la necesidad de ocupar la vivienda arrendada para destinarla a vivienda permanente para sí o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial.

Segunda cuestión. Pago por medios electrónicos (modificación art. 17.3 LAU).

La novedad introducida se localiza en el establecimiento de un medio de pago predeterminado, que es el pago por medios electrónicos cuando, previamente, y salvo pacto en contrario, el pago debía realizarse en metálico. Obviamente, la previsión pretende evitar un fraude fiscal al realizar el pago, habida cuenta de que, según datos contrastados, casi la mitad de los alquileres no se declaran⁵⁸. Ciertamente, esta previsión sólo puede entenderse como un buen propósito del legislador más que como una imposición legal, toda vez que, aunque se indique que es obligatorio abonar la renta por medios electrónicos, resultaría suficiente con que el arrendatario manifieste no tener acceso a procedimientos electrónicos de pago para que se le deba posibilitar el pago en efectivo en la propia vivienda en la que reside, a cuyo efecto el arrendador deberá desplazarse al inmueble arrendado para que se verifique el abono en metálico.

Tercera cuestión. Determinación de la renta (modificación art. 17. 6 y 7 LAU).

Es de ver que los apartados 6 y 7 del artículo 17 de la LAU, regulador de los límites en las rentas, se refieren a “nuevos contratos de arrendamiento”, significando el primero de los apartados señalados que: “En los contratos de arrendamiento de vivienda sujetos a la presente Ley en los que el inmueble se ubique en una zona de mercado residencial tensionado dentro del periodo de vigencia de la declaración de la referida zona en los términos dispuestos en la Ley por el derecho a la vivienda, *la renta pactada al inicio del nuevo contrato* no podrá exceder de la última renta del contrato de arrendamiento de vivienda habitual que hubiese estado vigente en los últimos cinco años en la misma vivienda, una vez aplicada la cláusula de actualización anual de la renta del contrato anterior, sin que se puedan fijar nuevas condiciones que establezcan la repercusión al arrendatario de cuotas o gastos que no estuviesen recogidas en el contrato anterior”. Si bien, únicamente podrá incrementarse, más allá de lo que proceda de la aplicación de

la cláusula de actualización anual de la renta del contrato anterior, en un máximo del 10 por ciento sobre la última renta de contrato de arrendamiento de vivienda habitual que hubiese estado vigente en los últimos cinco años en la misma vivienda, cuando se acredite alguno de los siguientes supuestos: (i) Cuando la vivienda hubiera sido objeto de una actuación de rehabilitación en los términos previstos en el apartado 1 del artículo 41 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que hubiera finalizado en los dos años anteriores a la fecha de la celebración del nuevo contrato de arrendamiento. (ii) Cuando en los dos años anteriores a la fecha de la celebración del nuevo contrato de arrendamiento se hubieran finalizado actuaciones de rehabilitación o mejora de la vivienda en la que se haya acreditado un ahorro de energía primaria no renovable del 30 por ciento, a través de sendos certificados de eficiencia energética de la vivienda, uno posterior a la actuación y otro anterior que se hubiese registrado como máximo dos años antes de la fecha de la referida actuación. (iii) Cuando en los dos años anteriores a la fecha de la celebración del nuevo contrato de arrendamiento se hubieran finalizado actuaciones de mejora de la accesibilidad, debidamente acreditadas. (iv) Cuando el contrato de arrendamiento se firme por un periodo de diez o más años, o bien, se establezca un derecho de prórroga al que pueda acogerse voluntariamente el arrendatario, que le permita de manera potestativa prorrogar el contrato en los mismos términos y condiciones durante un periodo de diez o más años”.

De manera que se incorpora, en un nuevo apartado 6, un límite a la subida de la renta en lo que se denomina como “zona de mercado residencial tensionado dentro del periodo de vigencia de la declaración de la referida zona”. Y ello nos hallemos o no ante un gran tenedor.

Por su parte, en el apartado 7 del artículo 17 se fija un límite en la subida de renta en los nuevos contratos (i) cuando se trate de grandes tenedores y (ii) en los que el inmueble se ubique en una zona de mercado residencial tensionado dentro del periodo de vigencia de la declaración de la referida zona. Y se adiciona lo siguiente: “Esta misma limitación se aplicará a los *contratos de arrendamiento de vivienda en los que el inmueble se ubique en una zona de mercado residencial tensionado dentro del periodo de vigencia de la declaración de la referida zona y sobre el que no hubiese estado vigente ningún contrato de arrendamiento de vivienda vigente en los últimos cinco años*, siempre que así se recoja en la resolución del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, al haberse justificado dicha aplicación en la declaración de la zona de mercado residencial tensionado”. De esta manera los límites en la subida de rentas se aplican respecto de los “nuevos contratos” (i) a cualquier arrendador en la regla del artículo 17.6 de la LAU; (ii) a los grandes tenedores en la del artículo 17.7 de la LAU siempre, en este caso, que el inmueble se ubique en una zona de mercado resi-

dencial tensionado; y también (iii) a aquellos nuevos adquirentes de viviendas en “zonas tensionadas” que las pretendan poner en alquiler por no haber tenido esa vivienda alquilada en los cinco años anteriores a la declaración de esa zona como “tensionada”. La indicada coyuntura va a determinar una señalada dificultad para proceder a adquirir viviendas en zonas declaradas como tensionadas, al establecerse estos límites en cuanto al precio del alquiler. En consecuencia, es de prever que se reduzca el precio de venta de los inmuebles que se encuentren en dichas “zonas tensionadas”, toda vez que será en dichas zonas en las que se establezcan los límites en la renta a fijar en los arrendamientos, por lo que los inversores de viviendas destinadas al arrendamiento optarán, sin duda, por adquirir inmuebles en zonas no tensionadas, y eludir la adquisición en zonas tensionadas. Previsión extensible a los particulares que tampoco adquirirán en estas zonas tensionadas, pues de hacerlo padecerían los límites impuestos a la renta, incluso aunque el propósito inicial fuera adquirir el inmueble como residencia habitual, ya que los límites les podrían afectar en un futuro si llegaran a optar por ofrecer en arrendamiento su propiedad. En suma, no resulta aventurado predecir la dificultad de venta respecto de los inmuebles ubicados en las referidas zonas, incidiendo indiscutiblemente tal circunstancia en el precio de los mismos.

Cuarta cuestión. Gastos generales, servicios, tributos, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización (modificación art. 20.1 LAU).

En definitiva, por cuanto se refiere al abono de los gastos correspondientes a la gestión inmobiliaria y formalización del contrato⁵⁹, éstos serán a cargo del titular dominical del inmueble arrendado, lo que supone una obligación adicional que incumbe al arrendador, sea persona física o jurídica⁶⁰, cuando hubiera resultado más equitativo establecer el pago por mitad de este gasto.

Quinta cuestión. Índice de referencia para la actualización anual de los contratos de arrendamiento de vivienda (D.A 11.ª LAU).

A tenor de la previsión contenida en la Disposición adicional undécima de la LAU, intitulada “Índice de referencia para la actualización anual de los contratos de arrendamiento de vivienda”: “*El Instituto Nacional de Estadística definirá, antes del 31 de diciembre de 2024, un índice de referencia para la actualización anual de los contratos de arrendamiento de vivienda que se fijará como límite de referencia a los efectos del artículo 18 de esta ley, con el objeto de evitar incrementos desproporcionados en la renta de los contratos de arrendamiento.*”

Hasta entonces, se debe atender a las siguientes medidas transitorias en el marco del Real Decreto-Ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania. Conforme con esta norma, en los arrendamientos de vivienda cuya renta deba ser actualizada se deben observar las pautas siguientes:

1.º Entre el 27/12/2022 y el 31/12/2023 las partes podrán negociar el incremento que se aplicará en dicha actualización, teniendo en cuenta: (i) Si el arrendador es “gran tenedor” en cuyo caso el incremento pactado no podrá superar la variación anual del Índice de Garantía de Competitividad a fecha de la actualización (índice que tiene una tasa de variación máxima del 2%). (i) Si el arrendador no es “gran tenedor”, en cuyo caso se respetará la libertad de pacto. (iii) En ambos supuestos, en defecto de pacto, el incremento de la renta no podrá exceder del resultado de aplicar la variación anual del referido Índice de Garantía de Competitividad (con el límite del 2%) a la fecha de la actualización.

2.º Entre el 01/01/2024 y el 31/12/2024: las partes podrán negociar el incremento a aplicar en esa actualización, sin que supere al 3%.

Sexta cuestión. Limitación extraordinaria de la actualización anual de la renta de los contratos de arrendamiento de vivienda cuya renta deba ser actualizada en atención al cumplimiento de la correspondiente anualidad de vigencia dentro de determinados periodos de tiempo (D.F Sexta de la Ley 12/2023, por la que se modifica el art. 46 Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania).

La modificación afecta a los supuestos siguientes:

1.º A los contratos de alquiler de vivienda sujetos a la LAU, cuya renta deba ser actualizada porque se cumpla la correspondiente anualidad de vigencia dentro del periodo comprendido entre la entrada en vigor del citado Real Decreto-ley y el 31 de diciembre de 2023. Se permite a arrendatario y arrendador negociar el incremento que se aplicará en esa actualización anual de la renta, con sujeción a determinadas condiciones, que se indican. Se distingue según el arrendador sea o no un gran tenedor.

2.º A los contratos de alquiler de vivienda sujetos a la LAU, cuya renta deba ser actualizada porque se cumpla la correspondiente anualidad de vigencia dentro del periodo comprendido entre el 1 de enero de 2024 y el 31 de diciembre de 2024. Se permite a arrendatario y arrendador negociar el incremento que se aplicará en esa actualización anual de la renta, con sujeción a las determinadas condiciones, que se indican. Se distingue según el arrendador sea o no un gran tenedor.

En definitiva, resulta que por cuanto se refiere a la actualización de la renta, en lugar de residenciarse normativamente en el artículo 18 de la LAU, que hubiera resultado más correcto técnicamente, se regula en la Disposición Final Sexta intitulada “Limitación extraordinaria de la actualización anual de la renta de los contratos de arrendamiento de vivienda” que remite al Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en

Ucrania. Y se dispone en el artículo 46 de este Real Decreto (en lugar de hacerlo en el artículo 18 LAU, que hubiera resultado más atinado en buena técnica legislativa) el régimen legal de actualización de las rentas hasta el 31 de diciembre de 2023, distinguiendo los supuestos en que el arrendador es gran tenedor de aquéllos en los que no lo es, y fijándose como primera norma a considerar el pacto al que hubieren llegado las partes.

Por otra parte, en el apartado 2 de este artículo 46 se regula la actualización de renta para contratos a los que la norma resulte de aplicación y dentro del periodo comprendido entre el 1 de enero de 2024 y el 31 de diciembre de 2024, fijando la aplicación preferente del pacto alcanzado por las partes, si bien con un tope de incremento del 3%, ya sea el arrendador gran tenedor o no.

Con referencia al “régimen transitorio aplicable a los arrendamientos sujetos a la LAU celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la Lly 12/2023” (D.T Cuarta de la Ley 12/2023), cabe señalar lo siguiente.

Como *regla general*, continuarán rigiéndose por lo establecido en el régimen jurídico que les era de aplicación (D.T Cuarta.1).

Excepcionalmente, pueden adaptarse, por acuerdo de las partes, al nuevo régimen dispuesto por la Ley 12/2023 (D.T Cuarta. 2).

En todo caso, la nueva regulación, introducida en la Ley 12/2023, no afectará a las diferentes medidas de aplicación extraordinaria a los contratos vigentes de arrendamiento de vivienda y, en particular, a la recogida en el artículo 46 del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, que resultarán de aplicación en los términos en los que se encuentren regulados (D.T Cuarta.3).

En definitiva, en este ámbito, resulta relevante el contenido de la Disposición Transitoria cuarta que lleva por rúbrica: Régimen de los contratos de arrendamiento celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, en la que se dispone que:

“1. Los contratos de arrendamiento sometidos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, continuarán rigiéndose por lo establecido en el régimen jurídico que les era de aplicación.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior; cuando las partes lo acuerden y no resulte contrario a las previsiones legales, los contratos preexistentes podrán adaptarse al régimen jurídico establecido en esta Ley.

3. Con independencia de lo previsto en los apartados anteriores, la regulación introducida en esta ley no afectará a las diferentes medidas de aplicación extraordinaria a los contratos vigentes de arrendamiento de vivienda y, en particular, la recogida en el artículo 46 del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo,

por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, que resultarán de aplicación en los términos en los que se encuentren regulados”.

De esta manera, resulta que la reforma no afecta a los contratos que ya estaban vigentes previamente, sino a aquéllos que se celebren a partir de la entrada en vigor de la Ley 12/2023, previsión de todo punto razonable que manifestará su relevancia práctica en relación con nuevo régimen de las prórrogas. En todo caso, si las partes pretenden adaptar un contrato previamente celebrado a las condiciones de la nueva ley siempre podrán perfeccionar un nuevo convenio, aunque ello se prevea improbable porque sería menos beneficioso para el arrendador, especialmente si el propietario se encuentra afectado por las limitaciones impuestas a grandes tenedores y/o zonas tensionadas.

Para finalizar, y en relación con “otras medidas contenidas en la Ley 12/2023 no especificadas previamente”, resultan reseñables las siguientes.

Primera. Derecho de las personas demandantes, adquirentes o arrendatarias de vivienda, o en cualquier otro régimen jurídico de tenencia y disfrute, a recibir información en los términos que se prevén en el artículo 30.

Segunda. Regulación de la información mínima que tiene derecho a recibir la persona interesada en las operaciones de compra y arrendamiento de vivienda que se encuentre en oferta, acerca de las condiciones de la operación y de las características de la referida vivienda y del edificio en el que se encuentra, antes de la formalización de la operación y de la entrega de cualquier cantidad a cuenta. Información que deberá proporcionarse en formato accesible y en soporte duradero (art. 31). Extremo que se refiere tanto a condiciones materiales como jurídicas. Entre otros aspectos, “cuando la vivienda que vaya a ser objeto de arrendamiento como vivienda habitual se encuentre ubicada en una zona de mercado residencial tensionado, el propietario y, en su caso, la persona que intervenga en la intermediación en la operación deberá indicar tal circunstancia e informar, con anterioridad a la formalización del arrendamiento, y en todo caso en el documento del contrato, de la cuantía de la última renta del contrato de arrendamiento de vivienda habitual que hubiese estado vigente en los últimos cinco años en la misma vivienda, así como del valor que le pueda corresponder atendiendo al índice de referencia de precios de alquiler de viviendas que resulte de aplicación” (art. 31.3).

Tercera. Elaboración de una base de datos de contratos de arrendamiento de vivienda, a partir de la información contenida en los actuales registros autonómicos de fianzas de las comunidades autónomas, en el Registro de la Propiedad y otras fuentes de información de ámbito estatal, autonómico o local, con el objeto de incrementar la información disponible para el desarrollo del Sistema de Índices de Referencia del Precio del Alquiler de Vivienda establecido en la

disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo (D.A Primera de la Ley 12/2023). Constituye una promoción de la colaboración entre distintas administraciones y otros organismos e instituciones para el seguimiento de las medidas incluidas en la Ley y el progreso en el cumplimiento del objetivo de incrementar la oferta de vivienda en alquiler a precios asequibles.

Cuarta. Constitución, en un plazo de 6 meses desde la entrada en vigor de la Ley) de un *grupo de trabajo para avanzar en una propuesta normativa de regulación de los contratos de arrendamiento de uso distinto del de vivienda* a que se refiere el artículo 3 LAU y, *en particular, de los contratos de arrendamiento celebrados por temporada sobre fincas urbanas de uso vivienda* (D.A Quinta). Esta previsión, ya anticipada, se refiere a contratos que la LAU no considera como arrendamiento de vivienda, integrantes de figuras utilizadas en ocasiones con fines fraudulentos, carentes de regulación y también de una jurisprudencia sólida, y de los que la doctrina científica no se ha ocupado con especial atención.

Quinta. Administradores de fincas (D.A Sexta de la Ley 12/2023⁶¹).

Sexta. *Modificaciones en el procedimiento de desahucio que pueda afectar a la vivienda habitual de hogares vulnerables* (D.F Quinta de la Ley 12/2023). En concreto, se incrementan los plazos de suspensión de los lanzamientos en situaciones de vulnerabilidad, de 1 a 2 meses y de 3 a 4, según que el propietario sea persona física o jurídica. Además, *se introducen en el procedimiento criterios objetivos para definir las situaciones de vulnerabilidad económica*.

Cuando el demandante tenga la condición de “gran tenedor” y la demanda de desahucio afecte a personas en situación de vulnerabilidad, deberá acreditarse la aplicación de un procedimiento de conciliación o intermediación.

En todos los casos de desahucio y en todos los decretos o resoluciones judiciales que tengan como objeto el señalamiento del lanzamiento, se deberá incluir el día y la hora exacta en los que tendrá lugar aquél.

Séptima. *Medidas fiscales* (DD.FF Segunda y Tercera de la Ley 12/2023). Todas estas medidas afectan al IRPF, al Impuesto sobre Sociedades, al Impuesto sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, y al IBI, respecto del cuál se introduce una definición de viviendas “vacías” para que los Ayuntamientos puedan aplicar recargos en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

3. BREVE CONSIDERACIÓN CONCLUSIVA

Como crítica general extensible a la reforma en su conjunto operada por la Ley 12/2023, inicialmente cabría destacar que, al afrontar las modificaciones de la LAU como posible vía reguladora del acceso a la vivienda, el legislador a través de la Ley ha optado por materializar determinadas modificaciones que

se presentan como insuficientes y, sin duda, muy cuestionables por lo que respecta a su efectividad supuestamente dirigida a paliar las dificultades de acceso al ejercicio de tan controvertido derecho, y ello a pesar de que en el Preámbulo de la Ley consta expresada la necesidad de reestructurar las actuaciones políticas tendentes a reforzar la regulación del arrendamiento de viviendas frente a la propiedad como vía de acceso de constatado prevalente recurso. Desde la anterior consideración bien podría concluirse que se ha desaprovechado la ocasión para abordar una reforma de calado en la regulación del contrato de arrendamiento en general y, en particular, del alquiler de vivienda, así como también para regular un registro de contratos de alquiler de ámbito estatal cuya previsión inicial resultó reemplazada por una mera base de datos que ni proporciona la deseable publicidad ni tampoco puede servir a una función estadística ni de control acerca del cumplimiento de la norma.

No nos hallamos ante una reforma alcanzada con una sólida base de consenso sino con el lastre que supone la originaria carencia de un apoyo consistente por parte de las principales fuerzas políticas de la nación, lo que redundará en la inestabilidad afectante a la permanencia y estabilidad de la norma que, previsiblemente, resultará nuevamente modificada de verificarse la alternancia en el poder.

Además, como ha quedado apuntado, la consolidada desprotección del titular dominical frente a comportamientos atentatorios al contenido de su derecho de propiedad y la implantación de medidas señaladamente intervencionistas —contra el principio de autonomía privada y su más directa proyección en la libertad contractual— tienen un efecto contrario al previsto, pues va a provocar una reducción de la oferta aparejada a un previsible incremento del precio de la renta, al trasladar al titular dominical el peso de la efectividad de las medidas que debieran incumbir a las Administraciones Públicas, lo que determinará, sin duda, el efecto aparentemente no pretendido de que la oferta de vivienda se desplace del mercado del alquiler al de su venta o que los propietarios, en todo caso, se decanten por salidas diversas de la transmisión pero más rentables económicamente o de más afianzada seguridad jurídica, como los alquileres de temporada, el arrendamiento habitacional o las viviendas turísticas, frente al alquiler residencial como fórmula de acceso al ejercicio del derecho a la vivienda que debiera ser la previsión relevante.

Por otra parte, también la técnica legislativa aplicada en la elaboración de la Ley resulta cuestionable, tanto por la incorporación de abundantes conceptos jurídicos indeterminados como por el exceso de remisiones a la regulación autonómica, sólo en parte justificado por la controversia competencial, habida cuenta de que va a depender de las administraciones autonómicas no sólo el desarrollo del régimen de control y sancionatorio de la norma, sino asimismo la valoración

de buena parte de las nociones incorporadas (situación de vulnerabilidad, gran tenedor, zona de mercado tensionado ...) y la eventual disparidad valorativa indefectiblemente va a generar situaciones de desigualdad.

IV. LAS TENENCIAS INTERMEDIAS FACILITADORAS DEL ACCESO A LA VIVIENDA

Partiendo de la irresoluta cuestión del acceso a la vivienda como hilo conductor de las reflexiones que integran este trabajo, la insuficiencia como vía de solución manifestada por la dicotomía propiedad/arrendamiento, plantea la consideración de las llamadas tenencias intermedias expresadas, por una parte, en la reformulación de determinados derechos reales clásicos, tales como el usufructo, el uso y la habitación —tanto en su regulación general, contenida en nuestro Código Civil, como en sus especificaciones forales y, señaladamente, en su modalidad de constitución legal—, específicamente aplicados a la propiedad inmobiliaria destinada a vivienda como posibles fórmulas de acceso justificadas de manera esencial en que “de hecho, la idea de amparo, protección y subsistencia que late en el concepto de vivienda, ya para el individuo, ya para la familia, hacen de un inmueble habitable la primera justificación de estos tres derechos”⁶²; así como también, considerada la limitación de las señaladas tenencias intermedias tradicionales, el recurso a otras fórmulas más novedosas (como el *cohousing*⁶³) y el ensayo de otros expedientes que comparten el común denominador de fraccionar el dominio, tales como la propiedad compartida o la propiedad temporal⁶⁴.

Por cuanto se refiere a éstas últimas mencionadas, propiedad compartida y propiedad temporal integran las vías de acceso a la propiedad actualmente más originales y sugerentes para el estudioso de la materia⁶⁵. Se trata de figuras jurídicas sin precedentes en Derecho común⁶⁶ aunque vigentes en el Derecho civil catalán. En relación con la propiedad compartida resulta de interés señalar también que la institución ha superado el control constitucional⁶⁷. Y es que, partiendo de que en Derecho civil catalán consta asumido el sistema del *numerus apertus* en orden a la creación de derechos reales, mediante la Ley 19/2015, de 29 julio, estas nuevas figuras resultaron normativamente incorporadas, respectivamente, en los artículos 556-1 a 556-12 (propiedad compartida) y 547-1 a 547-10 (propiedad temporal) del Código Civil de Cataluña⁶⁸.

La propiedad compartida y la propiedad temporal, reguladas en el Código Civil de Cataluña constituyen dos posibles expedientes de acceso a la vivienda, accesibles además de estables y flexibles, que se presentan como alternativas a la adquisición tradicional de la propiedad y al contrato de arrendamiento. En definitiva, una formula asequible para aquellas personas y familias que pretenden

ser propietarias, pero cuyos ingresos resultan insuficientes para hacer frente a las amortizaciones de una hipoteca ordinaria e incluso para afrontar el arrendamiento como una alternativa real frente a aquélla.

En síntesis, la propiedad compartida (art. 556-1 a 556-12 CCC) —conocida como “*staircasing*”⁶⁹—consiste en la adquisición gradual de la propiedad de una vivienda o de cualquier otro bien inmueble o mueble identificable, sin que el adquirente pierda, en estas circunstancias, las facultades y ventajas de ser verdadero propietario. De manera que el comprador (propietario material) adquiere un porcentaje de la propiedad de la vivienda del vendedor (propietario formal) y éste retiene la propiedad de la parte que el primero no ha adquirido y por la cual cobrará una contraprestación económica periódica. De este modo, aunque se presenta como una situación de comunidad, donde coexisten dos propietarios, lo más sugerente la figura es que el propietario material (comprador) tiene la posesión, el uso y disfrute exclusivo del bien y, por consiguiente, a efectos prácticos se presenta como propietario absoluto en tanto que el propietario formal (vendedor) mantiene el derecho a recibir el precio por la venta y a exigirle el pago de una contraprestación económica a modo de renta (siempre que así se haya convenido) por la parte que retiene y que se irá reduciendo a medida que el comprador adquiera un porcentaje más amplio de la propiedad, pues el propósito de la figura es que el propietario material vaya adquiriendo gradualmente la propiedad del inmueble hasta su totalidad, bien libremente, en el plazo convenido o, en defecto de pacto, en el de 99 años, siendo éste un derecho del propietario material que no puede excluirse y pudiéndose pactar, asimismo, que el propietario material se desprenda de un porcentaje de su propiedad en el caso de necesitar liquidez. Y puesto que el comprador adquiere el derecho exclusivo de uso y disfrute del bien, consecuentemente le van a incumbir todos los gastos generados por el inmueble (ya sean de mantenimiento, reparación, conservación, o se trate de los tributos ordinarios, entre otros), excepto alguno que específicamente puede resultar excluido.

En cuanto a la propiedad temporal (art. 547-1 a 547-10 CCC) permite la adquisición de la completa propiedad del inmueble durante un plazo determinado que oscila entre diez y noventa y nueve años, resultando que, durante el plazo acordado, únicamente existirá un único propietario (el comprador), que concitará bajo su titularidad todas las facultades dominicales (uso y disfrute del bien, enajenación de su parte de propiedad temporal, hipoteca, transmisión en herencia ...) únicamente limitadas por el plazo de duración de la propiedad temporal que, una vez vencido, determinará reversión de la propiedad del bien de forma gratuita al vendedor del inmueble o a la persona a quien el vendedor haya transmitido este derecho.

Realmente, las llamadas tenencias intermedias no pretenden reemplazar a la tradicional titularidad dominical ni al arrendamiento como fórmulas de acceso

a la vivienda, sino más bien ampliar las posibilidades de ejercicio del derecho, de tal modo que exista una opción de acceso en función de cada situación de necesidad económica y personal del potencial demandante de vivienda superando en todo caso la tradicional dicotomía propiedad/alquiler. Sin embargo, no cabe desconocer que se trata de fórmulas todavía no ensayadas en plenitud, en buena medida aún desconocidas para parte de los operadores inmobiliarios y respecto de las cuales la doctrina ya ha venido apuntado incluso antes de su positivización problemas prácticos que demandan solución legal⁷⁰, sugiriendo que no sólo resulten promovidas a través de las Administraciones públicas, sino también por parte de las entidades financieras y los intermediarios del mercado privado e incluso extendidas al resto del ordenamiento español que no las regula⁷¹.

V. CONSIDERACIÓN FINAL: NUEVOS TIEMPOS, NO TAN NUEVAS SOLUCIONES

La Ley 12/2023 se nos presenta con un esencial objetivo de eficacia, localizado en facilitar el acceso a la vivienda de las personas a quienes se les presupone mayor dificultad para ello, básicamente, los jóvenes y los grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad. Pero para alcanzar dicho propósito la señalada pretensión debe resultar compartida y asumida desde un amplio consenso político por todas las Administraciones implicadas como competentes en materia de vivienda. En este sentido la pretendida efectividad de la norma resulta dependiente también de los costes que suponga la puesta en funcionamiento de las medidas y la posibilidad real de afrontarlos, y de la coordinación pública entre las Administraciones y también entre los particulares propietarios. La realidad demuestra la falta de encaje entre éstos últimos parámetros.

En todo caso, la reciente Ley 12/2023 plantea numerosas cuestiones que deja sin resolver, en ocasiones por palmarias deficiencias de técnica jurídica, y en otros casos por el complicado laberinto de la distribución competencial que no asegura el eficaz cumplimiento de las pretensiones del legislador, llegando incluso algunas Comunidades Autónomas desde el inicio de su vigencia a manifestarse abiertamente contrarias al contenido y previsiones de la Ley estatal y exteriorizando esa oposición mediante la presentación de recursos de inconstitucionalidad que van a retrasar sobremanera la plena aplicación de la norma.

Como aspectos destacadamente criticables de la nueva Ley se podrían señalar, entre otros, *de carácter formal*, las abundantes deficiencias de técnica legislativa, que se constatan incluso de una lectura superficial de su articulado, básicamente localizadas, en mi opinión, en sus constantes remisiones a proyectos de desarrollos reglamentarios o a normas autonómicas vigentes. *De carácter sustantivo o material*,

atendidas las modificaciones que se introducen, no parece arriesgado aventurar que los objetivos propuestos van a resultar de difícil o casi imposible consecución, pues desde un análisis económico del Derecho resulta cuestionable que las modificaciones normativas practicadas en el tipo contractual del arrendamiento vayan a contribuir a mejorar la eficacia de la relación locaticia ni consigan resolver los obstáculos que un sector importante de la ciudadanía encuentra al tiempo de poder acceder a una “vivienda digna y adecuada” (art. 47 CE). Prueba de ello es, entre otras, y con precisa referencia a la polémica cuestión de la contención de las rentas —que la Ley 12/2023 prevé como muy llamativa novedad—, las materias controvertidas que esta concreta medida provoca, o puede llegar a generar, y que ya aparecen reflejadas en el documento n.º 2002 del Banco de España en el que, a partir de referencias extraídas de países de nuestro entorno en los que se han aplicado —de manera esencial, Alemania y Francia—, se alude, por ejemplo, a la concreción —y, de modo esencial, a sus parámetros y procedimientos de determinación— de lo que debe entenderse por “precio de referencia”, o por “zona tensionada”, y también a una previsible litigiosidad sobrevenida a consecuencia de la imprecisión o supuesta arbitrariedad en la determinación de dichos conceptos, así como al coste que el control de las medidas impuestas va a suponer para el Estado o la Administración correspondiente⁷².

Lo expuesto conduce, inexorablemente, a una primera conclusión de incertidumbre acerca de las consecuencias que una más prolongada aplicación de la norma va a provocar y que, por mor de la inseguridad jurídica generada, no parece infundado suponer que se vayan a seguir traduciendo en un retraimiento de la oferta de viviendas destinadas al alquiler que, por otra parte, tampoco puede derivar en un parque de viviendas desocupadas⁷³, toda vez que la deshabitación también se encuentra negativamente sancionada por la Ley para el propietario, todo lo cual parece orientar hacia el propósito de un destacado aumento proporcional de la oferta de venta por parte de los titulares dominicales de los inmuebles que, ante la frustrante alternativa entre alquilar sin garantías o desocupar con sanción, van a tener que decidirse irremediabilmente por transmitir el objeto de su propiedad como mejor opción a su pretensión de aprovechamiento económico alternativo, a salvo siempre el arrendamiento turístico —con regulación autonómica propia—, al margen de la regulación ordinaria de la LAU, o el arrendamiento de temporada (cfr. D.A 5.ª de la Ley 12/2023⁷⁴), de incierta conformación.

En definitiva, constatado que en la valoración del derecho a la vivienda se concitan heterogéneas perspectivas no exentas de complejidad, resulta innegable que su vía de paso constituye un objetivo inaccesible para buena parte de los ciudadanos y quienes ven posible el acceso a la misma lo hacen a través de la (triple) vía de la propiedad, el arrendamiento o, en su caso, de las llamadas tenencias intermedias, fórmulas no exentas de inconvenientes particularmente para el titular dominical del inmueble. En relación con la adquisición de la titularidad

dominical, violentada por la ocupación inmobiliaria blindada por la vulnerabilidad, resulta que la demarcación del derecho de propiedad, con fundamento en su función social, encuentra límite en su contenido esencial, ya precisado por el TC y que será nuevamente concretado a medida que se vayan resolviendo los recursos pendientes contra la Ley 12/2023. En el ámbito del acceso locaticio también la regulación del arrendamiento de vivienda ha sido legalmente revisada, aunque la realidad acredite que la intervención del mercado de las rentas no se presenta como procedimiento adecuado para solventar la crisis existente, por lo que la opinión más relevante mantiene su discrepancia con la idea de topar los precios y defiende el rechazo a la imposición de normas que sólo conducen a un mercado limitado, extremadamente regulado y marcadamente punitivo. En cuanto a las tenencias intermedias, especialmente las más sugerentes como la propiedad compartida y la propiedad temporal, todavía se ofrecen como posibilidades secundarias, por su limitada aplicación territorial y su parca expansión.

Este breve recorrido que se ha presentado por algunas de las cuestiones que suscita el acceso al ejercicio del derecho a la vivienda y la normativa actual que lo regula conduce a las expuestas valoraciones críticas que asoman como avance de problemas que, lamentablemente, persisten sin ser resueltos en perjuicio de quienes siguen viendo limitada su posibilidad de acceso a la vivienda, en definitiva, de los más vulnerables.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBA FERRÉ, E. (2024), La accesibilidad y la vulnerabilidad económica en la Ley por el derecho a la vivienda (1), *La Ley. Derecho de familia*, N.º 41, enero de 2024, pp. 1-26.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2007), Los juristas españoles y el análisis económico del derecho, *Indret Privado, Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 417, enero 2007, pp. 1-13.
- ALONSO PÉREZ, M.ª T. (2025), La función social de la propiedad como elemento delimitador del contenido del derecho de propiedad de la vivienda, *Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Burgos 29-31 mayo de 2025, ponencia en 44 páginas.
- ARGELICH COMELLES, C. (2023), Derecho sin utopías sobre la propiedad privada y legal transplants adecuados: las medidas y carencias de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, *Aranzadi digital*, núm. 1/2023, pp. 1-14.
- BERROCAL LANZAROT, A.I (2025), La vivienda familiar en situaciones de crisis familiar y de vulnerabilidad económica y social (II), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 809, año 2025, pp. 1515-1639.
- BONET CORREA, J. (1981), La nueva normativa sobre el aumento y la liberalización de las rentas actualizadas en los contratos de arrendamiento, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXIV, 1981.
- CABALLÉ FABRA, G. (2018), Las tenencias intermedias. La propiedad compartida (PC) y la propiedad temporal (PT), *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda*, coord. por María Teresa Alonso Pérez, Pamplona, 2018, Ed. Aranzadi, pp. 453-486.

- CARRASCO PERERA, A. (1984), El “juicio de razonabilidad” en la justicia constitucional, *Revista española de derecho constitucional*, Año n.º 4, N.º 11, 1984, pp. 39-106.
- CERRATO GURI, E. (2015), Aspectos procesales de la propiedad temporal y de la propiedad compartida de la vivienda habitual, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, 2/2015, Barcelona, abril, 2015, pp. 1-23.
- CUENA CASAS, M. (2023), La ocupación ilegal de inmuebles; un necesario enfoque global, *Cuadernos de Derecho Transaccional*, octubre 2023, vol. 15, N.º 2, pp. 293-336.
- DE LA DUEÑA SÁNCHEZ, A. (2025), El concepto de gran tenedor y su problemática. Consecuencias sustantivas y procesales, “*El “gran tenedor” en la normativa de vivienda. Concepto y consecuencias en el contrato de arrendamiento y en el proceso de desahucio*”, VVAA, direct. Moll de Alba Lacuve, Ch., pp. 43-59.
- DEL SAZ DOMÍNGUEZ, L. (2025), Nuevas medidas de apoyo a los más vulnerables: análisis del Real Decreto-Ley 1/2025 en materia de vivienda, *CESCO, Centro de Estudios de Consumo*, 12 de marzo de 2025, pp. 1-5.
- FERRER GUARDIOLA, J.A. (2025), La crisis del derecho a la propiedad privada. El arte de “limitar” su ejercicio en la máxima expresión: “prohibir”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 808, año 2025, pp. 1017-1049.
- FUENTES-LOJO RIUS, A. (2025), Q&A sobre aplicabilidad de los MASC en juicios de desahucio, *Diario La Ley*, n.º 10759, Sección Tribuna, 8 de julio de 2025, pp. 1-5.
- GARCÍA LÓPEZ, J. (2025), Un nuevo plato de inseguridad jurídica (1), La tramitación de los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2025, *Diario Ley*, n.º 10720, Sección Tribuna, 12 de mayo de 2025, pp. 1-8.
- GARCÍA MONTALVO, J. (2022), Algunas consideraciones sobre el Proyecto de Ley de vivienda, *Revista del IEE*, N.º 3/2022, pp. 1-8.
- GARCÍA VALDECASAS, G. (2006), *La posesión*, Granada, 2006, Ed. Comares.
- GESTHA, Informe sobre el alquiler sumergido según los datos IRPF, 2021.
- GIFREU i FONT, J. (2023), Intervención pública en el mercado libre de vivienda en alquiler en municipios con áreas tensionadas. Un análisis desde la fallida experiencia catalana, *Revista española de Derecho Administrativo*, n.º 230/2023, p. 61-98.
- GÓMEZ LINACERO, A., (2024) Tutela sumaria del ius possidendi: la facultad de entrega inmediata de la posesión en perspectiva crítica (1) (2), *Actualidad Civil*, n.º 9, septiembre de 2024, Editorial La Ley, pp. 1-46.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2022), Vivienda, nuevas formas de tenencia y Registro de la Propiedad, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 792, 2022, pp. 2312-2329.
- (2024) La lenta pero imparable transmutación del arrendamiento de vivienda urbana, *Revista de Derecho Civil*, vol. XI, núm. 2 (abril-junio 2024), pp. 165-2023.
- HERNÁNDEZ GIL, A. (1980), *La posesión*, Madrid, 1980, Ed. Civitas.
- IZQUIERDO GRAU, G. (2019), Las facultades dominicales de los propietarios material y formal en la propiedad compartida, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, 1/2019, Barcelona, enero 2019, pp. 1-23.

- (2019) Aspectos registrales e hipotecarios de la propiedad temporal y de la propiedad compartida del Código civil de Cataluña, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, 3/2019, Barcelona, julio, 2019, pp. 1-23.
- KHOLODILIN, K.A. (2024), Efectos del control de alquileres desde la perspectiva de la investigación empírica: una revisión casi completa de la literatura, *Journal of Housing Economics*, Volumen 63, 2024, 101983, ISSN 1051-1377, <https://doi.org/10.1016/j.jhe.2024.101983>. (<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1051137724000020>)
- LACRUZ MANTECÓN, M. (2018), Mi casa no es mía: Usufructo, uso y habitación como vías de acceso a la vivienda, *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda*, coord. por María Teresa Alonso Pérez, Pamplona, 2018, Ed. Aranzadi, pp. 285-348.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, D. y MATEA, M.^a de los LL. (2020), La intervención pública en el mercado del alquiler de vivienda: una revisión de la experiencia internacional, *Banco de España Eurosistema*, documentos ocasionales n.º 2002, Madrid, 2020.
- MAGRO SERVET, V. (2024), *Cómo afrontar jurídicamente la ocupación ilegal de un inmueble*, Madrid, 2024, Ed. La Ley.
- MARTENS JIMÉNEZ, I.L (2023), *Los arrendamientos de vivienda. Tipos, problemas y propuestas de modernización*, 2023, Ed. Atelier.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2025), La vivienda en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una visión integradora del derecho a la vivienda y el derecho de propiedad, *Revista de Derecho Civil*, <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, ISSN 2341-2216, vol. XII, núm. 1 (enero-marzo, 2025), Estudios, pp. 1-56.
- MAS BADIA, M.^a D. (2024), *¿Una habitación propia? Arrendamiento y propiedad en la Ley por el derecho a la vivienda*, Madrid, 2024, Ed. Marcial Pons.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. (2025), Función social de la propiedad y derecho a la vivienda, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 808, año 2025, pp. 575-631.
- MOREU MARTORELL, E. (2018), Viviendas vacías, *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda*, coord. por María Teresa Alonso Pérez, Pamplona, 2018, pp. 27-72.
- NASARRE AZNAR, S. (2003), *La garantía de los valores hipotecarios*, Madrid, 2003, Ed. Marcial Pons.
- (2017) *La propiedad compartida y la propiedad temporal* (Ley 19/2015) (dir.), Valencia, 2017, Ed. Tirant Lo Blanch.
- (2020) *Los años de la crisis de la vivienda. De las hipotecas subprime a la vivienda colaborativa*, Valencia, 2020, Ed. Tirant lo Blanch.
- (2022) *El Proyecto de Ley de Vivienda 2022*. “Fedea: Informes y papeles del Grupo de Trabajo Mixto Covid-19”. Apuntes 2022/11 [en línea]. Abril de 2022 [consulta: 2 enero 2025]. Disponible en: <https://housing.urv.cat/wp-content/uploads/2022/04/SNasarre-ProyeLeyViviFEDEA-2022.pdf>
- El debate: *¿Hay que intervenir los precios del alquiler?* [en línea]. En: El País, 20 de marzo de 2024 [consulta: 14 noviembre 2024]. Disponible en: <https://elpais.com/opinion/2024-03-20/el-debate-hay-que-intervenir-los-precios-del-alquiler.html>.
- NASARRE AZNAR, S., y SIMÓN MORENO, H. (2013), Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda, *UNESCO Housing Chair – Working Paper* No. 1/2013, pp. 1-37.

- (2013) *Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda*, “Revista Crítica de Derecho Inmobiliario”, n.º 739, 2013, pp. 3063-3122.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, F. (2024), *La vivienda colaborativa o cohousing: su oportunidad como nueva forma de habitar*, Valencia, 2024, Ed. Tirant Lo Blanch.
- RAMÓN, C. (2025), La protección posesoria por la vía penal en España. Del allanamiento de morada a la usurpación de inmuebles tras la reforma de 2025, *Diario La Ley*, n.º 10766, Sección Tribuna, 17 de julio de 2025, pp. 1-6.
- RINCÓN ANDREU, G. Y RUIZ OLIACH, V. (2025), El incumplimiento de la obligación de ofrecimiento de alquiler social en Cataluña y su tutela en la jurisdicción civil. Análisis de la disparidad de criterios de los tribunales, *Diario La Ley*, N.º 10651, Sección Tribuna, 24 de enero de 2025, pp. 1-5.
- RIVES SEVA, J.M.^a (2025), El derecho a la vivienda y su ocupación (1), *Actualidad Civil*, n.º 6, Junio de 2025, Editorial La Ley, pp. 1-54.
- RODRÍGUEZ LAINZ, J.L. (2025), Los nuevos retos jurídicos del desalojo de ocupantes ilegales de inmuebles en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del caso Caldarar y otros v. Polonia, *Diario La Ley*, n.º 10685, Sección Tribuna, 17 de marzo de 2025, pp. 1-12.
- RODRÍGUEZ TIRADO, A. M.^a (2024), La Ley por el derecho a la vivienda y la vulnerabilidad económico-social en los procesos arrendaticios de desahucio de vivienda habitual por falta de pago. ODS y Reglas de Brasilia (1), *La Ley. Derecho de familia*, n.º 41, enero de 2024, pp. 1-29.
- RUIZ-RICO ARIAS, M.^a D., (2023), La propiedad de vivienda habitual y la ejecución hipotecaria tras la ley del derecho a la vivienda de 2023: insuficiente protección y necesidad de reforma legal, *Diario La Ley*, n.º 10373, Sección Tribuna, 23 de octubre de 2023.
- SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.^a B. (2024), El reto de civilizar los mercados de la vivienda en consideración a los consumidores vulnerables (1), *La Ley. Derecho de familia*, n.º 41, enero de 2024, pp. 1-25.
- SALCEDO, J.; DE LA FUENTE, Á.; RÁFOLS, J.; PICH, V. (2024), *Los economistas creen que la Ley de Vivienda perjudica a los más vulnerables: regular los alquileres es muy mala idea* [en línea]. En: Infobae España, 16 de mayo de 2023 [consulta: 14 noviembre 2024]. Disponible en: <https://www.infobae.com/espana/2023/05/16/los-economistas-creen-que-la-ley-de-vivienda-perjudica-a-los-mas-vulnerables-regular-los-alquileres-es-muy-mala-idea>
- SIMÓN MORENO, H. (2013), *El proceso de armonización de los derechos reales en España*, Valencia 2013, Ed. Tirant Lo Blanch.
- (2023) La evolución constitucional de la función social de la propiedad y el nuevo régimen del derecho de propiedad sobre una vivienda en la Ley por el derecho a la vivienda, *Derecho Privado y Constitución*, n.º 42, 2023, pp. 139-177.
- VV.AA (2025), *El “gran tenedor” en la normativa de vivienda. Concepto y consecuencias en el contrato de arrendamiento y en el proceso de desahucio*, VVAA, direct. Moll de Alba Lacuve, Ch., Barcelona, 2025, Ed. Atelier.
- VERDERA SERVER, R. (2023), *Pro proprietate. Notas sobre la configuración constitucional de la propiedad privada*, “Anuario de Derecho Civil”, tomo LXXVI, fase III (julio-septiembre 2023), pp. 859-988.

NOTAS

* Cfr. por todos, la reciente publicación de MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2025): La vivienda en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una visión integradora del derecho a la vivienda y el derecho de propiedad, *Revista de Derecho Civil*, <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, ISSN 2341-2216, vol. XII, núm. 1 (enero-marzo, 2025), Estudios, pp. 1-56.

¹ BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

² BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

³ En este punto, resulta de interés la mención de la reciente STEDH de 6 de febrero de 2025 caso Caldarar y otros v. Polonia, que analiza un caso de desalojo de asentamiento de edificaciones precarias ilegales sobre suelo ajeno, y cuyas consideraciones jurídicas resultan aplicables al fenómeno de la ocupación ilegal de inmuebles en nuestro ordenamiento jurídico. En esta resolución se maneja una noción restrictiva del concepto de domicilio, determinado por la existencia de ciertos vínculos permanentes y duraderos con el objeto de posesión en el que se residencia la vida familiar, y en cuyo ámbito el conocimiento de la ilicitud del acto impediría la protección del texto internacional. La sentencia funda su razonamiento en la previsión del artículo 8.1 del CEDH en relación con la protección de ciertos componentes de la privacidad vinculados con la dignidad personal de los grupos familiares y el respeto que éstos merecen en un desarrollo de un proceso de desalojo que, no obstante, se considera inevitable. Corolario de esta particular perspectiva del derecho a la privacidad de los ocupantes, la resolución considerada se posiciona a favor de su derecho a poder intervenir en el proceso decisorio de la autoridad competente para decretar el desalojo, relacionando el principio de proporcionalidad con la posibilidad de poder ser tenidas en cuenta por el órgano decisor circunstancias tales como la forma y momento en que ha de llevarse a cabo su ejecución, y el precedente apoyo asistencial a los desalojados. Cfr. RODRÍGUEZ LAINZ, J.L. (2025): Los nuevos retos jurídicos del desalojo de ocupantes ilegales de inmuebles en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del caso Caldarar y otros v. Polonia, *Diario La Ley*, n.º 10685, Sección Tribuna, 17 de marzo de 2025, pp. 1-12.

⁴ Al respecto, como atinadamente sintetiza VERDERA, SERVER, R. (2023), Pro proprietate. Notas sobre la configuración constitucional de la propiedad privada, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXVI, 2023, fasc. III (julio-septiembre), pp. 859-988, en su interpretación del art. 33 CE, desde la STC 37/1987, de 26 de marzo, la jurisprudencia constitucional señaló que los dos factores que inescindiblemente definen el contenido del derecho de propiedad son la utilidad individual y la función social, resultando que el análisis de los criterios del Tribunal Constitucional pone de manifiesto que, a través de la delimitación de ese derecho con base en la función social, se está produciendo un progresivo vaciamiento del contenido de ese derecho, por cuanto que se expande el margen concedido al legislador a través de la categoría de la delimitación, frente a situaciones más garantistas como la expropiación, concluyendo que el resultado al que conduce este proceso cuestiona el respeto al contenido esencial del derecho de propiedad privada y plantea serias dudas acerca de su compatibilidad con la función económica de la propiedad.

⁵ Cfr. Encuesta de Características Esenciales de la Población y Viviendas (ECEPOV). Año 2021. Datos definitivos. Publicada el 22 de diciembre de 2023 por el INE (https://www.ine.es/prensa/ecepov_2021_feb.pdf).

⁶ Vid. NASARRE AZNAR, S. (2020), *Los años de la crisis de la vivienda. De las hipotecas subprime a la vivienda colaborativa*, Valencia, 2020, Ed. Tirant lo Blanch, pp. 566 y ss.

⁷ Cfr., al respecto, VV.AA, *El “gran tenedor” en la normativa de vivienda. Concepto y consecuencias en el contrato de arrendamiento y en el proceso de desahucio*, VVAA, direct. Moll de Alba Lacuve, Ch., Barcelona, 2025, Ed. Atelier.

⁸ Como ha quedado expuesto por destacada doctrina, el juicio de razonabilidad es un criterio utilizado por los tribunales para evaluar si una medida, decisión o ley es justa, equitativa y proporcionada a los fines que busca. Implica analizar si existe una relación lógica entre los medios utilizados y los fines perseguidos, considerando las circunstancias específicas del caso. Este juicio no sólo se aplica a decisiones judiciales, sino también a actos administrativos y legislativos y se enfoca en la relación entre los fines que se persiguen con una determinada medida y los medios utilizados para alcanzarlos. Se trata de determinar si la medida normativamente adoptada es adecuada, necesaria y proporcionada para lograr el objetivo pretendido y para ello se procura la integración de los elementos que representan el triple análisis (i) del medio, (ii) del fin y (iii) de la relación medio-fin. Cfr. CARRASCO PERERA, A. (1984), El “juicio de razonabilidad” en la justicia constitucional, *Revista española de Derecho constitucional*, Año n.º 4, N.º 11, 1984, pp. 39-106.

⁹ Entendido como tendencia analítica que aplica métodos y conceptos de la economía en la consideración del Derecho, evaluando la eficiencia y los efectos de las normas legales, buscando optimizar las estructuras legales y predecir el impacto de las leyes, abarcando desde regulaciones económicas hasta áreas como propiedad, obligaciones, y justicia penal y que maneja como conceptos claves, entre otros, la eficiencia, la elección racional, los costos y beneficios y las externalidades. Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2007), Los juristas —españoles— y el análisis económico del derecho, *Indret Privado, Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 417, enero 2007, pp. 1-13.

¹⁰ Cfr. NASARRE AZNAR, S., y SIMÓN MORENO, H. (2013), *Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda*, UNESCO Housing Chair – Working Paper No. 1/2013, pp. 1-37.

¹¹ La propiedad compartida y la propiedad temporal son dos formas de tenencia de bienes inmuebles, señaladamente los destinados a vivienda habitual, y también bienes muebles identificables (vgr. un vehículo) reguladas en los arts. 556-1 a 556-12 (propiedad compartida) y 547-1 a 547-10 (propiedad temporal) del Código Civil de Cataluña (CCC).

¹² GARCÍA MONTALVO, J. (2022), Algunas consideraciones sobre el Proyecto de Ley de vivienda, *Revista del IEE*, N.º3/2022, pp. 5-6.

¹³ Esta “gestación accidentada” resulta puesta de relieve ya desde el inicio de su estudio por MAS BADIA, M.ª D. (2024), *¿Una habitación propia? Arrendamiento y propiedad en la Ley por el derecho a la vivienda*, Madrid, 2024, Ed. Marcial Pons, p. 21.

¹⁴ Cfr. MAS BADIA, M.ª D. (2024), *¿Una habitación propia? Arrendamiento y propiedad en la Ley por el derecho a la vivienda*, loc. cit.

¹⁵ El artículo 148 de la CE dispone: “1. Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: (...) 3.º Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda”.

¹⁶ Así, y en orden cronológicamente inverso a su presentación: (1) Recurso de inconstitucionalidad n.º 1306/2024, contra los artículos 3, 11.2, 16, 18.2, 3 y 4, 19.2 y 3, 27.3. D.A Tercera, D.T Segunda.1, D.T Tercera, D.F Quinta, y D.F Séptima de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (BOE núm. 90, de 12 de abril de 2024); (2) Recurso de inconstitucionalidad n.º 1278/2024, contra los artículos 2, letras c), d), e), f), g), h), i), j), m), n), o), p), q), r), y s), 12, 15, apartados 1 d) y 4, 16, 17, 18, apartados 1, 4, 5 y 6, 23, 24, 27, apartados 1, párrafo tercero, 2 y 3, 28 y 29, D.T Primera, párrafo segundo, D.T Segunda y D.F

Séptima, apartado 1, de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (BOE núm. 90, de 12 de abril de 2024); **(3)** Recurso de inconstitucionalidad n.º 1301/2024, contra los artículos 3, 10.2, 15.1.d), 15.1.e), 16, 17 y 18, D.A Tercera, D.T Segunda.1, D.F. Primera, apartados uno, tres y seis, y D.F Cuarta de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (BOE núm. 69, de 19 de marzo de 2024); **(4)** Recurso de inconstitucionalidad n.º 5580/2023, contra los artículos 2, letras c), d), e), f), g), h), i), j), m), n), o), p), q), r) y s), 15, apartados 1 b) y 1 d), y apartados 2, 3 y 4, 16, 17, 18.1, 18.4, 27.1, párrafo tercero, 27.2 y 27.3, 28, 29, D.T Primera, párrafo segundo, D.T Segunda y D.F Séptima, apartado 1, de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (BOE núm. 236, de 3 de octubre de 2023); **(5)** Recurso de inconstitucionalidad n.º 5518/2023, contra los artículos 8 a), 15.1, 16.1 d), 17.4, 18.2, 3 y 4, 19.3, 27.1 y 3, y 28.1, D.F Quinta de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (BOE núm. 236, de 3 de octubre de 2023); **(6)** Recurso de inconstitucionalidad n.º 5516/2023, contra los artículos 8 a) y c), 11.1.e), 15.1, 16.1 d), 18.2, 3 y 4, 19.1 y 3, 27.1 y 3, 28.1, 35, D.A Tercera, D.T Primera, párrafo 2, D.F Primera, apartados uno, tres y seis, y D.F Quinta de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (BOE núm. 236, de 3 de octubre de 2023); **(7)** Recurso de inconstitucionalidad n.º 5514/2023, contra los artículos 15.1 b), c), d) y e), 16.1 d), 18.2, 18.3, 18.4, 27.1, 27.3, 28.1 b), c) y d), 29.2, 31.1, 31.2, D.A Tercera, D.F Primera tres, D.F Cuarta, D.F Quinta dos y D.F Quinta seis de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (BOE núm. 236, de 3 de octubre de 2023); y **(8)** Recurso de inconstitucionalidad n.º 5491/2023, contra los artículos 3 f), g) y k), 8 a) y c), 9 e), 11.1 e), 15.1 e), 16, 18, apartados 2, 3 y 4; 19.apartado 1, inciso segundo, y apartado 3, 27 apartado 1, párrafo tres y apartado 3, 28, 29, 32, 33, 34, 35 y 36, D.A Tercera, D.T Primera, D.F Primera, apartados uno, tres y seis, y D.F Cuarta de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (BOE núm. 236, de 3 de octubre de 2023). Al respecto, el pasado día 24 de junio, se publicó en el Boletín Oficial del Estado la STC 79/2024, de 21 de mayo, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley estatal 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, presentado por el Gobierno de Andalucía, y que viene a rechazar la inconstitucionalidad solicitada sobre numerosos preceptos legales, considerando únicamente contrarios a la Constitución Española el art. 16, la disposición transitoria primera, el apartado tercero del art. 27, un párrafo de uno de los apartados del artículo 27.1 y una proposición del art. 19.3. Los preceptos declarados nulos, referidos en su mayor parte al cumplimiento de la función social de la vivienda y a la obligación de ofrecer un alquiler social antes de promover determinadas acciones judiciales, o de renovar ese alquiler social a su vencimiento, vulneran las competencias exclusivas del Estado en materia de legislación procesal y sobre las bases de las obligaciones contractuales.

¹⁷ En efecto, cuando la Ley 12/2023, en su artículo 11, dispone que, además de los deberes establecidos en la legislación de suelo en función de la situación básica de los terrenos en los que se sitúe la vivienda, el derecho de propiedad de una vivienda queda delimitado por su función social y comprende los siguientes “... a) Uso y disfrute propios y efectivos de la vivienda conforme a su calificación, estado y características objetivas, de acuerdo con la legislación en materia de vivienda y la demás que resulte de aplicación, garantizando en todo caso la función social de la propiedad”, lo que hace realmente es delimitar una de las posibles actuaciones del titular dominical cuya inobservancia podría justificar una restricción dominical por ser contraria a la función social de la vivienda y a partir de la cual se podría organizar aquella limitación siempre y cuando —habría que precisar— esta limitación del dominio no afecte a su contenido mínimo de tal manera que lo desdibuje por completo. En todo caso, la cuestión se localiza en precisar qué tipo de restricciones cabe atribuir a la falta de cumplimiento de ese *deber*

de uso propio y efectivo de la vivienda porque, lo que la realidad existente permite apreciar no son más que limitaciones de índole administrativo y, particularmente, tributario —en todo caso admitidas por el TC—, consistentes en la imposición de ciertos gravámenes tributarios sobre viviendas que se encuentren vacías. En mi opinión la controversia se genera por cuanto que la previsión normativa referida residencia la imposición de los deberes de uso propio y efectivo de la vivienda de conformidad con la legislación vigente en materia de vivienda y la restante que resulte de aplicación, de lo que fácilmente se infiere que se pretende completar el contenido del derecho de propiedad cuando de una vivienda se trata, adicionándole un contenido estatutario a todas luces reductor del propio derecho subjetivo de la propiedad. Y esta previsión nos lleva a cuestionar si, más allá de esta categoría de cargas que imponen gravámenes al propietario por el no uso, resulta de recibo limitar el derecho subjetivo hasta el extremo de impedir el no uso de su vivienda. Llegados a este punto, resulta relevante atender a la declaración de la STC 32/2018, cuando declara que “este tipo de previsiones autonómicas en que se establece el deber de destinar la vivienda de un modo efectivo a habitación, en la medida en que en el contexto normativo en el que se inserta no se configura como real deber del propietario, sino como un objetivo que persigue el poder público mediante su política de vivienda, no puede afirmarse que forme parte del contenido esencial de ese tipo de derecho de propiedad”. Pero lo cierto es que, si el propietario hace de su vivienda un uso impropio, a tenor del artículo 11.2 de la Ley 12/2023 se abre la vía de una posible “declaración de incumplimiento de los deberes asociados a la propiedad de la vivienda, habilitando a adoptar, de oficio o a instancia de parte y previa audiencia, en todo caso, del obligado, cuantas medidas prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística y de la vivienda”. En definitiva, de lo expuesto resulta planteada una evidente confrontación entre el derecho subjetivo a la propiedad y su contenido esencial, cuando aquél recae sobre una vivienda o inmueble con finalidad habitacional. En suma, se trata de introducir un estatuto jurídico de la propiedad en cuya base se depositan determinadas restricciones a la titularidad dominical previstas para el supuesto de incumplimiento de los deberes impuestos desde una determinada política de vivienda que, en todo caso y por la expresa reserva de ley ordinaria constitucionalmente dispuesta deberá tener reflejo en disposiciones con rango de ley que necesariamente deberán ser respetuosas con aquel derecho.

¹⁸ Sobre la “función social” de la propiedad como factor que restringe el contenido de la titularidad dominical sobre la vivienda existe una amplia bibliografía. Vid., por todos, como estudios más recientes y, en todo caso, posteriores a la Ley 12/2023, ALONSO PÉREZ, M.^a T. (2025), La función social de la propiedad como elemento delimitador del contenido del derecho de propiedad de la vivienda, *Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Burgos 29-31 mayo de 2025, ponencia en 44 páginas; MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. (2025), Función social de la propiedad y derecho a la vivienda, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 808, año 2025, pp. 575-631; SIMÓN MORENO, H. (2023), La evolución constitucional de la función social de la propiedad y el nuevo régimen del derecho de propiedad sobre una vivienda en la Ley por el derecho a la vivienda, *Derecho Privado y Constitución*, n.º 42, 2023, pp. 139-177.

¹⁹ Realmente, la propiedad privada inmobiliaria se encuentra en la actualidad en situación señaladamente crítica, atendido el acusado intervencionismo estatal en la controvertida cuestión de los medios de acceso a la vivienda que parece sacralizar la “función social” en detrimento del derecho individual constitucionalmente consagrado. Cfr. FERRER GUARDIOLA, J.A. (2025), La crisis del derecho a la propiedad privada. El arte de “limitar” su ejercicio en la máxima expresión: “prohibir”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 808, año 2025, pp. 1017-1049.

²⁰ Como es sabido, el fenómeno no se constata de manera exclusiva en nuestro país, sino que afecta a la casi totalidad de los de nuestra órbita cultural, constituyendo una clara preocupación en todos los Estados de la UE, resultando posible constatar desde el Derecho comparado cómo los países de nuestro entorno más cercano han dispuesto medidas legales (ya en el orden penal, ya en el civil) ágiles y con vocación de efectividad para recuperar en plazos breves la posesión del inmueble ocupado. Así, en Holanda únicamente se exige una denuncia policial para recuperar la finca previa exhibición del título de propiedad y acreditando que los ocupantes no disponen de ningún título que ampare su posesión; en Francia la policía está legitimada para desalojar a un ocupante ilegal durante las primeras 48 horas de ocupación desde el momento en que se tiene conocimiento del hecho; en Italia el juzgado puede ordenar inmediatamente a la policía que proceda al desalojo del inmueble ocupado previa acreditación de la titularidad del bien y de la inexistencia de título idóneo del ocupante; y en Alemania es posible recuperar la posesión de una vivienda ocupada en un plazo de 24 horas desde que se conoce su ocupación ilegal, previa denuncia del propietario. También Reino Unido dispone de un sistema policial de activación urgente para poder recuperar la posesión del inmueble que ha sido objeto del despojo, previa denuncia de su titular dominical.

²¹ Vid. CUENA CASAS, M. (2023), La ocupación ilegal de inmuebles; un necesario enfoque global, *Cuadernos de Derecho Transaccional* (octubre 2023), vol. 15, n.º 2, pp. 293-336.

²² Según datos proporcionados por el Ministerio del Interior, el año 2023 cerró con 15.289 denuncias por ocupación ilegal en España, lo que supone un descenso del 8,8% respecto al año anterior, en el que se registraron 16.765. Del análisis de estos datos se extrae que la comunidad autónoma donde más denuncias por ocupación se registraron fue, con diferencia, Cataluña, con un total de 6.258. Esta cifra, que representa más del 40% del país, resulta superior a la suma de las que ofrecen las comunidades autónomas de Andalucía, con 2.331, Comunidad Valenciana, con 1.649, y Comunidad de Madrid, con 1.516. Ciertamente, los datos manejados permiten concluir que la tendencia fue al alza desde 2018 hasta 2021, año a partir del cual se aprecia una tendencia a la baja, si bien el número de supuestos en 2023 fue mayor que en 2018 y, en todo caso, siempre superior en relación con otros países de nuestro entorno.

²³ En todo caso, resulta de interés señalar que la ocupación ilegal inmobiliaria provoca un incontable repertorio de consecuencias negativas que con mucho exceden de las que afectan en exclusiva al titular dominical del inmueble ocupado, pues la situación también proyecta efectos dañinos en los vecinos del inmueble objeto del despojo, señaladamente en las comunidades sometidas al régimen de propiedad horizontal, que padecen las consecuencias directas del ejercicio ilegal del uso de la vivienda tanto en las suyas propias como en los elementos comunes del inmueble, usualmente objeto todos ellos incluso de actos vandálicos que impiden la buena convivencia, el uso pacífico de su propiedad y, en incontables ocasiones, provocan daños de carácter personal de difícil reposición, básicamente los de carácter psicológico derivados en el mayor número de supuestos de las constantes inmisiones acústicas que no entran dentro del ámbito de lo tolerable (ruidos por riñas, discusiones y reyertas, o música a elevado volumen en horas destinadas naturalmente al descanso) o de la zozobra e inquietud que provoca el saber que no se va a poder disfrutar del esencial derecho al descanso en la propia casa.

²⁴ Cfr. RUIZ-RICO ARIAS, M.ª D. (2023), La propiedad de vivienda habitual y la ejecución hipotecaria tras la ley del derecho a la vivienda de 2023: insuficiente protección y necesidad de reforma legal, *Diario La Ley*, n.º 10373, Sección Tribuna, 23 de octubre de 2023.

²⁵ Como ya previamente se hiciera por el Real Decreto-ley 1/2025, de 28 de enero, por el que se aprueban medidas urgentes en materia económica, de transporte, de Seguridad Social, y para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad. Cfr. DEL SAZ DOMÍNGUEZ, L. (2025),

Nuevas medidas de apoyo a los más vulnerables: análisis del Real Decreto-Ley 1/2025 en materia de vivienda, *CESCO, Centro de Estudios de Consumo*, 12 de marzo de 2025, pp. 1-5, que analiza el Título IV del Real Decreto-ley 1/2025, que aborda medidas de apoyo a colectivos vulnerables y, de manera particular, el Capítulo I de dicho Título, dedicado a las medidas implantadas en materia de vivienda.

²⁶ La cuestión merece una consideración diversa en el ámbito de la gestión de las viviendas dotacionales públicas (que, junto con el resto de la vivienda social, integra el parque público de vivienda, específicamente regulado en el Título III de la Ley 12/2023), que, como señala BERROCAL LANZAROT, A.I (2025), La vivienda familiar en situaciones de crisis familiar y de vulnerabilidad económica y social (II), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 809, año 2025, podrán gestionarse por las administraciones públicas, sus entidades dependientes o entidades sin ánimo de lucro con fines sociales vinculados a la vivienda, para garantizar el acceso a las mismas a personas en situaciones de vulnerabilidad o en exclusión social, en régimen de alquiler, derecho de superficie u otras modalidades de tenencia temporal admitidas por la legislación aplicable. Y ello, toda vez que, como ya señala SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.ª B. (2024), El reto de civilizar los mercados de la vivienda en consideración a los consumidores vulnerables (1), *La Ley, Derecho de familia*, N.º 41, Enero de 2024, pp. 1-25, el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en los términos dispuestos por la Ley 12/2023 por el derecho a la vivienda no significa esencialmente y, en primer término, que los poderes públicos a través de sus administraciones deban proveer, a quien lo necesite, de una vivienda digna y adecuada donde vivir, sino más bien que los poderes públicos articularán medidas y actuarán para que el mercado, con sus leyes de funcionamiento, y los titulares de derechos sobre las viviendas en el ejercicio de sus facultades, no impidan o excluyan del acceso a la vivienda digna y adecuada a quienes no puedan procurársela por sus propios medios.

²⁷ Cfr., por todos, ALBA FERRÉ, E. (2024), La accesibilidad y la vulnerabilidad económica en la Ley por el derecho a la vivienda (1), *Ley, Derecho de familia*, N.º 41, enero de 2024, pp. 3-6.

²⁸ Cfr., por todos, RODRÍGUEZ TIRADO, A. M.ª (2024), La Ley por el derecho a la vivienda y la vulnerabilidad económico-social en los procesos arrendaticios de desahucio de vivienda habitual por falta de pago. ODS y Reglas de Brasilia (1), *La Ley, Derecho de familia*, N.º 41, enero de 2024, pp. 1-29.

²⁹ En este ámbito, el legislador persiste en la tendencia ya inaugurada a propósito de la pandemia generada por la crisis sanitaria del COVID19 en cuyo contexto, mediante el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, y sus ulteriores actualizaciones ampliatorias, posibilitó la medida de suspensión de los juicios de desahucio y de las ejecuciones de vivienda habitual en caso de vulnerabilidad económico-social vinculada a la pandemia, vigente hasta el 31 de diciembre de 2024. Por su parte, el Real Decreto-ley 1/2024, de 14 de mayo, proroga cuatro años adicionales la medida de suspensión de los lanzamientos sobre la vivienda habitual para la protección de los colectivos vulnerables, que se introdujo mediante el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, a fin de paliar el impacto sobre la carga financiera de las familias más vulnerables que se encontraran en dificultades para hacer frente a sus obligaciones derivadas de la contratación de un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual, y se ha ido extendiendo mediante sucesivas ampliaciones normativas. Por su parte, el Real Decreto 9/2024, de 23 de diciembre por la que se adoptan medidas urgentes en materia económica, tributaria, de transporte y de Seguridad Social y se prorrogan determinadas medidas para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social, extiende determinadas medidas de protección en situaciones de vulnerabilidad en materia

de vivienda que fueron introducidas en el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. Específicamente se amplía hasta el 31 de diciembre de 2025 la suspensión de los procedimientos de desahucio y lanzamientos en los supuestos y de acuerdo con los trámites ya establecidos, así como también la posibilidad hasta el 31 de enero de 2026 de solicitar por parte del arrendador o propietario la compensación referida en el Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes. De manera concordante se dispone que la referencia al 31 de diciembre de 2024 que se realiza en la disposición transitoria tercera de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, se entenderá hecha al 31 de diciembre de 2025. La norma precedentemente referenciada entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE si bien quedó derogada por falta de los apoyos parlamentarios necesarios, aprobándose con posterioridad el Real Decreto-Ley 1/2025, de 28 de enero, por el que se disponen determinadas medidas urgentes en materia económica, de transporte, de Seguridad Social y para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad, que, en su Título IV intitulado “Medidas de apoyo a colectivos vulnerables”, capítulo I “Medidas en materia de vivienda”, artículo 72 modifica el referido Real Decreto-Ley 11/2020 disponiendo nuevamente la suspensión hasta el 31 de diciembre de 2025 de los procedimientos de desahucio y lanzamientos en los supuestos y de acuerdo con los trámites ya establecidos, así como la posibilidad de solicitar hasta el 31 de enero de 2026 compensación por parte del arrendador o propietario recogida en el Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes. En concordancia con ello, se dispone que la referencia al 31 de diciembre de 2024 que se realiza en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 12/2023 se entenderá hecha al 31 de diciembre de 2025. Su entrada en vigor tuvo lugar al día siguiente de su publicación en el BOE —esto es, el 30 de enero de 2025, de manera que desde el 25 de diciembre de 2024 hasta el 31 de diciembre de 2025 no estuvieron suspendidos los lanzamientos.

³⁰ En este sentido, la STEDH de 13 de diciembre de 2018, asunto *Casa di Cura Valle Fiorita S.R.L. c. Italia*, declara que la demora prolongada del desalojo de los ocupantes ilegales de un inmueble vulnera el derecho del titular legítimo a un proceso equitativo, ex art 6.1 CEDH, y también su derecho de propiedad.

³¹ Al respecto, cfr. VERDERA SERVER, R. (2023), *Pro proprietate. Notas sobre la configuración constitucional de la propiedad privada*, cit., pp. 859-988.

³² Comprensiva, desde un punto de vista amplio, de cualquier situación de ocupación no amparada por título legítimo para ello, incluso en el caso del que el ocupante accediera a la posesión de manera legítima (a través de un contrato de arrendamiento, comodato o usufructo, entre otros supuestos), si bien desde una perspectiva más estricta, comprende aquella circunstancia en la que el ocupante ilegal ha accedido a la vivienda sin mediar el consentimiento del poseedor actual, provocando técnicamente una situación de despojo, por constituir una conducta no amparada legalmente (cfr. GARCÍA VALDECASAS, G. (2006), *La posesión*, Granada, 2006, Ed. Comares, p. 65.), que deja al sujeto que ha padecido el despojo en una situación de carencia del poder fáctico sobre la cosa en que la posesión genuinamente consiste, provocando en consecuencia una privación ilegal (obviamente, transcurrido el año a que se refiere el artículo 460.4.º del CC en su vinculación con el 444 del mismo cuerpo legal; cfr. HERNÁNDEZ GIL, A. (1980), *La posesión*, Madrid, 1980, Ed. Civitas., p. 705).

³³ Vid., por todos, MAGRO SERVET, V. (2024), *Cómo afrontar jurídicamente la ocupación ilegal de un inmueble*, Madrid, 2024, Ed. La Ley, pp. 19-110.

³⁴ La ocupación, el allanamiento de morada y la usurpación constituyen jurídicamente realidades diferentes que comparten semánticamente el denominador común de aludir a un uso ilegal de una vivienda ajena. La ocupación no integra ningún tipo penal y responde a la situación en la que una persona ejerce el uso sobre un inmueble que no le pertenece, integrando penalmente una conducta típica que deberá calificarse bien de allanamiento de morada o bien de usurpación; el primer tipo penal apuntado, el allanamiento de morada, consiste en el ingreso o permanencia de una persona en una vivienda o edificio sin autorización de su morador (art. 202 CP) en tanto que la usurpación consiste en la ocupación ilegal de una vivienda o inmueble deshabitada que no constituye morada, pero también sin el consentimiento de su titular (art. 245 CP). Queda claro que, en orden a la diferenciación de los tipos penales indicados, resulta esencial determinar si el inmueble ocupado constituye, o no, morada que, en definitiva, sucede cuando dicho bien inmueble se utilice como residencia o domicilio y, en todo caso, en el mismo se ubique el desarrollo de actividades privadas. En los supuestos de usurpación el titular dominical del inmueble puede instar con carácter previo el procedimiento previsto en la Ley 5/2018, de 11 de junio, conocido como “desahucio express”, a través del que es posible el dictado de una resolución en el plazo de quince días. En todo caso, con la Ley 12/2023 se modifica el artículo 795 de la LECrim a los efectos de incluir el allanamiento de morada y la usurpación de un bien inmueble en el elenco de delitos de rápido enjuiciamiento, comprendidos en el Título III, Capítulo I. Por su parte, La LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de la Justicia, en vigor desde el 3 de abril de 2025, modifica la regulación penal de la ocupación ilegal de inmuebles, disponiendo un procedimiento rápido que posibilita a los propietarios recuperar sus viviendas en plazos más breves que los anteriores, al modificar el artículo 795 apartado primero circunstancia 2.ª, de la LECrim adicionando las letras i) Delitos de allanamiento de morada del artículo 202 del Código Penal y, j) Delitos de usurpación del artículo 245 del Código Penal; cfr., al respecto, por todos, GARCÍA LÓPEZ, J. (2025), Un nuevo plato de inseguridad jurídica (1), La tramitación de los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2025, *Diario Ley*, n.º 10720, Sección Tribuna, 12 de Mayo de 2025, pp. 1-8, RAMÓN, C. (2025), La protección posesoria por la vía penal en España. Del allanamiento de morada a la usurpación de inmuebles tras la reforma de 2025, *Diario La Ley*, n.º 10766, Sección Tribuna, 17 de julio de 2025, pp. 1-6, y RIVES SEVA, J.M.ª (2025), El derecho a la vivienda y su ocupación (1), *Actualidad Civil*, n.º 6, junio de 2025, Editorial La Ley, pp. 2-12.

³⁵ Es de destacar que la reforma de la LECiv provocada por la Ley 12/2023 en su Disposición Final Quinta afecta, en esencia, por una parte, a los cuatro procedimientos judiciales, cuyo propósito común es recuperar la posesión de los inmuebles retenidos por quienes los poseen sin título previo que ampare la posesión (ocupación), o en aquellas situaciones en que habiendo existido título éste ha decaído o ha devenido ineficaz (art. 250.1.1.º, 2.º, 4.º y 7.º de la LEC) (iniquiocupación); y, por otra, incluye determinadas modificaciones en el proceso ejecutivo.

³⁶ Conviene tener en cuenta, además, que desde la entrada en vigor de la LO 1/2025 cualquier demanda de desahucio debe precisar si el inmueble en cuestión es la vivienda habitual del ocupante (artículo 439.6 de la LECiv) y si el demandante tiene la condición de gran tenedor, resultando también necesaria la acreditación de haberse intentado una mediación y la aportación de información sobre la vulnerabilidad económica. A tal efecto resulta de interés considerar que los MASC relacionados legalmente (mediación, oferta vinculante, experto independiente, derecho o abogacía colaborativos, acto de conciliación ante el LAJ) no constituyen *numerus clausus*, sino *apertus*, y que se trata de un requisito de procedibilidad obligatorio por expresa disposición legal. Es por lo que el artículo 10 de la Ley 12/2023 establece que a los efectos de

justificar que se ha intentado una actividad negociadora previa su acreditación debe constar documentalmente.

³⁷ No obstante, la realidad actual demanda la ampliación del ámbito de aplicación de la Ley 5/2018 a fin de poder extender el uso de la medida cautelar también a personas jurídicas y a inmuebles distintos de vivienda.

³⁸ Reforma cuya constitucionalidad resultó cuestionada y respecto de la cual la STC 32/2019, de 28 de febrero, declaró la constitucionalidad del procedimiento, señalando que los derechos a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, el derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), y el derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías del ocupante de la vivienda (art. 24 CE) no resultan comprometidos por la regulación que la Ley 5/2018 introduce. Una perspectiva crítica completa de la norma la realiza GÓMEZ LINACERO, A. (2024), *Tutela sumaria del ius possidendi: la facultad de entrega inmediata de la posesión en perspectiva crítica* (1) (2), *Actualidad Civil*, n.º 9, septiembre de 2024, Editorial La Ley, pp. 1-46.

³⁹ Al respecto, la E.M de la Ley 5/2018 expresa que: “El cauce conocido como «desahucio por precario» plantea un problema de inexactitud conceptual, con la consiguiente inseguridad en la consecución de la tutela pretendida, dado que en los supuestos de ocupación ilegal no existe tal precario, puesto que no hay ni un uso tolerado por el propietario o titular del legítimo derecho de poseer, ni ningún tipo de relación previa con el ocupante”.

⁴⁰ Sobre la aplicabilidad de los MASC en los juicios de desahucio, cfr. FUENTES-LOJO RIUS, A. (2025), Q&A sobre aplicabilidad de los MASC en juicios de desahucio, *Diario La Ley*, N.º 10759, Sección Tribuna, 8 de julio de 2025, pp. 1-5.

⁴¹ El artículo 1.2 de la Ley 12/2023, con el declarado propósito de “asegurar al ejercicio del derecho a la vivienda” dispone que “será asimismo objeto de esta ley la regulación del contenido básico del derecho de propiedad de la vivienda en relación con su función social, que incluye el deber de destinar la misma al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico, en el marco de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, así como de mantener, conservar y rehabilitar la vivienda, atribuyendo a los poderes públicos la función de asegurar su adecuado cumplimiento, en el ámbito de sus respectivas competencias, a través de la aplicación de las medidas que legalmente procedan”, prescindiendo de cualquier mención a las facultades que también conforman el derecho a la propiedad de la vivienda y, en consecuencia, realizando expresamente una tendenciosa aplicación de la consideración constitucional que al derecho a la propiedad privada confiere el artículo 33 CE.

⁴² En este precepto del artículo 11 de la Ley 12/2023 se hace referencia a la función social que implica a la propiedad de la vivienda en orden a configurar (limitativamente) los deberes que incumben al titular dominical, citando a tal efecto como tales (deberes) el “uso y disfrute propios y efectivos de la vivienda conforme a su calificación, estado y características objetivas, de acuerdo con la legislación en materia de vivienda y la demás que resulte de aplicación”, actuaciones (las del uso y disfrute) calificadas previamente en el artículo 10 como facultades, al igual que la obligación de conservación que en el precepto ahora considerado recibe el mismo tratamiento de deber, si bien en el artículo 10 se considera como facultad del derecho de propiedad de la vivienda la “realización de las obras de conservación, rehabilitación, accesibilidad universal, ampliación o mejora, de conformidad con las condiciones establecidas por la Administración competente y, en su caso, el título habilitante de tales actuaciones, cuando éste sea legalmente exigible”.

⁴³ Como destaca GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2024), La lenta pero imparable transmutación del arrendamiento de vivienda urbana, *Revista de Derecho Civil*, vol. XI, núm. 2 (abril-junio 2024), pp. 165-2023: “Alquilar pisos en España se está convirtiendo en

un negocio de riesgo, aleatorio, donde el plazo y la contraprestación pecuniaria por la cesión del uso del inmueble son cada vez más inciertos, y a la vez se observa un menor margen de la autonomía de la voluntad de las partes en estos contratos. Esto se debe al elevado riesgo de impago y la dificultad de expulsar al inquilino moroso del inmueble ocupado, sobre todo, si es su vivienda habitual, y es económicamente vulnerable. El legislador, además, está imponiendo topes en los incrementos de las rentas, aumentos del plazo inicialmente pactado mediante prórrogas forzosas, ralentizaciones en los procesos de desahucio. La legislación española es permisiva con el arrendatario y penaliza al arrendador, que prefiere no poner sus viviendas en alquiler por los riesgos a los que se enfrenta, aun con el peligro que supone tenerlos vacíos”.

⁴⁴ NASARRE AZNAR, S. (2020), *Los años de la crisis de la vivienda: De las hipotecas subprime a la vivienda colaborativa*. Valencia, 2020, Ed. Tirant Lo Blanch. pp. 486 y ss.

⁴⁵ NASARRE AZNAR, S. (2024), *El debate: ¿Hay que intervenir los precios del alquiler?* [en línea]. En: *El País*, 20 de marzo de 2024 [consulta: 14 noviembre 2024]. Disponible en: <https://elpais.com/opinion/2024-03-20/el-debate-hay-que-intervenir-los-precios-del-alquiler.html>; SALCEDO, J.; DE LA FUENTE, Á.; RÀFOLS, J.; PICH, V. (2024), Los economistas consideran que la Ley de Vivienda perjudica a los más vulnerables: regular los alquileres es muy mala idea [en línea]. En: *Infobae España*, 16 de mayo de 2023 [consulta: 14 noviembre 2024]. Disponible en: <https://www.infobae.com/espana/2023/05/16/los-economistas-creen-que-la-ley-de-vivienda-perjudica-a-los-mas-vulnerables-regular-los-alquileres-es-muy-mala-idea>

⁴⁶ Cfr. KHOLODILIN, K.A. (2024), *Efectos del control de alquileres desde la perspectiva de la investigación empírica: una revisión casi completa de la literatura*, “Journal of Housing Economics”, Volumen 63, 2024, 101983, ISSN 1051-1377, <https://doi.org/10.1016/j.jhe.2024.101983>, (<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1051137724000020>)

⁴⁷ NASARRE AZNAR, S. (2022), *El Proyecto de Ley de Vivienda 2022*. En: Fedea: Informes y papeles del Grupo de Trabajo Mixto Covid-19. Apuntes 2022/11 [en línea]. Abril de 2022 [consulta: 2 enero 2025]. Disponible en: <https://housing.urv.cat/wp-content/uploads/2022/04/SNasarre-ProyeLeyViviFEDEA-2022.pdf>

⁴⁸ BONET CORREA, J. (1981), La nueva normativa sobre el aumento y la liberalización de las rentas actualizadas en los contratos de arrendamiento, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXIV, 1981, p. 378.

⁴⁹ Cfr. GIFREU i FONT, J. (2023), Intervención pública en el mercado libre de vivienda en alquiler en municipios con áreas tensionadas. Un análisis desde la fallida experiencia catalana, *Revista española de Derecho Administrativo*, n.º 230/2023, p. 71.

⁵⁰ Como precisa la norma: “Esta definición podrá ser particularizada en la declaración de entornos de mercado residencial tensionado hasta aquellos titulares de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados en dicho ámbito, cuando así sea motivado por la comunidad autónoma en la correspondiente memoria justificativa” (cfr. art. 3 k) de la Ley 12/2023, en su último inciso).

⁵¹ Respecto de los que tampoco se aclara si se trata únicamente de los titulares dominicales o también de quienes lo sean de otros posibles derechos sobre el inmueble destinado a vivienda. Cfr., al respecto, DE LA DUEÑA SÁNCHEZ, A., El concepto de gran tenedor y su problemática. Consecuencias sustantivas y procesales, “El “gran tenedor” en la normativa de vivienda. Concepto y consecuencias en el contrato de arrendamiento y en el proceso de desahucio”, VVAA, direct. Moll de Alba Lacuve, Ch., cit. pp. 43-59.

⁵² Cfr. ARGELICH COMELLES, C. (2023), Derecho sin utopías sobre la propiedad privada y legal transplants adecuados: las medidas y carencias de la Ley 12/2023, de 24 de mayo,

por el derecho a la vivienda, *Aranzadi digital*, núm. 1/2023, p. 3, quien señala que el 95,6% de las viviendas arrendadas en España son propiedad de los particulares.

⁵³ Ciertamente, resulta cada vez más frecuente que los poseedores de inmuebles que son propiedad de grandes tenedores interesen la tutela judicial a través de la jurisdicción civil con la pretensión de que el titular dominical resulte obligado a perfeccionar un contrato de alquiler social con fundamento en la previsión contenida en la Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética. En este contexto, la Sección 19.ª de la AP de Barcelona, mediante Sentencia núm. 601/2022, de 18 de noviembre, resolvió que la jurisdicción civil tiene vedada la posibilidad de imponer la referida obligación de hacer al titular dominical del inmueble que reúna la condición de “gran tenedor”, toda vez que el antedicho ofrecimiento se encuentra regulado como sanción administrativa. No obstante, la posición defendida en esta cuestión por los tribunales de instancia ofrece soluciones diversas vinculadas a sus correspondientes pronunciamientos declarados por los tribunales que tienen encomendada la resolución de la apelación. Sobre el análisis crítico de los mismos cfr. RINCÓN ANDREU, G. Y RUIZ OLIACH, V., (2025), El incumplimiento de la obligación de ofrecimiento de alquiler social en Cataluña y su tutela en la jurisdicción civil. Análisis de la disparidad de criterios de los tribunales, *Diario La Ley*, N.º 10651, Sección Tribuna, 24 de enero de 2025, pp. 1-5.

⁵⁴ Disposición adicional tercera. Revisión de los criterios para la identificación de zonas de mercado residencial tensionado: “*Las circunstancias establecidas en el artículo 18.3 para la identificación de zonas de mercado residencial tensionado serán objeto de revisión a los tres años desde la entrada en vigor de la ley, para adecuarlos a la realidad y evolución del mercado residencial, sobre la base de la cooperación con las Administraciones competentes en materia de vivienda*”.

⁵⁵ BOE de 15 de marzo de 2024. En este contexto, la Generalitat de Cataluña también ha iniciado los trámites para ampliar de 140 a 271 el número de municipios catalanes incluidos como zonas de mercado tensionado. Al respecto, es de destacar que, como resultado del control de los precios en las referidas zonas, en la Comunidad Autónoma catalana la oferta de viviendas en alquiler ha experimentado una caída del 13%, resultando incrementado el precio en un 4.3%, según estudio elaborado por el idealista y publicado en <https://www.idealista.com/news/inmobiliario/vivienda/2024/04/15/816612-el-stock-de-alquileres-permanentes-en-cataluna-cae-un-13-tras-la-entrada-en-vigor> (consultado el 8 de mayo de 2024).

⁵⁶ Ciertamente, es de apreciar que las modificaciones operadas por la Ley 12/2023 integran un conjunto de medidas que vienen a retocar algunas cuestiones ya reguladas por la LAU, si bien no determinan una reforma de calado en el sistema vigente que, en su esencia, se mantiene. Al respecto y sobre las más profundas y convenientes propuestas de modernización del sistema cfr. MARTENS JIMÉNEZ, I.L (2023), *Los arrendamientos de vivienda. Tipos, problemas y propuestas de modernización*, 2023, Ed. Atelier. Por su parte y sobre este particular, NASARRE AZNAR, S. (2022), *El Proyecto de Ley de Vivienda 2022. “Fedea: Informes y papeles del Grupo de Trabajo Mixto Covid-19”. Apuntes 2022/11*, cit., p. 23, señala con fundada crítica que “las medidas excepcionales propuestas para viviendas situadas en zonas tensionadas no sólo tendrán previsiblemente un alcance limitado, si no que, además, si superan su constitucionalidad, muchas de ellas se han demostrado ineficientes e, incluso, contraproducentes tanto históricamente en toda España, como recientemente en Cataluña y a nivel comparado (Alemania y Estados Unidos, entre ellas)”.

⁵⁷ El artículo 17 de la LAU, bajo la rúbrica “determinación de la renta” presenta, como novedad introducida por la disposición final 1.2 y 3 de la Ley 12/2023, la inclusión de los apartados 6 y 7.

⁵⁸ Cfr. GESTHA, Informe sobre el alquiler sumergido según los datos IRPF, 2021.

⁵⁹ En todo caso, se trata de gastos no precisados, de manera que, vgr, no se concreta si se refiere a la formalización del contrato en documento privado o también incluye el caso de que se realice en escritura pública (cfr., al respecto, art. 1553 del CC), si bien, al tratarse de una norma especial y no especificar la LAU nada al respecto, cabe concluir que todos los gastos serán a cargo del arrendador, incluso en las situaciones de renovaciones de contratos ya vigentes.

⁶⁰ En el texto inicial de la norma aprobado por el Consejo de Ministros únicamente el arrendador que, a su vez, era persona jurídica aparecía obligado a ello, resultando adicionada ésta última previsión en la fase de tramitación parlamentaria.

⁶¹ D.A Sexta de la Ley 12/2023. Los administradores de fincas: “1. A los efectos de la presente ley y de las actividades que regula, son administradores de fincas las personas físicas que se dedican de forma habitual y retribuida a prestar servicios de administración y asesoramiento a los titulares de bienes inmuebles y a las comunidades de propietarios de viviendas. 2. Los administradores de fincas, para ejercer su actividad, deben tener la capacitación profesional requerida y deben cumplir las condiciones legales y reglamentarias que les sean exigibles. 3. Los administradores de fincas, en el desarrollo de su actividad profesional, deben actuar con eficacia, diligencia, responsabilidad e independencia profesionales, con sujeción a la legalidad vigente y a los códigos éticos establecidos en el sector, con especial consideración hacia la protección de los derechos de los consumidores establecidos por las comunidades autónomas y en esta ley. 4. Para garantizar los derechos de los consumidores, los administradores de fincas deben suscribir un seguro de responsabilidad civil, pudiendo hacerlo directa o colectivamente”.

⁶² Cfr. LACRUZ MANTECÓN, M. (2018), *Mi casa no es mía: Usufructo, uso y habitación como vías de acceso a la vivienda Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda*, coord. por María Teresa Alonso Pérez, Pamplona, 2018, Ed. Aranzadi, p. 310.

⁶³ El “cohousing”, o covivienda, constituye una categoría de comunidad intencional compuesta de casas privadas complementadas y agrupadas con extensos espacios comunitarios. Una comunidad de covivienda se encuentra planeada y gestionada por su residentes propietarios o usuarios, conformados por grupos de personas que pretenden una mayor interacción con sus vecinos. Desde la anterior consideración los espacios comunitarios varían, pero usualmente incluyen una cocina y comedor donde los residentes se organizan por turnos. Otros espacios pueden incluir una lavandería, zona para niños, oficinas, accesos a la red, sala de juegos, sala de televisión, taller o cuarto de herramientas y gimnasio, salón de reuniones y sala de exposiciones, entre otros. En definitiva, mediante el adecuado diseño espacial y de las actividades sociales y administrativas compartidas, la covivienda pretende facilitar la interacción entre vecinos traducida en beneficios sociales y otros de índole económica y ambiental al compartir recursos, espacios y objetos. Cfr., por todos, RAMÓN FERNÁNDEZ, F. (2024), *La vivienda colaborativa o cohousing: su oportunidad como nueva forma de habitar*, Valencia, 2024, Ed. Tirant Lo Blanch.

⁶⁴ Vid. NASARRE AZNAR, S., y SIMÓN MORENO, H. (2013), Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 739, 2013, pp. 3063-3122.

⁶⁵ Pueden consultarse, entre otros, los siguientes estudios: IZQUIERDO GRAU, G. (2019), Las facultades dominicales de los propietarios material y formal en la propiedad compartida, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, 1/2019, Barcelona, enero 2019, pp. 1-23; y GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2022), Vivienda, nuevas formas de tenencia y Registro de la Propiedad, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 792, 2022, pp. 2312-2329.

⁶⁶ En Derecho comparado es posible localizar algún precedente, tales como las figuras inglesas del “leasehold” —del que deriva la propiedad temporal— que posibilita el acceso a la propiedad de un inmueble por unos años determinados (entre 99 y 999 años), y la “shared ownership” tomada como punto de referencia de la propiedad compartida.

⁶⁷ Cfr. STC de Pleno, n.º 95/2017, de 6 de julio de 2017. Recurso de inconstitucionalidad 2465-2016. Interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 19/2015, de 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida al libro quinto del Código civil de Cataluña. Competencias sobre derecho civil: constitucionalidad de la regulación autonómica de la propiedad temporal. BOE núm. 191, de 11 de agosto de 2017.

⁶⁸ Resulta de interés destacar que las dos figuras consideradas —propiedad compartida y propiedad temporal—, localizan el germen doctrinal de su configuración en la tesis doctoral de quien, sin duda, actualmente es el referente más relevante en materia de Derecho de la vivienda en nuestro país, Prof. Sergio Nasarre Aznar (tesis publicada posteriormente como monografía con el título *La garantía de los valores hipotecarios*, Madrid, 2003, Ed. Marcial Pons) y, posteriormente, de su discípulo, también reputado Prof. Héctor Simón Moreno (publicada posteriormente como monografía con el título *El proceso de armonización de los derechos reales en España*, Valencia 2013, Ed. Tirant Lo Blanch).

⁶⁹ En el contexto de las viviendas de propiedad compartida, el concepto de “staircasing” se refiere al proceso de compra de más acciones, o porciones, de la propiedad a lo largo del tiempo, aumentando gradualmente la parte que se posee y reduciendo la renta que se paga. En esencia, es la compra progresiva de más partes de tu hogar compartido hasta alcanzar la propiedad total (del 100%).

⁷⁰ Cfr., por todos, CERRATO GURI, E. (2015), Aspectos procesales de la propiedad temporal y de la propiedad compartida de la vivienda habitual, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, 2/2015, Barcelona, abril, 2015, pp. 1-23; e IZQUIERDO GRAU, G. (2019), Aspectos registrales e hipotecarios de la propiedad temporal y de la propiedad compartida del Código civil de Cataluña, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, 3/2019, Barcelona, julio, 2019, pp. 1-23.

⁷¹ Cfr. CABALLÉ FABRA, G. (2018), Las tenencias intermedias. La propiedad compartida (PC) y la propiedad temporal (PT), *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda*, coord. por María Teresa Alonso Pérez, Pamplona, 2018, Ed. Aranzadi, pp. 453-486., que recoge el parecer vertido en NASARRE AZNAR, S. (dir.) (2017), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015)*, Valencia, 2017, Ed. Tirant Lo Blanch.

⁷² Cfr. LÓPEZ RODRÍGUEZ, D. Y MATEA, M.ª de los LL. (2002), La intervención pública en el mercado del alquiler de vivienda: una revisión de la experiencia internacional, *Banco de España Eurosistema*, documentos ocasionales n.º 2002, Madrid, 2020.

⁷³ Al respecto, vid. MOREU MARTORELL, E. (2018), Viviendas vacías, *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda*, coord. por María Teresa Alonso Pérez, Pamplona, 2018, Ed. Aranzadi, pp. 27-72.

⁷⁴ Disposición adicional quinta. Grupo de trabajo para la regulación de los contratos de arrendamiento de uso distinto del de vivienda: “En el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la ley se constituirá un grupo de trabajo para avanzar en una propuesta normativa de regulación de los contratos de arrendamiento de uso distinto del de vivienda a que se refiere el artículo 3 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, y, en particular, de los contratos de arrendamiento celebrados por temporada sobre fincas urbanas de uso vivienda”.

¿Usucapión ordinaria de elementos comunes en la propiedad horizontal o adquisición *a domino*?

*Comentario a la STS n.º 623/2024 de 8 mayo (JUR\2024\137837)**

por

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA

Catedrático de derecho civil. Universidad de Sevilla

RESUMEN: La STS n.º 623/2024 de 8 mayo se refiere a la venta y entrega de un apartamento susceptible de uso independiente, que está construido en un espacio descrito como común en el título constitutivo de la propiedad horizontal. La comunidad de propietarios se considera propietaria, mientras que el poseedor del apartamento considera haber adquirido por usucapión, tal como resuelve el TS. En el comentario se maneja la hipótesis de que se haya tratado de una adquisición *a domino*.

ABSTRACT: *Sentence of the Spanish Supreme Court no. 623/2024, 8 May, refers to the sale and delivery of a flat capable of independent use, which is built in a space described as common in the constitutive title of the horizontal property. The condominium considers itself to be the owner, while the owner of the flat considers himself to have acquired by adverse possession, as resolved by the Supreme Court. In the commentary, the hypothesis that it is an acquisition a domino is considered.*

PALABRAS CLAVE: Usucapión en la propiedad horizontal. Adquisición por título y modo.

KEYWORDS: *Adverse possession in horizontal property. Acquisition by title (titulus or legal ground) and delivery (traditio).*

SUMARIO. I. ANTECEDENTES.—II. LA ARGUMENTACIÓN DE LA STS.—III. COMENTARIO

I. ANTECEDENTES

La extensa relación de hechos que contiene la STS que va a ser objeto de este comentario es algo compleja de seguir y a primera vista da la impresión de incompleta, pues omite explicitar algunos detalles que pudieran resultar muy relevantes para la resolución del supuesto y que, quizá, habrá podido tener en cuenta la STS, aunque no los haya explicado. Lo anterior constituye una evidente limitación para el comentario, para la comprensión acabada de estas páginas y de la propia STS; por mi parte, ello me llevará a diferenciar entre los hechos probados que parecen más significativos, y los hechos que, en cambio, no resultan del todo claros, y que formularé como meras hipótesis que pueden condicionar la respuesta jurídica que merezca el caso, e incluso el valor de este comentario y de la propia doctrina de la STS como jurisprudencia. Lo que no me parece controvertida es la procedencia de la desestimación de la acción reivindicatoria que acuerda la STS, con criterio discrepante de las sentencias de los órganos judiciales inferiores. Y tampoco me parece dudoso que el pronunciamiento de la STS se encuentra muy condicionado por el mal planteamiento de las alegaciones de las partes.

El procedimiento judicial se inició con el ejercicio, el día 18 de julio de 2012, de una acción reivindicatoria por una comunidad de propietarios, y algunos de los copropietarios pertenecientes a ella, contra el comprador de un apartamento en documento privado (de fecha 1 de agosto de 1990). En el momento de la compraventa dicho apartamento estaba solamente proyectado y el solar era propiedad exclusiva del constructor-vendedor. La descripción de la finca en la escritura de obra nueva y división horizontal otorgada exclusivamente por el promotor-constructor-vendedor con fecha 14 de marzo de 1989, describía el edificio como compuesto “de planta baja o primera, planta segunda, tercera y cuarta y terraza”, y contemplaba la existencia de ese apartamento.

Posteriormente se produjeron varias subsanaciones de dicho título constitutivo mediante sucesivas escrituras en las que se dice que intervinieron, además del constructor, algunos *adquirentes* de elementos privativos. Se trataba de las escrituras de 3 de agosto de 1990 y de 12 de marzo de 1991, en las que se hacía constar que, además, había una planta compuesta de nueve trasteros; de la escritura de 6 de junio de 1991, en la que se manifestaba que solo existen tres trasteros/lavaderos, cuyo uso exclusivo es anejo inseparable de unas viviendas que en ese momento pertenecían al constructor; es justamente esta última escritura la

que al decir de la SAP “dejó sin efecto como elemento independiente el componente” vendido, esto es, no describió la existencia en el edificio del apartamento litigioso, pues su superficie pasó teóricamente a formar parte de una terraza comunitaria y de unos trasteros de uso exclusivo de algunos de los apartamentos. En el trasfondo de esta sucesión de hechos, y de las diferentes escrituras referidas al título constitutivo, parece que existía alguna traba de naturaleza urbanística que afectaba a dicho apartamento, a la que se alude de pasada, pero de la que no se precisa más.

La STS habla de la intervención en esas escrituras de algunos *adquirentes* de elementos privativos, pero cabe preguntarse si esa intervención se ha producido en todas las escrituras mencionadas. Debe observarse que la fecha de la primera escritura de subsanación del título constitutivo es solamente dos días posterior a la compraventa controvertida. En ese intervalo de tiempo no es fácil que se hubiera acabado la obra y hubiera podido producirse la adquisición del derecho real sobre algún elemento privativo; ni siquiera cabe pensar en una transmisión instrumental (art. 1462.2 CC), pues lo que suele suceder en la práctica, y es lo más probable también en este caso, es que no haya escritura pública de compra de ningún elemento hasta que no se acabe la obra; y las fechas de las primeras escrituras de subsanación están lejos del que parece ser ese momento (primer semestre de 1991, en el mejor de los casos; o comienzos de 1992, en opinión del demandado), lo que conllevaría que en la fecha de esas escrituras de subsanación no habría existido transmisión alguna, ni siquiera de la correspondiente cuota de propiedad sobre el suelo. Como los hechos probados no lo explicitan, permanece en la oscuridad por qué intervinieron algunos compradores en las subsanaciones del título constitutivo: cabe quizá colegir que haya un error de expresión en la STS y solamente lo hicieran en la última subsanación que es la realmente relevante pues *recalifica* la superficie en la que se construye el apartamento controvertido de privativa a común, y este último deja de tener existencia formal como elemento independiente.

Si esto último es así, una hipotética secuencia de hechos sería: la obra del edificio en general se habría acabado como muy tarde en mayo o a primeros de junio de 1991; se habrían obtenido las licencias pertinentes; se habrían escriturado algunas compraventas de otros apartamentos, con la consiguiente tradición instrumental (pero sin la entrega real de los trasteros, cuya superficie se incorpora después al apartamento, que quizá ni siquiera estaban contruidos); se habría modificado el título constitutivo en junio de 1991 (con intervención, ya, de algunos de los adquirentes); y, finalmente, el constructor habría terminado sobre una de las terrazas del edificio y el espacio destinado a los trasteros el apartamento controvertido (que hasta entonces, estando proyectado y comenzado, no se habría

culminado por chocar con la legalidad urbanística), y lo hubiera entregado a su comprador a inicios del año 1992.

La parte demandada (comprador) solicitó la desestimación de la demanda invocando no una adquisición normal *a domino*, sino la prescripción ordinaria por haber poseído, desde la entrega de las llaves a comienzos del año 1992, en concepto de dueño, pública, pacífica e ininterrumpidamente, tanto la vivienda como los trasteros (el demandado alega también que estos últimos los adquirió a sus propietarios posteriormente, aunque se contemplaban en el contrato de compraventa controvertido). Los propios actores reconocían que el demandado ocupaba la terraza del edificio, y los tres trasteros y que se presentaba como propietario en las juntas de la comunidad y en el ayuntamiento para pedir licencias. Argumentaban, no obstante, que la junta de la comunidad había requerido el desalojo de la planta como acreditaban varias actas entre los años 1994 y 2011, en virtud de que la situación posesoria era contraria a los estatutos y al título constitutivo. La compraventa en cuestión nunca se formalizó en escritura pública, por razones perfectamente comprensibles, dada la inexistencia formal (en la escritura de constitución definitiva) y registral del apartamento vendido y las dudas que existen sobre su legalidad urbanística; pero este dato no implica la falta de *traditio*, pues, como vemos, esta se produjo de forma real.

Por su parte, el demandado alegaba que fue convocado desde el principio a las juntas de la comunidad de propietarios, que pagaba los gastos comunes correspondientes a su cuota, y que en una junta general extraordinaria celebrada el 4 de julio de 1992, el presidente había informado de que aunque en la declaración de obra nueva la planta “se iba a destinar a trasteros” para las distintas viviendas, finalmente se le había vendido a él íntegramente, que no iba a emprender acción alguna por ello, y que se modificaban las cuotas de participación de las diferentes viviendas y se atribuía una al apartamento controvertido.

El Juzgado y la Audiencia Provincial han estimado la demanda reivindicatoria al considerar que el título invocado para la usucapión es nulo por ser contrario a las normas imperativas de la Ley de propiedad horizontal y al art. 396 CC, por lo que no era justo título para la prescripción adquisitiva. Recurrió en casación la parte demandada y su recurso va a ser estimado.

Veamos la argumentación con más detalle: el Juzgado consideró que la compraventa de 1990 era nula de pleno derecho porque sostuvo que el objeto, al no estar contemplado en el título constitutivo, era una cosa fuera del comercio que vulneraba la legalidad urbanística. Respecto de la compra de los trasteros el Juzgado consideró que, aun admitiendo que los propietarios de las viviendas hubieran transmitido su titularidad (lo que puso en duda a la vista de los documentos aportados a los autos), los contratos serían radicalmente nulos conforme al art.

6.3 CC y al art. 3 LPH, porque supondrían la transmisión separada de anejos inseparables de las viviendas, lo que no resulta legalmente permitido².

La Sentencia del Juzgado fue recurrida en apelación por el demandado, y la Audiencia Provincial desestimó el recurso, porque consideró que la argumentación de la Sentencia era correcta: el constructor que vende un elemento común después de haber otorgado el título constitutivo se arroga facultades de las que carece, por lo que conculca el derecho positivo y adopta decisiones contrarias a la ley y por tanto nulas. También argumentó que los arts. 396 CC y 3 y 5 LPH son preceptos imperativos, por lo que no pueden enajenarse de manera separada ni las partes en copropiedad (la terraza) ni los anejos de elementos privativos (los trasteros que el demandado alega haber adquirido de sus copropietarios). Concluyó afirmando que los títulos radicalmente nulos no son aptos para la usucapión porque lo que es nulo no produce ningún efecto.

El demandado interpuso frente a esta Sentencia un recurso de casación, fundado en un único motivo, la infracción del art. 1957 CC, en relación con el art. 7 CC, art. 396 CC, junto con los arts. 433 y 446 y ss. CC, art. 609 CC, y arts. 1940, 1941 y 1942 CC. Razonó que es posible la atribución de carácter privativo a elementos no esenciales sino solamente comunes por destino, que el art 396 CC no es imperativo en su totalidad, y que esos elementos pueden ser desafectados y adquirirse por usucapión. Concluyó afirmando que existe justo título, y que el defecto de la falta de correspondencia registral es salvado por la usucapión, dada la coincidencia entre la realidad física y el inmueble objeto del título.

La parte recurrida se opuso al recurso alegando que no fue válida la compraventa “por no ser conforme a derecho y no constar inscrito en el título constitutivo de propiedad horizontal”, y que la parte demandada, por ser consciente de ello, dice que compró los trasteros que estaban en la terraza; que no ha habido desafectación, que la obra es posterior a la del resto del edificio, que ha habido una ocupación aprovechando la coyuntura de las viviendas ocupadas solo los meses de verano y que las viviendas se han ido revendiendo desconociendo los nuevos propietarios la ocupación ilegal; que la posesión no ha sido pacífica porque se le ha requerido en varias ocasiones, según resulta de toda la documental aportada, y se les mandó un burofax para que abandonara el inmueble antes de presentar la demanda.

Tras el largo relato fáctico, la debilidad de los argumentos jurídicos sostenidos por las Sentencias de instancia y de apelación salta a la vista, lo que los hace claramente susceptibles de ser revisados por el Tribunal Supremo, como de hecho lo van a ser. Pero, además de eso, como ya hemos destacado, permanecen en la oscuridad determinados hechos, algunos de los cuales se alegan por las partes, pero no se declaran probados, pese a que pudieran a ser muy relevantes para resolver el caso siguiendo la regulación de la usucapión ordinaria como pretende, por otra parte, el demandado.

II. LA ARGUMENTACIÓN DE LA STS

La decisión de la Sala, que va a llevar a la estimación del recurso y de la usucapión ordinaria, y la desestimación de la acción reivindicatoria se contiene en el FD 4.º, que no resuelve algunas de las dudas fácticas que el supuesto presenta y que acabamos de señalar; dudas, por otra parte, a las que quizá alude la STS de modo velado en algún momento al referirse a algunas alegaciones de los litigantes “sobre las que la sentencia recurrida no se ha pronunciado”. En cualquier caso, los siguientes son los argumentos de la STS, en sus propias palabras, prescindiendo de citas de otras SSTs, que, siendo interesantes, entorpecen un tanto la coherencia discursiva:

“1. En los escritos de las partes se contienen alegaciones sobre las que la sentencia recurrida no se ha pronunciado pero, con claridad, la cuestión sometida a la consideración de esta la sala en el recurso de casación se centra en la existencia de título para la usucapión ordinaria. Obviamente, no son ni podrían ser objeto de este recurso de casación ninguna de las cuestiones mencionadas de pasada y en sentido divergente por las dos partes acerca de la legalidad urbanística de la vivienda (...). Por ello, con independencia del resultado de este procedimiento, esta decisión no prejuzga ni afecta a la legalidad de la obra ejecutada conforme la normativa urbanística, y es ajena a las consecuencias de restauración de la legalidad que pudieran derivar de una eventual ilegalidad.

2. Para la usucapión (prescripción) ordinaria de la propiedad (o de un derecho real) se necesita poseer las cosas por el tiempo determinado en la ley a título de dueño, con buena fe y ‘justo título’ (arts. 1940 y 1957 CC). Justo título es el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de que se trate (art. 1952 CC). El título ‘justo’ es, por tanto, el adecuado para transmitir la propiedad (o el derecho real de que se trate). (...)

El título para la prescripción, además, ‘ha de ser verdadero y válido’ (art. 1953 CC). Son afirmaciones comunes de la doctrina que el título verdadero excluye la inexistencia de título, y la exigencia de que el título sea válido excluye al radicalmente nulo.

La usucapión ordinaria no tiende a sanar las posibles deficiencias de nulidad de que adolezca el título, sino la falta de poder de disposición de quien transmitió la posesión de la cosa en virtud del título. (...)

3. Si aplicamos lo anterior al caso, y nos atenemos a los hechos que resultan acreditados en la instancia, debemos observar que la razón por la que el demandado no adquirió la propiedad (...) objeto del contrato celebrado el 1 de agosto de 1990 con el constructor es porque cuando terminó la obra [esta precisión temporal mencionada de pasada me parece muy importante, aunque insuficiente] no pudo transferir al demandado la propiedad, al no tener poder de disposición sobre

esa zona, por ser un elemento común de conformidad con las subsanaciones que se hicieron del título constitutivo después de la venta mediante escrituras otorgadas por el constructor y algunos adquirentes de elementos privativos.

El hecho de la falta del poder de disposición del vendedor no hace nulo el contrato, en contra de lo que entiende la sentencia recurrida. Esa falta de poder de disposición es lo que, en caso de concurrir todos los presupuestos, puede subsanarse mediante la usucapión.

4. Pero además, la sentencia recurrida, asumiendo el criterio del juzgado, considera que la nulidad del contrato celebrado en 1990 deriva también de que el (sic) terraza es, de acuerdo con el título constitutivo, un elemento común, y las partes en copropiedad ‘sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable’ (art. 396 CC). A juicio de la Audiencia esta es una norma imperativa que impide que sea válido el contrato.

Lo cierto es que, en sede de propiedad horizontal, la jurisprudencia ha venido admitiendo la distinción entre elementos comunes por naturaleza y por destino. Los elementos comunes por naturaleza lo son cuando su propia existencia viene exigida para el uso y aprovechamiento de las unidades privativas, cuando son ‘necesarios para su adecuado uso y disfrute’ en palabras del art. 396 CC. Pero puede haber elementos comunes por conveniencia, cuando así se acuerde, para un mejor disfrute de los elementos privativos. Ello es coherente con lo dispuesto en el art. 396 CC, que no excluye totalmente la autonomía privada, puesto que en su último párrafo establece que ‘esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales y, en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados’.

En la medida en que los elementos comunes por naturaleza, en cuanto que presupuestos consustanciales a la propia existencia de la propiedad horizontal deben ser necesariamente comunitarios, no podrían configurarse como privativos, ni originaria ni posteriormente en virtud de desafectación. Por la misma razón tampoco sería posible que se adquiriera su propiedad por usucapión. Pero no sucede lo mismo con las zonas a las que se atribuye carácter comunitario cuando no sean necesarias para el uso o disfrute de los elementos privativos.

La jurisprudencia ha hecho uso de esta distinción entre elementos comunes por naturaleza y por destino para atribuir el carácter de elemento común necesario a la cubierta del edificio y, por el contrario, considerar que para las terrazas existe un amplio margen de configuración conforme a la voluntad. (...)

5. En el caso que juzgamos la parte demandada ahora recurrente ha venido insistiendo en que el (...) que se reivindica está, como los trasteros que adquirió, en la planta ..., y que no se trata de la cubierta del edificio porque hay una terraza en la planta ... en la que los copropietarios acordaron construir. La parte

demandante admite que existe una terraza comunitaria por encima de la planta que ocupan los demandados y se han limitado a manifestar que la demandada trata de confundir sobre la identidad de lo reivindicado, y que lo que se reivindica es la planta ... y no la sexta. De esta forma, la recurrente justifica que la zona que ha venido ocupando no es la cubierta, y sí es susceptible de propiedad privada. La Audiencia, por su parte, no niega que pudiera ser desafectada la planta reivindicada, aunque considera que del acuerdo de la junta en el que se admite la modificación de cuotas no resulta literalmente la desafectación, sino que es consecuencia lógica de que el ocupante de elementos comunes contribuya a los gastos generales, sin que ello le atribuya por voluntad de la comunidad un derecho de propiedad exclusiva del elemento común. Ahora bien, que no se considere acreditada la desafectación por un acto de la comunidad no significa que tal elemento no pudiera ser objeto de propiedad privativa, al no ser un elemento común por naturaleza y, por tanto, no excluye que pudiera adquirirse la propiedad por usucapión.

6. Por lo que se refiere a las superficies de la planta ... que, en la última subsanación del título constitutivo (escritura de 24 de junio de 1991), se caracterizaron como trasteros y cuyo uso exclusivo se atribuyó como anejo inseparable de las viviendas ..., debemos observar que formaban parte de la superficie objeto de la compraventa celebrada por el demandado con el constructor en 1990, en un momento en el que en la redacción de la escritura de obra nueva y división de la propiedad horizontal, no estaban previstos tales trasteros.

La sentencia recurrida ha basado su decisión en la falta de justo título para usucapir esta superficie porque imperativamente deben transmitirse junto con los pisos de los que son anejos.

Este argumento no es admisible, pues sí es posible la segregación de los anejos con autorización de la comunidad (en la actualidad, art. 10.3.b LPH) y, para el caso de admitirse que la objeción a la existencia de título del demandado deviene de la imposibilidad de transmisión separada, es relevante que la comunidad haya venido cobrando al demandado recurrente las cuotas de comunidad correspondiente a la superficie que ocupa en la terraza, (...).

Pero es que, en el título constitutivo, de acuerdo con la última subsanación, producida después de la venta al demandado de la vivienda ..., al describir las viviendas ..., lo que se les atribuye como anejo es 'el uso exclusivo' de un trastero situado en la planta.... Esta planta había sido objeto por entero de la compraventa celebrada por el demandado con el constructor con anterioridad a esta subsanación.

Según resulta de las alegaciones de la propia demandante referidas a la ocupación por los demandados de toda la planta ..., los trasteros no llegaron a ser entregados a los compradores iniciales de los pisos que según el título constitu-

tivo tenían atribuido el uso, y los sucesivos adquirentes de hecho aceptaron la realidad, según dice la demandante, ignorantes de la ilegalidad.

7. Por todo lo anterior, debemos concluir que la sentencia recurrida debe ser casada, pues su argumentación acerca de que el demandado no contaba con un justo título para usucapir no es correcta, ya que celebró un contrato de compra-venta por el que adquiriría la vivienda ... del edificio que el constructor proyectaba construir en un solar de su propiedad. En estas circunstancias, es razonable entender que pudiera creer que podía confiar en la titularidad del constructor y en que pudiera transmitirle la propiedad de la vivienda ... (art. 1950 CC).

Si el demandado no adquirió la propiedad fue porque, como hemos dicho, cuando el constructor terminó la obra no pudo transferirle la propiedad, pues carecía entonces del poder de disposición sobre esa zona, ya que como consecuencia de las subsanaciones que se hicieron del título constitutivo con posterioridad al mencionado contrato, la planta ... era un elemento común, en el que, además, habría tres trasteros cuyo uso exclusivo se atribuía como anejo de otras tres viviendas.

Las partes no discuten que el demandado ocupó la planta reivindicada desde la entrega de la obra [¿entrega simultánea de todos los apartamentos o solamente del apartamento litigioso?, cabe preguntarse] (a principios de 1992, aunque la recurrida argumente erróneamente que no ha existido entrega porque la misma ‘se perfecciona con la escritura pública’, y no la ha habido) y que se ha venido comportando como dueño desde entonces (en las juntas de la comunidad, en el ayuntamiento al solicitar una licencia de obras), habiendo transcurrido más de diez años cuando se interpuso la demanda el 18 de julio de 2012 (art. 1957 CC).

La demandante ha argumentado que se han realizado algunos requerimientos a la demandada para que desaloje la planta lo que, subsidiariamente, debería tenerse en cuenta ‘para acortar y (sic) los plazos para interrumpir la prescripción’. Estas alegaciones, sin embargo, no pueden ser atendidas, pues como señaló la parte demandada en su contestación a la demanda, a diferencia de lo que sucede en sede de prescripción extintiva de acciones (art. 1973 CC), la usucapión no se interrumpe por la mera reclamación del eventual perjudicado, y solo son causas hábiles para interrumpir la posesión *ad usucapionem* las previstas en los arts. 1943 y ss. CC, que no contemplan la reclamación extrajudicial. (...)

Sin que, por lo demás, pueda negarse el carácter pacífico a la posesión de la parte demandada, porque ni la adquirió con violencia (art. 1941 CC) ni se aprecia una contundente oposición de los demás copropietarios ni una contienda de suficiente entidad como para que no pueda hablarse de posesión pacífica, pues el tratamiento en junta de la situación del ..., que finalmente dio lugar a la aprobación de entablar una acción judicial el 28 de julio de 2011 (previo burofax al luego demandado de 31 de marzo de 2011), consistió inicialmente en una ex-

plicación por parte del presidente de la situación producida por la venta íntegra de esa planta al demandado, con referencia a que no se iban a ejercitar acciones, seguida puntualmente de la puesta de manifiesto del descontento de algunos propietarios y la consiguiente encomienda al administrador para realizar gestiones en el ayuntamiento, al mismo tiempo que constan en otros documentos aportados referencias al propietario del piso ..., a la vecina del piso ..., y que se le han girado y ha venido pagando cuotas de contribución a los gastos generales

En consecuencia, consideramos que el demandado es actualmente el propietario de la vivienda... litigiosa (que ocupa la planta ... del edificio, incluidos los tres trasteros), al haberla adquirido por usucapión. Ello comporta necesariamente la desestimación de la demanda puesto que, habiendo ejercitado la parte actora la acción reivindicatoria, no ha logrado acreditar su propiedad actual sobre el objeto reivindicado. Conviene recordar, por lo demás, que no se opone a ello la existencia de titulares inscritos en el Registro de la Propiedad, puesto que es posible la usucapión *contra tabulas* (art. 36 LH)".

III. COMENTARIO

He estado tentado de seguir los consejos de Juan Luis Vives (leer, meditar, escribir y enmendar mucho y publicar muy poco), y, tras haber reflexionado largamente sobre el supuesto de esta STS, prescindir de dar estas líneas a la imprenta. Cabría pensar que es casi innecesario escribir sobre un supuesto que alcanza, finalmente, una solución práctica mucho más adecuada que la ofrecida en instancia y apelación, al menos tomando en consideración los datos fácticos conocidos y más probables, aunque es cierto que faltan precisiones sobre ellos que resultarían muy relevantes para una toma de postura segura sobre el problema, que permita conjeturar el valor futuro que el pronunciamiento pueda alcanzar como jurisprudencia. Ante ello, además, es inevitable que estas páginas resulten algo imprecisas.

Tres factores me han impulsado, sin embargo, a redactar estas líneas, con la esperanza de que no resulten superfluas, aunque he seguido el consejo del humanista español para reducir mi comentario a la mínima extensión. En primer lugar, la dificultad para abrirse paso que ha tenido en este caso la solución justa: solamente en casación se ha podido dar con una explicación del supuesto más coherente con el ordenamiento jurídico que las ofrecidas hasta ese momento, y que no llevara, además, a un resultado desconcertante desde el punto de vista valorativo a tenor de los hechos probados. Es razonable la dificultad, en cierta manera, porque la situación planteada presenta dudas de derecho de consideración³. Pero, además, en segundo lugar, en estas líneas puedo poner de manifiesto

la que entiendo que probablemente sería una explicación más adecuada del fenómeno que se planteaba, lo que quizá tenga un cierto valor para el conocimiento jurídico, pues no se olvide que ni en dos sucesivas sentencias judiciales, ni en los argumentos del propio demandado, se pudo dar un enfoque correcto al supuesto, lo que revelaría cierta dificultad de resolverlo o la existencia de algunas dudas sobre los fundamentos teóricos de la cuestión. En tercer lugar, porque tras meditar mucho sobre el caso, he llegado a la conclusión de que la argumentación de la STS, que en su descargo hay que decir que estaba bastante condicionada por el planteamiento del litigio, puede oscurecer un mejor modo de haberlo afrontado y explicado que pueda servir para casos similares. Confío por ello que pueda este comentario aportar al debate nuevas perspectivas.

Hay que pensar que la reconstrucción hipotética de los hechos que hemos hecho más arriba es la correcta: que la obra del inmueble litigioso se ha retrasado respecto del conjunto del edificio, como *in extremis* alegan los demandantes, de modo que su entrega al demandado fuera posterior a la de otros compradores, y así quedaran justificadas la intervención de los adquirentes en la modificación del título constitutivo y que el supuesto se enfoque por el propio demandado (y después por la STS) desde la falta de poder dispositivo del constructor y de su subsanación mediante la usucapión ordinaria. Pero, de hecho, la STS solamente afirma que “cuando el constructor terminó la obra no pudo transferirle la propiedad, pues carecía entonces del poder de disposición sobre esa zona, ya que como consecuencia de las subsanaciones que se hicieron del título constitutivo con posterioridad al mencionado contrato, la planta ... era un elemento común, en el que, además, habría tres trasteros cuyo uso exclusivo se atribuía como anejo de otras tres viviendas”. Lo destaco porque resulta llamativo que se centre el argumento en la modificación del título constitutivo, y no se explicite por ejemplo en qué momento se inició la obra del apartamento; en definitiva, si estaba ya comenzada cuando aparecen los primeros propietarios de apartamentos en el edificio, pues de ser así la verdadera configuración física del edificio chocaría ya antes de ese momento con la descripción formal del mismo, y sería bastante defendible decir que los adquirentes no pueden haber adquirido una cuota sobre ese espacio que tendría la condición real o física de privativo⁴, por resultar inaccesible al uso común que derivaría solamente del papel: del título constitutivo; desde luego se reconoce también, en cuanto a los trasteros, que nunca fueron entregados a los demandantes perjudicados.

En cualquier caso, la resolución judicial del litigio desde las consecuencias impuestas por la usucapión ordinaria llama poderosamente la atención por otro obstáculo, que vemos imposible salvar: el requisito de la buena fe del adquirente se da por supuesto, sin siquiera mencionarlo, ni mucho menos justificar su concurrencia en el caso. Y cabe decir que, si el comprador tuvo buena fe en el

momento de la compra, parece haberla perdido según se deduce de su propia alegación de haber comprado a los propietarios la superficie que en Registro figura como perteneciente a los trasteros, y que se integra en su apartamento, lo que no parece muy compatible con un estado de certeza en la titularidad adquirida por la compraventa y la subsiguiente entrega controvertidas. También lleva a la misma conclusión de la pérdida sobrevenida de la buena fe que se haya conminado al poseedor por la junta de propietarios a abandonar el inmueble desde tiempo antes que se cumpliera el plazo prescriptivo. Pero, lamentablemente, ninguna alusión tenemos sobre la incidencia en la buena fe de estos datos en el texto de la STS, pese a que me resultan claramente demostrativos de una mala fe sobrevenida.

El centro del litigio me parece ser no la usucapión, sino la discrepancia notoria entre la realidad física del inmueble y el título constitutivo inscrito. Ante una discrepancia originaria (tomando el origen en el instante previo a la adquisición de los apartamentos de los demandantes) tendríamos que el promotor quizá sería titular del apartamento controvertido, porque era un elemento susceptible de uso independiente, descrito como tal en el primer título constitutivo y del que, en consecuencia, podría disponer. El problema surge cuando el promotor enajena otros elementos privativos, y solamente después se modifica la descripción del edificio realizada en el originario título constitutivo. Pero ¿los adquirentes de otros inmuebles del edificio adquieren en verdad una participación en unos elementos comunes que ni figuran como tales en el título constitutivo vigente en el momento de su adquisición (precisamente para modificar ese título deben ellos consentir), ni corresponden a la realidad física de la finca? En otras palabras: ¿sería la modificación del título constitutivo causa suficiente para operar la transmisión a la comunidad de un elemento susceptible de uso privativo que como tal debe pertenecer al promotor? La situación jurídica de los adquirentes posteriores al título constitutivo definitivo puede quizá ser diferente por cuanto respecto de ellos puede jugar la propia existencia del título y su publicidad registral; en cualquier caso, también esto sería dudoso. Sería defendible, entonces, que el titular de ese apartamento litigioso en el momento de su entrega al comprador siguiera siendo el promotor, quien al venderlo y entregarlo lo hubiera transmitido, lo que haría superflua la argumentación sobre la usucapión porque el comprador adquiriría *a domino*. Lo que se revelaría, sin duda, si las cosas se hubieran planteado así, es una tensión entre la comunidad formalmente constituida primeramente con una descripción correcta de la realidad física (art. 2 a. LPH), y la modificación descriptiva posterior explicable probablemente por razones de legalidad urbanística, que lleva consigo una inexactitud descriptiva de la realidad del inmueble. En definitiva, una tensión entre la comunidad formalizada y la comunidad de hecho realmente existente teniendo en cuenta la verdadera configuración física del inmueble (art. 2 b. LPH).

En verdad, que si esto pudiera ser así, ello explicaría de algún modo la referencia final que hace la STS a que en nuestro sistema es posible la usucapión *contra tabulas* (art. 36 LH): se estaría diciendo que los adquirentes de los diversos inmuebles del edificio compran una teórica participación en un elemento común, pero como tal carácter resulta tan sólo de la descripción registral, y la realidad posesoria es contraria, y no interrumpieron esa hipotética usucapión en curso en las condiciones y momentos previstos por el precepto, prevalecería la prescripción adquisitiva contra la publicidad del Registro, puesto que se dan las condiciones para la usucapión de ese apartamento como privativo: está físicamente configurado como elemento susceptible de uso independiente, y está poseído de hecho por el comprador, aunque formalmente y según el Registro sea un elemento común.

En cambio, en el tratamiento del supuesto por la STS, planea, de modo comprensible y coherente con las alegaciones de las partes, la retórica habitual que maneja la Jurisprudencia en los supuestos de usucapión de elementos comunes, la posibilidad del cambio de destino (la desafectación), la posibilidad de que este cambio se produzca tácitamente y no sólo de modo expreso, etc.⁵. Pero, en realidad, me parece que el caso es o puede ser diferente a los que se resuelven con esos tópicos: a mi juicio se advierte una inexactitud descriptiva de la finca en el Registro que presenta carácter originario y que afecta a sus elementos comunes. De algún modo viene a reconocerlo la propia parte demandante, que intenta buscar una explicación a la larga inactividad de la comunidad de propietarios, aunque en el fondo la que ofrece no le conviene: esta es, que el carácter originario de la desarmonía de la descripción registral y la realidad la hizo pasar inadvertida a muchos propietarios. Y, en cuanto a los trasteros, también sabemos por la STS que “no llegaron a ser entregados a los compradores iniciales de los pisos que según el título constitutivo tenían atribuido el uso, y los sucesivos adquirentes de hecho aceptaron la realidad, según dice la demandante, ignorantes de la ilegalidad”. De ese modo se presenta con claridad que lo que existía era una discrepancia entre la comunidad horizontal formalmente constituida y la auténtica comunidad horizontal existente de hecho, que aparece por la existencia de elementos susceptibles de uso individual, por tener acceso a las zonas comunes, cuya descripción se omite en el título que accede al Registro. De ahí, quizá, que finalmente no se insista mucho, en la argumentación de la STS, en la frecuente cuestión de la desafectación de los elementos comunes, ni a los conflictos representados por las obras consentidas o toleradas por los comuneros. Simplemente parece que nos encontramos ante un supuesto de hecho que se presenta con una tipología diferente a la más habitual: da toda la impresión que es el promotor quien realiza, o proyecta, la obra completa del edificio mientras que es el propietario único, y que una vez terminado, entrega los diversos elementos resultantes,

incluido el formalmente inexistente, o existente solo como elemento común en la última modificación del título constitutivo.

Eso puede hacer dudar de la conveniencia de enfocar la solución por la vía de la usucapión. Realmente cabría plantearse si, existiendo una mala descripción del inmueble, no cabría decir que la totalidad de la finca, y por ende todos los elementos susceptibles de aprovechamiento privativo pertenecieron al promotor, y los enajenó y transmitió válidamente. No nos resulta claro que, ante la evidente existencia física del inmueble litigioso, la inexacta modificación del edificio en el título constitutivo haya operado en favor del resto de los compradores la adquisición efectiva de unos elementos comunes que no eran tales (no existían como el título modificativo los describía ni en la realidad física ni en el proyecto).

Probablemente quepa otra aproximación jurídica al supuesto si se considera que, en el momento de la entrega al demandado del apartamento, este no era ya por completo del promotor, sino también de algunos otros comuneros por asentarse en un espacio descrito como común. Pero, bajo esta perspectiva resultaría muy relevante la información que brinda la STS acerca de una reunión de la junta de propietarios en que el presidente informa de la compraventa ahora litigiosa, afirma aquietarse a ello, anuncia que no va a reaccionar judicialmente y, finalmente, se modifican las cuotas de participación de todos los comuneros y se atribuye una cuota al apartamento controvertido. A mi juicio, pudiera verse en esta decisión, que debió ser unánime, una ratificación por todos los interesados del negocio de compraventa que había celebrado el promotor, lo que permitiría que la entrega de la cosa produjera su normal efecto transmisivo al demandado, en virtud del sistema del título y el modo, si es que se entendiera que todavía no se había producido dicha transmisión del promotor al comprador.

Frente a esas soluciones, quizá preferibles, el demandado quiere resolver el caso mediante las reglas de la usucapión ordinaria, lo que acepta finalmente la STS forzada por el planteamiento procesal de la parte. Pero contra este intento se podrían hacer, a mi entender, las siguientes consideraciones críticas, que finalmente parecen hacerla descartable.

En primer lugar, si es obvia la existencia de una posesión a título de dueño en manos del demandado. Para calificarla así hay que tomar en consideración fundamentalmente el título de la adquisición: la compraventa, de la que deriva normalmente la transmisión de la propiedad a través de la entrega, solamente impedida por la falta de titularidad del transmitente. De ese modo, como se ha dicho, el *animus possidendi* estaría configurado de un “modo objetivo, a través del título de adquisición de la posesión, que es también el título del derecho”; de esa manera dicho título “determina si la posesión instaurada bajo el mismo es o no idónea para usucapir y, siéndolo, el derecho poseído, que será adquirido por la usucapión”⁶.

La existencia de una posterior contradicción entre las partes no se puede entender que tiña la posesión de un carácter no pacífico, al menos con carácter general, y desde luego no en este caso. La STS 21 octubre 1988⁷, con la que pienso que hay que estar de acuerdo, sostuvo que: “En el desarrollo del motivo se aduce que la posesión no ha sido pacífica, porque han existido últimamente ciertas reclamaciones y oposiciones a esa posesión”, pero para la STS son hechos puntuales “que de ninguna forma significan que el actor adquiriera o viniera disfrutando violentamente la posesión sobre la finca, suponiendo a lo sumo, que el derecho de propiedad sobre la misma ha estado en los últimos tiempos, y está en litigio, pero todo ello independientemente de que el hecho posesivo que supone la ocupación, tenencia y disfrute del monte, no lo fuera de un modo pacífico y en concepto de dueño, de acuerdo con el contenido del art. 441 del Código Civil”. De lo contrario el carácter pacífico de la posesión requerido para la usucapion se entendería de un modo contrario a su significado histórico, muy ceñido a la adquisición violenta⁸, que sigue estando presente en nuestro art. 441 CC, sin que haya pruebas de que se haya producido en nuestra codificación un cambio de sentido de esa norma, siendo así que ese modo de ver las cosas haría incoherente la exigencia de unos requisitos legales más rigurosos para la interrupción de la usucapion⁹, que sería la institución aplicable a las diferencias sobrevenidas entre el *verus dominus* y el poseedor; además de muy insegura y casuística la apreciación del carácter pacífico de la posesión.

En cambio, ¿qué decir en cuanto a la buena fe como requisito de la prescripción adquisitiva ordinaria? Hay que partir de la idea, comúnmente admitida, de que “la buena fe se exige durante todo el plazo de la usucapion”¹⁰. En este sentido, puede resultar útil tener presente el pronunciamiento de la STS 28 marzo 2023¹¹: “En cualquier caso, es también un requisito ineludible que la buena fe se mantenga durante el transcurso del plazo de la posesión *ad usucapionem* (apta para usucapir).

En contra de la tradición del Derecho Romano, y de la ley 357 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, en la que se presume la buena fe ‘y no se admite la prueba de haberla perdido después de iniciada la posesión’, en el Código Civil rige, por el contrario, la regla *mala fide superveniens nocet* (la mala fe sobrevenida perjudica).

En este sentido, el art. 1957 del CC exige que la buena fe se tenga ‘durante’ todo el tiempo de la prescripción, y el art. 435 de dicho texto legal contempla, expresamente, que la buena fe inicial se pierde como consecuencia de ‘actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente’.

A mi juicio, en el caso no cabe dudar razonablemente de la buena fe originaria; si bien se podría entender modificado ese carácter de la posesión: en concreto, los propios demandados alegan haber “comprado” cierta parte del in-

mueble a los comuneros concernidos por el uso de los trasteros, lo que no parece muy compatible con una situación de desconocimiento del carácter conflictivo de la titularidad de su inmueble. Es cierto que la otra parte procesal no parece haber aprovechado las posibilidades que esta confesión por la parte perjudicada le abría para negar la continuidad del concepto posesorio. Así las cosas, teniendo en cuenta que la buena fe se presume¹², nada ha inquietado al alto Tribunal la existencia de ese dato fáctico que no se ha concretado en una petición expresa del demandante solicitando un pronunciamiento acerca de la mala fe. Por otra parte, también consta el dato en los autos de la oposición de la comunidad a la posesión del demandado, lo que, si bien no elimina los efectos de la posesión, entendemos que sí que desvirtúa su carácter de buena fe; aunque tampoco se haya tenido en cuenta por la STS para desvirtuar la usucapión.

De hecho, es bastante probable que alguna jurisprudencia hubiera apoyado la mutación del carácter posesorio. Veamos algunos casos. Para la STS 28 marzo 2023¹³ el dato acreditador de la mala fe era muy contundente: se había entablado un procedimiento penal sobre el título del vendedor de la poseedora, aunque finalmente no se lo pudiera condenar por su muerte durante el procedimiento. Pero, en cambio: “Es difícilmente rebatible que la denuncia penal formulada, así como la tramitación del proceso penal para investigar los hechos objeto de la noticia criminal, determinó que la demandada recurrente perdiera la condición de poseedora de buena fe, puesto que, durante la sustanciación de dicho proceso, en el que fue parte, tuvo cabal constancia de la creación ficticia del título dominical en el que su causante jurídico, el vendedor Sr. Leonardo, fundó su falaz derecho de propiedad sobre la finca litigiosa, así como el ardid ideado para atribuirse el dominio que no ostentaba (agrupación de fincas registrales distanciadas entre sí kilómetros, ya agrupadas a otras, previamente inscritas en el registro, cuyos lindes no coincidían con los de la finca litigiosa poseída, en contraste con el título del denunciante y demandante en este juicio civil, D. Juan Alberto). Fue precisamente la fatal circunstancia del fallecimiento del Sr. Leonardo, la determinante de que no pudiera ser juzgado en el proceso penal, al extinguirse su supuesta responsabilidad criminal por fallecimiento (art. 130.1.º del Código Penal).

Es evidente, en virtud de las circunstancias concurrentes, unidas además al rechazo inicial del registro catastral de la finca a nombre de la compradora recurrente, que no podemos computar el tiempo de duración del proceso penal como de posesión de buena fe para la operatividad de la prescripción ordinaria”.

Pero en otros casos ha bastado, incluso, la información recibida por el poseedor en un acto de conciliación para desvirtuar la buena fe, según sostuvo la STS 5 abril 2001¹⁴: “el requisito de la buena fe, de entre los establecidos en el art. 1957 del Código civil para lograr la adquisición del dominio de inmuebles por usucapión, ha de perdurar durante todo el tiempo que la norma establece para

aquel logro y puesto que el requisito consiste en no haber conocido o en no haber tenido medios racionales y suficientes para llegar a conocer que existe, quien puede en ese dominio probar una adquisición, una posesión y una inscripción anterior ha de minar aquella ignorancia.

Para determinar la desaparición de esa exigencia en la invocación que hacen los demandados de la consolidación de su adquisición, la Sala de instancia señala, no a efectos de interrupción el tiempo prescriptivo sino de pervivencia de la condición de poseedor de buena fe, que en diciembre de 1979 el actor informa al causante de los demandados —mediante acto de conciliación— «minuciosamente» que era titular registral del inmueble litigioso proporcionándole los datos necesarios para comprobar lo exacto de su comunicación al tiempo que tachaba de ilegítimos los actos posesorios de quien entonces no era titular registral y pasa a serlo cuatro años después, y es con todas estas aportaciones y este hacer que se introduce una seria posibilidad de conocer lo irregular de esa posesión que ahora se invoca mantenida con buena fe sin más que la simple contradicción de aquella realidad”¹⁵.

En definitiva, para mí sería bastante probable, atendidos los hechos, que la buena fe inicial haya desaparecido en el comprador. Así las cosas, la correcta solución del supuesto de la STS comentada es probable que se justifique mejor entendiendo que ha existido una adquisición *a domino*, bien que el apartamento litigioso se haya transmitido por el promotor, bien por la ratificación del contrato por la comunidad de propietarios, unido siempre a la entrega de la posesión efectiva, que no ha sido una circunstancia controvertida en el pleito. En verdad para reconstruir ahora el caso sobre esas posibilidades interpretativas sería necesaria una mayor precisión de los hechos, algunos de cuyos aspectos aquí solamente he podido imaginar como hipótesis.

NOTAS

¹ * El presente comentario se ha realizado en el marco del Grupo de Investigación SEJ584: *Sociedad, Mercado y Derecho*. Sobre la presente STS: vid. el interesante comentario de DIÉGUEZ OLIVA, “La usucapión de los elementos comunes en la propiedad horizontal. A propósito de la STS (Sala Primera), núm. 623/2024, de 8 de mayo de 2024”, en <https://almacendederecho.org/propiedad-horizontal-y-edificacion> (última consulta 16 de enero 2025). Me uno así gustosamente al homenaje a la *RCDI* en su primer centenario, con un tema rigurosamente inmobiliario y con implicaciones registrales. Es sabido que la temática de la *Revista* es variada y abarca todo el derecho privado y también una buena parte del derecho público, pero he querido con la elección del tema remitirme a las raíces de la *Revista* para tributar mi reconocimiento a la aportación insustituible que ha realizado durante estas décadas a la construcción científica del Derecho inmobiliario en España.

² Alega con razón DIÉGUEZ OLIVA, op. cit., que en el caso: “**el anejo se configura como un elemento común pero de uso exclusivo a favor de un determinado titular de elemento privativo**, y por ende excluyente del uso por otro u otros copropietarios. Cuando lo que se atribuye es un uso exclusivo y excluyente, la titularidad, a todos los efectos, es de la comunidad y como titular, puede proceder a la desafectación, expresa o tácita. Tal desafectación comporta necesariamente la modificación de las cuotas de participación, por la necesidad de asignarle una al nuevo elemento privativo (arts. 3.II, 5.IV y 17.1.º LPH). **Por tanto, los demandantes nunca fueron propietarios de los trasteros, porque el título constitutivo sólo les atribuyó el uso exclusivo**. Si nunca fueron propietarios, tampoco estuvieron legitimados para la interposición de una acción reivindicatoria contra los demandados como propietarios, pues eran comuneros (arts. 348. 2 CC)” (negritas de la autora).

³ Se puede compartir con DIÉGUEZ OLIVA, op. cit., que la cuestión de cuándo se inicia la propiedad horizontal es compleja. Para ella: “lo que proporciona el carácter de propiedad separada no es la enajenación, sino la configuración que le ha dado el propio promotor en el título constitutivo como unidad susceptible de aprovechamiento independiente conforme a las concepciones del tráfico y a la legislación urbanística aplicable”. Yo tendería a pensar que la realidad física pesa más que el título constitutivo en un caso como este de discordancia entre ambos, aunque sí esté de acuerdo en que “al promotor el título constitutivo le vincula[ba]”; pero quizá quepa añadir que tal vinculación sería solamente contractual, lo que hubiera merecido la reacción de los compradores ante el incumplimiento contractual del promotor (en los casos en que se hubiera dado), nada de lo cual conocemos. Pero no puede suponer esa vinculación que se produzca una transmisión jurídico real de una cuota que recae sobre elementos de imposible aprovechamiento común desde el punto de vista físico: la azotea o terraza no era tal, estaba ocupada por un apartamento; ni los trasteros de uso privativo parece que existieran nunca y, desde luego, no fueron entregados. La cuestión, claro está, tiene perfiles que son enormemente discutibles, a falta de argumentos legales específicamente aplicables al caso y que sean incontrovertidos. Me inclina por mi tesis la posibilidad de que existan comunidades de hecho (art. 2.2 b LPH), lo que apunta al valor jurídico que hay que dar a la configuración física del inmueble, y el propio art. 36 LH, que frente a los pronunciamientos registrales hace prevalecer la situación posesoria, salvo que se usen los cauces de reclamación contra el poseedor en los perentorios plazos que el precepto señala.

⁴ Apunta esta posibilidad, que no comparte, DIÉGUEZ OLIVA, op. cit.: “Si entendiéramos que la propiedad horizontal nace en el momento que se produce la primera transmisión de la propiedad de alguno de los elementos privativos a un tercero, el título constitutivo (que

determina qué son elementos comunes y cuáles privativos) no vincularía en nada al promotor, de modo que cuando el promotor transmitió la propiedad tanto del local como del espacio de terraza núm.004 en el año 1992, podría transmitir ambos como elementos privativos e incluso si fue la primera transmisión, ni siquiera transmitió cosa ajena sino propia sobre la que tendría, además, poder de disposición. En tal caso, los adquirentes habrían adquirido instantáneamente la propiedad y no por usucapión”. Ella entiende que esa superficie es de uso privativo, pero que pertenece a la comunidad. Me parece, por el contrario, más razonable entender que si estamos ante una superficie de uso privativo pertenezca también al propietario único (el promotor).

⁵ Sobre la materia hay bibliografía abundante y de calidad; algunas obras más recientes en las que se pueden encontrar otras referencias bibliográficas y un tratamiento jurisprudencial completo son: MÚRTULA LAFUENTE, “Acciones judiciales en defensa de los derechos de la comunidad de propietarios frente a la alteración y ocupación de elementos comunes”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 20, febrero 2024, pp. 532-571; CABEZUELO ARENAS, *La usucapión de elementos comunes en la propiedad horizontal. ¿Pueden los propietarios de pisos o locales apropiarse de superficies comunes por el paso del tiempo?*, Madrid, 2023. Personalmente también me he ocupado del tema en: “Las obras realizadas por el comunero sobre un elemento común en la propiedad horizontal y el transcurso del tiempo: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 540/2016 de 14 septiembre (RJ 2016, 4108)”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, n.º 43, 2017, pp. 247-262 y en “La propiedad horizontal en España. Las obras realizadas por un comunero sobre un elemento común”, en *Propriedade Horizontal*, Coordinadores: Margarida Costa Andrade, Madalena Teixeira, Nuno Abranches Pinto, Coimbra, 2022, pp. 93-130.

⁶ MORALES MORENO, “Palabras preliminares a esta reedición”, sin página ni fecha, en *Poseción y usucapión*, Madrid, 1972 (reedición del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España). En p. 95: “puede referirse siempre el concepto en que se tiene la posesión al derecho que se pretendió transmitir por el título”. En el mismo sentido, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, 4.ª edición, Madrid, 2001, I, p. 131: “En principio, se entiende que se posee en el concepto que corresponde al título por el que se adquirió la posesión (compra, arrendamiento, etc.)”; y ALBALADEJO GARCÍA, *La usucapión*, Madrid, 2004, p. 62, quien afirma que el concepto de dueño “puede fijarse por el comportamiento exterior”, aunque “normalmente se precisará según el concepto en que recibió la posesión”.

⁷ ECLI:ES:TS:1988:9829.

⁸ Valga, por todos, la cita de GUZMÁN BRITO, *Derecho Privado Romano*, I, Santiago, 2013, p. 659, que insiste en que lo que impide la usucapión es la adquisición de la posesión por medio de la violencia, de ahí que: “El que tomó pacíficamente la posesión en ausencia del dueño, aunque al llegar éste lo hubiera repelido, puede usucapir (D. 41,3,4,27) supuesta la buena fe”

⁹ Cfr., en este sentido, DE PABLO CONTRERAS, *Curso de Derecho Civil (III). Derechos reales*, Madrid, 2020, p. 433: “el requisito de que la posesión sea pacífica no falta por el hecho de que existan reclamaciones u oposiciones a la posesión de carácter extrajudicial (...), que, a diferencia de lo que ocurre con la prescripción de las acciones personales (cfr. art. 1973 CC...), no interrumpen ni la usucapión ni la prescripción de las acciones reales de reintegración posesoria”. En contra, CABEZUELO ARENAS, op. cit., pp. 119 y ss. aduciendo el criterio de diversas SSAP y de algún otro autor. En esta segunda línea interpretativa, la propia STS comentada permitiría entender violenta la posesión en algunos casos de contundente oposición, aunque ello no se haya producido en este supuesto, puesto que el demandado “ni la adquirió con violencia (art. 1941 CC) ni se aprecia una contundente oposición de los demás copropietarios ni una contienda de suficiente entidad como para que no pueda hablarse de posesión pacífica”. Me sigue

pareciendo más segura la tesis de que posesión violenta es la que se adquiere con violencia; para paralizar los efectos de la usucapión entiendo que las diferencias posteriores que puedan tener el *verus dominus* y el poseedor debieran ser suficientes para producir la interrupción de la usucapión.

¹⁰ Así PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, op. cit., p. 136. También, ALBALADEJO GARCÍA, op. cit., pp. 81-82 con cita de jurisprudencia.

¹¹ RJ\2023\2154.

¹² Vid. ALBALADEJO, op. cit., p. 78: la buena fe del poseedor “se presume (arts. 434 y 1951), así que no se puede exigir al poseedor que la pruebe, sino que ha de probar que no existe el que la impugne”

¹³ RJ\2023\2154.

¹⁴ RJ\2001\3994.

¹⁵ Parecidamente: STS 28 marzo 1961 (RJ\1961\1798).

El régimen jurídico de la inscripción registral de los bienes públicos.

The legal regime for the registration of public property.

por

IVÁN FABRE LAFUENTE

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo
Vicedecano de Calidad, Transferencia y Asuntos Generales
de la Facultad de Derecho UAH*

RESUMEN: La significación del Registro de la Propiedad en la actualidad no radica únicamente en la protección de los bienes privados al objeto de ofrecer seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario, sino que, por el contrario, y con semejante propósito, también se extiende a la protección de los bienes públicos. El marco regulatorio actual así lo contempla con la incorporación de expresas menciones. En este sentido, los cambios introducidos en la legislación registral hace ahora una década, que incorporaron una sustancial transformación respecto del régimen anterior, y que han focalizado la atención en la representación gráfica de las fincas registrales, han contribuido, sin duda, a clarificar los efectos de la inscripción tabular. Ello unido a la específica regulación de este tipo de bienes, ha implicado acentuar la protección de estos últimos de dos formas claramente diferenciadas; desde la obligatoriedad de su inscripción y desde la calificación de las representaciones gráficas, sin perjuicio, en este último sentido, de extender su tutela, por su propia naturaleza, sobre el dominio público no inscrito. Sin embargo, la importante sectorización de los bienes públicos ha implicado, en todo caso, que la regulación se encuentre, en cierto modo, dispersa, con notables particularidades que inciden en la definición del régimen registral de los bienes públicos.

ABSTRACT: *The significance of the Land Registry today does not lie only in the protection of private property in order to offer legal certainty in real estate transactions, but, on the contrary, and with this purpose, it also extends to the protection of public*

property. The current regulatory framework contemplates this with the incorporation of express mentions. In this sense, the changes introduced in the registration legislation a decade ago, which incorporated a substantial transformation with respect to the previous regime, and which have focused attention on the graphic representation of the registered properties, have undoubtedly contributed to clarifying the effects of the tabular registration. This, together with the specific regulation of this type of property, has implied accentuating the protection of the latter in two clearly differentiated ways; from the obligatory nature of their registration and from the qualification of graphic representations, without prejudice, in the latter sense, to extending their protection, by their very nature, over the unregistered public domain. However, the significant sectorization of public goods has implied, in any case, that the regulation is, in a certain way, dispersed, with notable particularities that affect the definition of the registration regime of public goods.

PALABRAS CLAVE: Bienes patrimoniales, bienes demaniales, calificación, Registro de la Propiedad, representación gráfica.

KEYWORDS: *Patrimonial assets, public assets, qualification, Land Registry, graphic representation.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS BIENES PÚBLICOS: CONCEPTO, DISTINCIÓN Y CARACTERÍSTICAS. II.1. LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA REGULACIÓN DE LOS BIENES PÚBLICOS. II.2. LOS BIENES DE DOMINIO PÚBLICO. II.3. LOS BIENES PATRIMONIALES.—III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES PÚBLICOS. III.1. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: NATURALEZA Y EXTENSIÓN. III.2. LA RELEVANCIA DE LA INSTITUCIÓN REGISTRAL FRENTE A LOS CATÁLOGOS E INVENTARIOS DE BIENES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. III.3. LA OBLIGATORIEDAD DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LOS BIENES QUE INTEGRAN EL PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. III.4. LA POSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN RESPECTO DE LAS OPERACIONES REGISTRALES ESPECÍFICAS DE LOS BIENES PÚBLICOS. III.4.A. *La certificación administrativa como título inscribible en el Registro de la Propiedad.* III.4.B. *La inmatriculación de los bienes públicos.* III.4.C. *Las especificidades en la reanudación del tracto sucesivo de bienes públicos.* III.4.D. *El expediente de dominio.* III.4.E. *La doble inmatriculación registral.*—IV. LA PROTECCIÓN ADICIONAL DE LOS BIENES PÚBLICOS EN LA VIGENTE LEGISLACIÓN REGISTRAL: LA TRASCENDENCIA DE LA INSCRIPCIÓN DE LA DELIMITACIÓN GEOGRÁFICA DE LA FINCA. IV.1. LA REPRESENTACIÓN GRÁFICA COMO MÉTODO DE PROTECCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO. IV.2. LA TRASCENDENCIA DE LA CALIFICACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN GRÁFICA. IV.2.A. *La notificación previa a la Administración colindante.* IV.2.B. *La posible invasión del dominio público como causa*

de calificación negativa por el registrador. IV.2.C. *La inscripción de la representación gráfica.* IV.2.D. *El alcance del principio de fe pública registral respecto de la inscripción del dominio público.* IV.3. LA APLICACIÓN TERRITORIAL ASOCIADA.—V. LA PROTECCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO EN LA LEGISLACIÓN SECTORIAL. V.1. EL DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE. V.2. CARRETERAS. V.3. MONTES.—VI. LA CANCELACIÓN Y RECTIFICACIÓN REGISTRAL DE LOS ASIENTOS.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La importancia de la institución registral en España ha sido destacada a lo largo de la historia,¹ constituyendo un aspecto fácilmente plausible tanto por su lejanía en el tiempo como por los efectos que despliega. El antecedente histórico más inmediato de la regulación actual se sitúa en la Real Pragmática de 31 de enero de 1768, dictada durante el reinado de Carlos III, aproximadamente un siglo antes de la promulgación de la primera Ley hipotecaria dada en 1861, mandando imprimirse por Real orden de 15 de febrero de 1861 (Gaceta de Madrid, núm. 50, de 19 de febrero de 1861), y que tenía por objeto la organización y regulación de los Oficios de hipotecas en las cabezas de partido y a cuyo cargo estaría el Escribano del Ayuntamiento.² Sin embargo, ante la necesidad de dotarse de un mecanismo eficaz capaz de garantizar la seguridad y certeza en el tráfico inmobiliario, que paralelamente permitiera facilitar la “*circulación de riqueza*”³ —en definitiva, por la transcendencia de este tipo de normas en el orden civil y económico—,⁴ y atendiendo al mandato dado por el Real decreto de 8 de agosto de 1855, disponiendo que la comisión encargada para la formación de la ley orgánica de Tribunales y del Código de procedimientos se dedique con preferencia y brevedad á formar un proyecto de ley de hipotecas (Gaceta de Madrid, núm. 951, de 10 de agosto de 1855), se optó por aprobar un texto de tal naturaleza, con carácter previo incluso a la promulgación del Código Civil —en adelante, CC— en 1889.⁵ La propia exposición de motivos de la Ley de 1861 se afanó en destacar la necesidad de proveer al sistema de protección de la propiedad de un instrumento que asegurase, de modo “*urgente é indispensable*” «[...] *la creación de bancos de crédito territorial, para dar certidumbre al dominio y á los demás derechos en la cosa, para poner límites á la mala fe, y para libertar al propietario del yugo de usureros despiadados.* [...]».⁶

Tiempo después, y sin perjuicio de las ulteriores modificaciones de su Reglamento ejecutivo, la Ley de 30 de diciembre de 1944 sobre reforma de la Ley Hipotecaria (BOE, núm. 1, de 1 de enero de 1945) introdujo un profundo cambio

en la regulación tabular que serviría de prolegómeno de la vigente Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 (BOE, núm. 58, de 27 de diciembre de 1946), dada en atención a la disposición adicional segunda de la Ley anterior, que autorizaba al gobierno para publicar, en el plazo máximo de un año, la nueva redacción de la Ley Hipotecaria —en adelante, LH—, y que debía armonizar debidamente los textos legales vigentes sobre la materia.⁷ Desde este momento se han sucedido numerosas reformas⁸ al objeto de proporcionar al sistema registral de un mecanismo idóneo para articular e incrementar la certidumbre en las operaciones inmobiliarias. A ello responde, precisamente, la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo (BOE, núm. 151, de 25 de junio de 2015), cuya entrada en vigor, hace aproximadamente una década,⁹ fue el culmen de una compleja producción normativa que, desde algunos años atrás, había perseguido de forma progresiva abastecer a la institución registral de un método verdaderamente efectivo, que permitiera definir la identificación gráfica de las fincas registrales, superando de esta forma su mera descripción literaria, que dificultaba la determinación física de los efectos tabulares.¹⁰ Paralelamente, y bajo el paradigma de la nueva regulación de jurisdicción voluntaria,¹¹ se contempló la desjudicialización definitiva de determinados procedimientos cuya tramitación ahora recaería sobre notarios y registradores. Este periodo ha permitido consolidar una nueva forma de entender las relaciones entre los particulares, también entre estos últimos y las Administraciones públicas, y estas últimas, además, y el Registro de la Propiedad, permitiendo abrir una nueva etapa, superando su mera consideración como un registro de títulos cuya llevanza se realiza mediante fincas,¹² dando mayor relevancia si cabe a los efectos que despliega, mediante la identificación física de la finca a través de sus vértices geodésicos. Constatada, por tanto, durante el transcurso del tiempo la necesidad de avanzar en un intercambio constante y fluido de información territorial, se consideró oportuno abordar definitivamente la relación normativa entre dos instituciones, el Catastro Inmobiliario y el Registro de la Propiedad que, referidas en definitiva al ámbito inmobiliario, y como bien afirma Alcántara Martín (2018: 246) “*al territorio*”,¹³ fueran capaces de albergar una información pareja, en tanto referida a bienes inmuebles, y especialmente en lo que se refiere a sus caracteres físicos, de forma que el Catastro suministraría, con carácter general, las bases gráficas debidamente georreferenciadas en los vértices de la línea poligonal cerrada que define la parcela catastral, por ser precisamente ésta una de las deficiencias que ha albergado desde su nacimiento.¹⁴

En este orden, la protección de la propiedad ha sido y es, en la actualidad y sin ambages, uno de los fines principales que persigue la institución registral en tanto que tiene «[...] *por objeto la inscripción o anotación de los actos y contra-*

tos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. [...]».¹⁵ La reciente reforma, que bien podría calificarse de ambiciosa, lejos de limitarse a la mera constatación de la identificación geográfica de los inmuebles y a la regulación de determinados procedimientos tramitados ahora en sede notarial o registral, también albergó la necesaria regulación de la inscripción registral de los bienes públicos, superando la previa mención inserta en la LH en su redacción anterior y trascendiendo, si cabe, al régimen general establecido algunos años antes en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (BOE, núm. 264, de 4 de noviembre de 2003) —en adelante, LPAP— y su respectivo reglamento de desarrollo, que con carácter “básico”,¹⁶ en virtud de la competencia exclusiva estatal respecto de la determinación de las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas,¹⁷ y unido, a su vez, a las respectivas leyes de ámbito autonómico con las cuales se habían dotado las respectivas Comunidades Autónomas, así como a la legislación sectorial, permitió configurar, de esta forma, un concreto marco regulatorio que persigue su protección, partiendo del establecimiento de su obligatoria inscripción, teniendo en cuenta, en cualquier caso, que la inscripción de tales bienes en el Registro de la Propiedad se hará en los términos que contemple la LH.¹⁸

El espacio temporal transcurrido desde la entrada en vigor de esta última ley, así como de la ya citada Ley 13/2015, de 24 de junio, la interpretación dada al respecto por la extinguida Dirección General de los Registros y del Notariado —en adelante, DGRN— y ahora por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública —en adelante, DGSJFP—, unido al análisis que al respecto ha elaborado la doctrina, exigen hoy detenerse en ello,¹⁹ con el propósito de definir el marco jurídico actual, precisamente también por las abundantes previsiones específicas sobre determinados bienes públicos. Es cierto que con la entrada en vigor de la LPAP se produjo un avance significativo en favor de la compilación normativa respecto de la regulación de los bienes públicos, sin embargo, la necesaria ordenación en la legislación registral, unido a las respectivas previsiones de ámbito autonómico, así como a la abundante legislación sectorial, exigen hoy abordar un análisis que, de forma unificada y transversal, permita definir el régimen registral de los bienes de dominio público.

II. LOS BIENES PÚBLICOS: CONCEPTO, DISTINCIÓN Y CARACTERÍSTICAS

II.1. LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA REGULACIÓN DE LOS BIENES PÚBLICOS.

La trascendencia de los bienes públicos implica, por su propia naturaleza, que su específica regulación tenga fundamento constitucional, lo que determina

su régimen jurídico, traspasando, de esta forma, las meras referencias contempladas en el CC, así como en la legislación de régimen local.²⁰ Ello implica la imposibilidad de verse alterado por la legislación sectorial, que no podrá prevalecer frente a lo establecido en la CE.²¹ En atención a las previsiones constitucionales, Parada Vázquez (1989: 10) ha destacado que «[...] *por primera vez* [...]» nuestro texto constitucional diferencia diversas clases de bienes cuya titularidad pertenece a los Entes públicos. Es el caso de los bienes reservados al sector público, a los cuales se refiere su artículo 128.2²²; de los bienes de dominio público, los comunales y aquellos que integran el Patrimonio Nacional, así como los bienes patrimoniales de los Entes públicos. A estas dos categorías dedica la atención el artículo 132 CE.²³

Así, este último precepto, sin perjuicio de establecer que la ley regularía el régimen jurídico del dominio público, así como también el respectivo de los bienes comunales, estableciendo de esta forma en ambos casos una reserva de ley en su favor, dispuso que ésta se inspiraría en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación.²⁴ En este sentido, contempló que el dominio público estatal estaría integrado por aquellos bienes así determinados por la ley,²⁵ incluyéndose en él, al menos, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental, determinando en consecuencia una enumeración de aquellos que mínimamente deberían integrarlo. Tal consideración, en cualquier caso, la adquirieron con la mera promulgación de la CE, sin perjuicio de su posterior regulación —precisamente, como se advirtiera en la STC —en adelante, Sentencia Tribunal Constitucional— 149/1991, de 4 de julio (BOE, núm. 180, de 19 de julio de 1991), por «[...] *La rotundidad de este enunciado, que utiliza sólo conceptos referidos a la realidad física y no categorías jurídicas* [...]»—.²⁶ Asimismo, tal precepto constitucional estableció que la ley regularía el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, así como su administración, defensa y conservación, determinando nuevamente una reserva de ley. De tal manera, además de constitucionalizar los caracteres definidores del dominio público, contempló una sucinta referencia a aquellos que, indiscutiblemente, revestirían tal carácter, adquiriéndolo desde la entrada en vigor de la CE y constituyendo para la doctrina una primera aproximación de la distinción de los bienes públicos.²⁷ Su relevancia, en suma, se fundamenta en la prestación de un servicio a la satisfacción del interés general. Afirmación acogida pacíficamente por el Tribunal Constitucional —en adelante, TC—, en la STC 52/1994, de 24 de febrero (BOE, núm. 65, de 17 de marzo de 1994).²⁸ En esencia, sobre tales premisas se ha erigido el específico marco normativo que define las diferentes categorías de bienes.

II.2. LOS BIENES DE DOMINIO PÚBLICO

La distinción entre los diferentes bienes que integran el patrimonio de las Administraciones públicas, que se extiende al conjunto de bienes y derechos con independencia de su naturaleza y título de adquisición,²⁹ viene dada por el régimen jurídico al que estarán sujetos respectivamente, distinguiendo entre el dominio público o bienes demaniales, o incluso denominados para otro sector de la doctrina bienes dominiales,³⁰ y el dominio privado o bienes patrimoniales,³¹ que no debe confundirse, precisamente, con el concepto de patrimonio de las Administraciones públicas (Muñoz Machado, 2015, t. XIV: 350), al quedar integrados todos ellos en él.³² Diferenciación expresa que, sin perjuicio de su ulterior desarrollo, también ha sido acogida por la legislación autonómica.³³

Para Sánchez Morón (2023: 737)³⁴ el dominio público lo integra «[...] *un conjunto de bienes que se quieren excluir del tráfico jurídico privado, ya sea por estar destinados al uso público o a la prestación de los servicios públicos o, excepcionalmente, al «fomento de la riqueza nacional» [...]»*,³⁵ constituyendo una excepción al régimen de propiedad privada,³⁶ implicando, en suma, que tales bienes se excluyan del comercio de “*los hombres*”, siendo, por tanto, bienes *extra commercium*, lo que implica, en consecuencia, que no puedan adquirirse por prescripción, en tanto que el artículo 1936 CC establece que pueden adquirirse de esta forma los bienes que se encuentren en el comercio de los hombres. Un sector doctrinal se ha decantado por rechazar una visión patrimonialista de los bienes públicos, considerando que la justificación misma de tales bienes viene dada por la existencia de un “*interés público*”,³⁷ como ya recordó el TC.³⁸ Alcántara Martín (2018: 261) considera, a su vez, que el dominio público no lo integran únicamente una serie de bienes, si no que, por el contrario, se extiende a ciertos valores jurídicos que pueden ser dignos de salvaguardia, como sucede con «[...] *la protección del medio ambiente, del paisaje, de la biodiversidad, la lucha contra el cambio climático o, en general, la protección del patrimonio histórico y cultural e, incluso, la ordenación del territorio. [...]»*.³⁹ Así ha sido interpretado también en la STC 12/1982, de 31 de marzo (BOE, núm. 95, de 21 de abril de 1982).⁴⁰

Tal es su significado que el CC efectuó una sucinta distinción entre los bienes, estableciendo al efecto que «[...] *son de dominio público o de propiedad privada [...]»*,⁴¹ deteniéndose ya en su redacción originaria a contemplar una enumeración de aquellos que tendrían tal consideración. Así, dispuso⁴² que lo serían aquellos destinados al uso público, como los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas, playas, radas y otros análogos;⁴³ también aquellos que perteneciendo privativamente al Estado, sin ser de uso común y con los fines ya destacados por la doctrina de la que toma

su dicción, estén destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas, así como demás obras de defensa del territorio y las minas, mientras que no se otorgue su concesión,⁴⁴ disponiendo, a su vez, que tendrían la consideración de bienes de uso público, en las provincias y en los pueblos, los caminos provinciales y los vecinales, las plazas, calles, fuentes y aguas públicas, los paseos y obras públicas de servicio general, costeadas por los mismos pueblos o provincias.⁴⁵ De tal forma, advirtió una diferenciación en relación con el dominio público por razón de su pertenencia al Estado o a las provincias o “*pueblos*”.⁴⁶

Se trata, en definitiva, siguiendo la literalidad de la LPAP, de bienes y derechos que, siendo de titularidad pública, se encuentran afectados al uso general o al servicio público, además de cuantos la ley contemple expresamente con tal carácter, constituyendo, a su vez, el dominio público estatal, y en cualquier caso, la zona marítimo-terrestre, las plazas, el mar territorial, así como los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental, en atención a lo dispuesto en el ya citado artículo 132 CE.⁴⁷ Además de lo anterior, integran el dominio público los inmuebles que, siendo de titularidad de la Administración General del Estado o de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, se alojen servicios, oficinas o dependencias, así como también aquellos de los órganos constitucionales del Estado.⁴⁸ La legislación autonómica aun con ciertas precisiones, en este caso, se ha decantado con carácter general por considerar que el dominio público se integra por los bienes y derechos así declarados por la norma estatal, es decir, aquellos a los cuales se refiere la LPAP, los bienes y derechos transferidos a la propia Comunidad Autónoma y que queden afectos a un uso o servicio público, los bienes y derechos adquiridos por estas últimas por cualquier título legítimo y se afecten a un uso o servicio público, así como cuantos les atribuya tal condición una ley, estableciendo, por tanto, una cláusula residual.⁴⁹

En este sentido, la LPAP, atendiendo expresamente a las previsiones constitucionales respecto de los caracteres identificadores del demanio público, acogidos, por tanto, ha establecido que la gestión y administración de los bienes y derechos demaniales, por parte de las Administraciones públicas, atenderá a los principios de inalienabilidad,⁵⁰ inembargabilidad e imprescriptibilidad,⁵¹ así como a la adecuación y suficiencia de los bienes al objeto de servir al uso general o al servicio público al que estén destinados, a la aplicación efectiva al uso general o al servicio público, sin más excepciones que las derivadas de razones de interés público debidamente justificadas, la dedicación preferente al uso común frente a su uso privativo, el ejercicio diligente de las prerrogativas establecidas en esta misma Ley u otras especiales otorguen a las Administraciones públicas, garantizando su conservación e integridad, la identificación y control a través

de inventarios o registros adecuados, y la cooperación y colaboración entre las Administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias sobre el dominio público.⁵²

II.3. LOS BIENES PATRIMONIALES

En sentido contrario a lo anterior, el artículo 340 CC incluyó una sucinta definición de bienes patrimoniales, estableciendo al respecto que *«Todos los demás bienes pertenecientes al Estado, en que no concurran las circunstancias expresadas en el artículo anterior [artículo 339, ya citado], tienen el carácter de propiedad privada»*, adquiriendo tal condición aquellos de dominio público que dejen de estar destinados al uso general o a las necesidades de defensa del territorio,⁵³ añadiendo, además, en su artículo 344 y como excepción a la enumeración que efectúa respecto de los bienes de dominio público de las provincias y “pueblos”, que también revestirían carácter patrimonial *«Todos los demás bienes que unos y otros posean [...] y se regirán por las disposiciones de este Código, salvo lo dispuesto en leyes especiales»*.⁵⁴

Con tal precedente, la propia LPAP ha ofrecido una definición negativa y residual⁵⁵ de aquellos bienes o derechos que integran el dominio privado o patrimonial de las Administraciones públicas, adquiriendo tal carácter, por tanto, aquellos bienes y derechos que *«[...] no tengan el carácter de demaniales [...]»*,⁵⁶ siguiendo de algún modo esa redacción primigenia del CC, incorporando además, y a colación de lo anterior, mención a que tendrán la consideración de bienes patrimoniales de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos los derechos de arrendamiento, los valores y los títulos representativos de acciones y participaciones en el capital de sociedades mercantiles o de obligaciones emitidas por éstas, además de contratos futuros y opciones cuyo activo subyacente esté constituido por acciones o participaciones en entidades mercantiles, los derechos de propiedad incorporal, y los derechos de cualquier naturaleza que se deriven de la titularidad de bienes y derechos patrimoniales.⁵⁷

También, en el caso de los bienes privados o patrimoniales, la LPAP acoge una serie de principios que deberán regir su gestión y administración por parte de las Administraciones públicas como son la eficiencia y economía en su gestión, la eficacia y rentabilidad en la explotación de estos bienes y derechos, la publicidad, transparencia, concurrencia y objetividad en la adquisición, explotación y enajenación de estos bienes, la identificación y control a través de inventarios o registros adecuados, así como la colaboración y coordinación entre las diferentes Administraciones públicas, con el fin de optimizar la utilización y el rendimiento de sus bienes.⁵⁸ En cualquier caso, esta Ley ha contemplado que su gestión co-

adyuvará al desarrollo y gestión de las políticas públicas en vigor, en especial, la política de vivienda.⁵⁹

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES PÚBLICOS.

III.1. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: NATURALEZA Y EXTENSIÓN

La protección de los bienes públicos ha quedado asentada desde diferentes ámbitos constituyendo, en suma, el deslinde,⁶⁰ dirigido a la determinación de los límites indefinidos, o la inclusión en los respectivos inventarios, formas tradicionales de aseguramiento de la propiedad de los bienes que lo integran,⁶¹ en aplicación de la potestad de autotutela de la Administración pública. Un claro ejemplo ha sido el Catálogo de Montes.⁶² En la cúspide de todos ellos, la institución registral, en palabras de Roca Sastre (1948: 115) «[...] *destinada a robustecer la seguridad jurídica inmobiliaria* [...]»,⁶³ alcanza una relevancia singular. De un lado, como se advirtió, al tener por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles,⁶⁴ declarándose inscribibles en él, entre otros, los títulos de adquisición de los bienes inmuebles y derechos reales que pertenezcan al Estado o a las corporaciones civiles o eclesiásticas, con sujeción a lo establecido en las leyes o reglamentos,⁶⁵ permitiéndose, en suma, la inscripción de los bienes inmuebles que pertenezcan a las Administraciones públicas,⁶⁶ también aquellos que integren el dominio público, de conformidad con la legislación sectorial,⁶⁷ y de otro, al contemplar en ella determinadas previsiones de las cuales se extrae, entre otros, el principio de legitimación registral, que resulta del artículo 38 LH, por cuando establece que «[...] *A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos* [...]», extendiéndose al ámbito incluso del Derecho administrativo.⁶⁸ A esta presunción posesoria, hay que añadir la condición de tercero hipotecario, en los términos del artículo 34 LH, que establece, para la doctrina, una presunción *iuris et de iure* de que el contenido del Registro de la Propiedad es exacto e íntegro.⁶⁹

Por tales efectos, como destaca Parada Vázquez (1989: 25), la Administración no ha renunciado a lograr la protección de sus bienes mediante la inscripción registral obteniendo una mayor seguridad jurídica si cabe, respecto de su tutela, de forma semejante a lo que sucede con los bienes privados.⁷⁰ Sobre este argumento se erige la justificación de la obligatoriedad impuesta por la legisla-

ción para la inscripción de los bienes en el Registro de la Propiedad, puesto que de ninguna otra forma se pueden asegurar los efectos que despliega, obteniendo, por tanto, las ventajas propias de los principios que derivan del acceso de los bienes al Registro de la Propiedad, como es el supuesto de la presunción posesoria, ya aludida, la condición de tercero hipotecario, también citada,⁷¹ o la constitución de hipotecas. Sin perjuicio, todo ello, y en cualquier caso, del uso de las facultades que el ordenamiento le otorga para la conservación y defensa de sus bienes y derechos, como afirma Sánchez-Calero Arribas (2023: 20).

Sin embargo, hasta la entrada en vigor de la Ley 13/2015, de 24 de junio, con la consiguiente reforma introducida en la legislación hipotecaria, el principio de exactitud registral no alcanzaba a los datos de mero hecho de las fincas registrales, quedando relegado y fuera de la garantía y de las presunciones que ampara la inscripción del Registro de la Propiedad cuantos datos físicos se correspondiesen con ellas. A ello se ha referido la jurisprudencia, ahondando precisamente en la discordancia existente en los datos de hecho de las fincas registrales. Situación derivada, precisamente, por la identificación que de ellas se hacía mediante meras manifestaciones en el título inmatriculador y en los sucesivos que servían para practicar las correlativas inscripciones y aunque es cierto que la modificación de los datos descriptivos de las fincas en él, como sucedía con las cabidas de las fincas, requerían de procedimientos específicos, limitando en tales casos la capacidad de los otorgantes de los documentos que accedieran a él para modificarla, también es cierto que la insuficiencia de una base gráfica que permitiera su identificación dificultaba la concreción física de los efectos de la inscripción registral. Con esta reforma se produce, como afirma la reciente STS, Sala de lo Civil, 1479/2024, de 11 de noviembre de 2024 (Roj: STS 5567/2024 – ECLI:ES:TS:2024:5567) —FJ 8.º—, «[...] *un cambio en la situación anterior, en la que la presunción de exactitud no alcanzaba a la consistencia física de la finca* [...]». La nueva redacción del artículo 10.5 LH⁷² consolida definitivamente esa aspiración, reiteradamente mantenida en el tiempo, de alcanzar una coordinación gráfica de forma que el principio de legitimación registral, así como también el principio de exactitud registral, se extendiera a los datos físicos de la finca, quedando determinados en un determinado espacio geográfico los efectos de la inscripción registral. Aun con todo, debe advertirse que la presunción de exactitud registral que deriva del artículo 38 LH, aunque se extienda ahora sobre los datos de mero hecho, constituye una mera presunción *iuris tantum* que si bien es cierto invierte la carga de la prueba, de forma que quién considere que lo publicitado por el Registro de la Propiedad es inexacto deberá probarlo, cede ante otros medios de prueba.⁷³

III.2. LA RELEVANCIA DE LA INSTITUCIÓN REGISTRAL FRENTE A LOS CATÁLOGOS E INVENTARIOS DE BIENES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

Frente a la tradicional excepción de la inscripción de los bienes públicos en el Registro de la Propiedad,⁷⁴ precisamente por su consideración como *res extra commercium*, que se mantuvo prácticamente inalterada en el tiempo hasta la entrada en vigor de la modificación del Reglamento Hipotecario —en adelante, RH— por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre (BOE, núm. 233, de 29 de septiembre de 1998),⁷⁵ la regulación actual contempla su obligatoriedad,⁷⁶ considerándose, por tanto, una salvedad a la voluntariedad del acceso a la institución registral de los bienes y derechos y de los actos y contratos que rijan sobre los bienes privados, superando así la concepción decimonónica que había optado por excluirlos, al dirigirse, precisamente, desde su nacimiento al aseguramiento de la propiedad privada y el tráfico inmobiliario entre particulares, como asegura Horgué Baena (2006: 41).⁷⁷

En este contexto, también en el estricto ámbito de la Administración, y con limitada eficacia —por tanto, a meros efectos administrativos y con la presunción de veracidad que rige toda la actividad administrativa en los términos de lo dispuesto en los artículos 9.3 CE, en tanto garantiza el principio de legalidad, y el artículo 103.1 CE, al establecer que la Administración sirve con objetividad los intereses generales, actuando con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho—,⁷⁸ y sin equiparse en ningún caso en cuanto a los efectos que produce la inscripción en el Registro de la Propiedad, se ha erigido la figura de los catálogos e inventarios como instrumentos capaces de inventariar y relacionar los bienes de los cuales sean titulares las Administraciones públicas, al objeto de su protección, si bien, incapaces por su extensión de producir efectos frente a terceros, ni incluso, como indica Muñoz Machado (2025, t. XIV: 367), de poder llegar a afirmar «[...] *que las propiedades que relacionan pertenezcan a la Administración o que su titularidad sea indisputable* [...]».⁷⁹ En ellos, que constituyen un reflejo de las buenas prácticas de gestión por parte de los entes públicos al objeto de relacionar sus pertenencias, como el propósito de conservarlos y protegerlos,⁸⁰ se establece una relación de bienes o derechos consignando una descripción esencial de sus características o situación.⁸¹ Un claro ejemplo es el Inventario General de Bienes y Derechos del Estado de limitados efectos jurídicos. La LPAP ha contemplado su creación con el objeto de aglutinar todos los bienes que integran el patrimonio estatal y cuya llevanza corresponde a la Dirección General del Patrimonio del Estado,⁸² abarcando sin distinción bienes demaniales y patrimoniales. En ningún caso la inclusión en él de un bien es comparable con la inscripción en el Registro de la Propiedad.⁸³ La LPAP es clara al respecto; tal inventario «[...] *no tiene la consideración de registro público* [...]», de forma que los datos reflejados en el

mismo, además de aquellos resultados que deriven de su agregación o explotación estadística, integran una mera información de apoyo para la gestión interna y la definición de políticas por la Administración General del Estado y sus organismos públicos, pero en ningún caso, y dado que no tiene la consideración de registro público, los datos reflejados en ellos surtirán efectos frente a terceros, ni tampoco podrán ser utilizados para hacer valer derechos frente a la Administración General del Estado o sus organismos públicos.⁸⁴ Por tanto, la inclusión de un bien en el Inventario de Bienes del Ayuntamiento, por ejemplo, carece por sí solo de fuerza probatoria, ya que corresponde a los Tribunales de Justicia la misión de declarar el dominio controvertido.⁸⁵

Así lo ha venido proclamando, además en el tiempo y de forma reiterada, el Tribunal Supremo, tanto por la Sala Tercera, según el cual el inventario es «[...] *un mero registro administrativo que por sí solo ni prueba, ni crea ni constituye derecho alguno a favor de la Corporación, siendo más bien un litro que sirve, respecto de sus bienes de recordatorio constante para que la Corporación ejercite oportunamente las facultades que la corresponden* [...]»,⁸⁶ como por la Sala Primera.⁸⁷ A tal efecto, esta interpretación ha sido acogida igualmente por los Tribunales de Instancia, siguiendo el criterio asumido por el Tribunal Supremo,⁸⁸ de modo que «[...] *ni la certificación del secretario, ni la inclusión en el Inventario de bienes municipales, son títulos de adquisición del dominio, sino que se trata de documentos administrativos con virtualidad para inmatricular la finca* [...]»,⁸⁹ por lo que ni la inclusión de un bien en el correspondiente Inventario, ni tampoco la certificación que resulte de dicho inventario, expedida por el Secretario de la entidad, tendrán fuerza probatoria suficiente,⁹⁰ de manera que tales documentos constituyen meros indicios de posesión a título de dueño que deberán conjugarse con el resto de pruebas a practicar al objeto, en su caso, de dilucidar los derechos controvertidos. Por consiguiente, la preceptiva inscripción en el respectivo Inventario, eso sí, no deja de instituir un título en sentido formal, en tanto que habilita y permite el acceso al Registro de la Propiedad. Se trata de un documento público inscribible pero no se rige por sí mismo en título de adquisición.⁹¹

En suma, la insuficiencia probatoria que resulta de la inscripción de los bienes en los inventarios, fortalecida, en su caso, por las disposiciones normativas, y por la interpretación que ha venido acogiendo la jurisprudencia, que han reservado al orden jurisdiccional civil las acciones derivadas de la titularidad dominical de los bienes,⁹² ha permitido que el Registro de la Propiedad se haya erigido como la institución capaz de asegurar una protección jurídica verdaderamente eficaz frente a quien perturbe la posesión de los bienes públicos, precisamente por los propios efectos de los principios registrales y, en especial, por el principio de legitimidad registral que deriva del artículo 38 LH,⁹³ así como por los limita-

dos efectos que este último despliega respecto de los bienes privados cuando se presume la invasión del dominio público.⁹⁴

De tal forma, la inclusión de un bien público en el inventario únicamente se erige como una mera manifestación del ejercicio de las potestades administrativas que corresponda ejercer en él. Ello resulta también de la literalidad del artículo 32.1 LPAP. En cualquier caso, el marco actual exige con carácter obligatorio y preceptivo la formación de un inventario de todos los bienes y derechos, que, con suficiente detalle, incluya las menciones necesarias para su identificación y así como aquellas otras que resulten precisas para identificar su situación jurídica y el destino o el uso al cual están siendo dedicados, haciéndose extensivo a las Entidades locales.⁹⁵ Como excepción el Catálogo de Montes de Utilidad Pública, en cuyo caso la inclusión de un bien en él constituye una presunción *iuris tantum* de la titularidad a favor de quien aparece en él, enervando, de tal forma, las acciones posesorias de los particulares,⁹⁶ o el Registro de Aguas.⁹⁷ Y ello, sin perjuicio de tener en cuenta que la LPAP no contempla la posibilidad de realizar actos de gestión o disposición de los bienes y derechos del Patrimonio estatal, sin que previamente se encuentren inscritos en el Inventario General de Bienes y Derechos del Estado.⁹⁸

El artículo 2 LH, cuya redacción ha permanecido invariable en el tiempo, dispone que, en el Registro de la Propiedad, se puedan inscribir los títulos de adquisición de bienes inmuebles y derechos reales que pertenezcan al Estado, o a las corporaciones civiles, de acuerdo con lo establecido en leyes o reglamentos. Así se ha contemplado expresamente, además, en el RH, aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947 (BOE, núm. 106, de 16 de abril de 1947), tras la reforma dada por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, ya citado, al establecer que «*Serán inscribibles los bienes inmuebles y los derechos reales sobre los mismos, sin distinción de persona física o jurídica a que pertenezcan y, por tanto, los de las Administraciones públicas [...]*». En este sentido, su artículo 5, en la redacción actual, permite la inscripción de los bienes que integran el dominio público, en claro contraste con la redacción originaria de tal precepto que expresamente consideraba como bienes exceptuados de la inscripción «*Los bienes de dominio público a que se refiere el artículo trescientos treinta y nueve del Código Civil, ya sean de uso general, ya pertenezcan privativamente al Estado, mientras estén destinados a algún servicio público, al fomento de la riqueza nacional o a las necesidades de defensa del territorio.*», así como también «*Los bienes de uso público de las provincias y de los pueblos incluidos en el párrafo primero del artículo trescientos cuarenta y cuatro del Código Civil*»,⁹⁹ aunque bien es cierto que esta literalidad se vio alterada, aunque mínimamente, con la reforma dada en el año 1959¹⁰⁰ que implicó extender la excepción a los bienes municipales y provinciales de dominio y uso público de acuerdo con la legisla-

ción especial. Si bien, frente a lo anterior, un sector de la doctrina consideró que el propio RH permitía su inscripción, citando como ejemplo el artículo 30 RH, que consideraba inscribibles los montes públicos no enajenables.¹⁰¹

La nueva regulación, conectada con el marco general establecido para la protección de los bienes públicos, ya no persigue su protección desde su mera inscripción; por el contrario, se pretende también una completa protección desde delimitación geográfica, identificando paralelamente con precisión las fincas limítrofes y que se vean afectadas por él. Como destaca Sandoval Caro (2022:353) «[...] Con la entrada en vigor de la Ley 13/2015 se acumula a la inscripción registral de la base gráfica de los bienes de dominio público, como una valiosa herramienta para su correcta protección. [...]».¹⁰²

III.3. LA OBLIGATORIEDAD DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LOS BIENES QUE INTEGRAN EL PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

La determinación del régimen jurídico de la inscripción registral de los bienes públicos, sin perjuicio de determinadas especificidades incluidas en la normativa sectorial, como sucede en el caso de la legislación de montes,¹⁰³ aguas¹⁰⁴ o minas,¹⁰⁵ así como en la legislación de patrimonio de las Administraciones públicas de las Comunidades Autónomas, además de las expresas menciones que incluye la legislación hipotecaria, viene dada en la actualidad con carácter general por la LPAP,¹⁰⁶ sin perjuicio de lo previsto en la LH. Esta Ley, que como ya se ha dicho, implicó un significativo avance en la determinación del régimen jurídico de tales bienes al regular de forma compilada —en un único texto normativo, por tanto— los bienes de dominio público o demaniales y los bienes patrimoniales, suponiendo un hito frente a la dispersión normativa que había imperado en épocas precedentes,¹⁰⁷ especialmente, respecto de la determinación del régimen registral del patrimonio de las Administraciones públicas. En ella se establece la obligatoriedad de la inscripción de todos los bienes y derechos que integren su patrimonio, independientemente de su carácter demanial o patrimonial, así como cuantos actos y contratos referidos a ellos puedan acceder,¹⁰⁸ constituyendo una diferencia sustancial respecto de los bienes privados sobre los cuales, con carácter general, no se contempla tal exigencia. Mandato, en este caso, de carácter imperativo, quedando a salvo, en tanto que tendrá carácter potestativo, la inscripción de los arrendamientos inscribibles conforme a la legislación hipotecaria.¹⁰⁹ Régimen que, por otra parte, se extiende a la determinación del título inscribible, así como a la publicidad registral de tales bienes.¹¹⁰

En el mismo sentido, el artículo 46 del Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas,

aprobado por Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto (BOE, núm. 226, de 18 de septiembre de 2009) contempla expresamente el deber de las Administraciones públicas de inscribir en el Registro de la Propiedad tales bienes y derechos de conformidad con lo establecido en dicha ley y legislación hipotecaria, y que se extenderá a su depuración física y jurídica, incluyendo, en esencia, la correspondiente solicitud para la práctica de cancelaciones o rectificaciones que procedan.¹¹¹ Pero la legislación no se ha limitado únicamente a acoger esta expresa prescripción. En sintonía con el sentir de la LPAP, su propio artículo 39, y para lograr la debida constancia de fincas en el Registro de la Propiedad, impone a los registradores un mandato por el cual, si tuviesen conocimiento de la existencia de bienes o derechos pertenecientes a las Administraciones públicas que no estuvieran debidamente inscritos, deberán comunicarlo a los órganos que corresponda su administración, para que por éstos se inste lo que proceda.¹¹² Obligación, tanto la de inscribir, como esta última, que también contempla el Reglamento de Bienes de las Entidades locales en su artículo 36, al establecer que las Corporaciones locales deberán inscribir en el Registro de la Propiedad sus bienes inmuebles y derechos reales, de acuerdo con lo establecido en la legislación hipotecaria, siendo suficiente certificación expedida por el Secretario, con el visto bueno del Presidente de la Corporación, en relación con el inventario aprobado por esta última, estableciendo, en cuanto al régimen aplicable, con carácter supletorio, lo dispuesto en el artículo 206 LH y los artículos 303 a 307 RH.

La inscripción, por la propia naturaleza de tales bienes no tendrá carácter constitutivo, teniendo, por tanto, una mera eficacia meramente declaratoria puesto que tales bienes existen independientemente de su inscripción registral.¹¹³ Y esto es así, como señala Sandoval Caro (2022: 366), dado que «[...] *los bienes públicos pertenecen a la administración que sea su titular estén o no inscritos en el Registro de la Propiedad.* [...]».¹¹⁴

Con la inscripción de los bienes en el Registro de la Propiedad por parte de las Administraciones públicas, se consigue una técnica adicional de protección, también frente a posibles terceros amparados por las presunciones del principio de fe pública registral al que se refiere el artículo 34 LH de bienes privados, de forma tal que se permite, al igual que sucede con cualquier particular, ejercitar las acciones que derivan de la propia LH, especialmente frente a aquel que, sin tener título inscrito, perturben el derecho o su ejercicio proclamado por el Registro.¹¹⁵ Y, además, se permite el acceso al Registro de la Propiedad por parte de los particulares de las concesiones administrativas de minas, ferrocarriles, canales o puentes.¹¹⁶ De esta forma, como asevera Alcántara Martín (2018: 258) «[...] *Si el bien está inscrito en el Registro de la Propiedad se producirá el correspondiente cierre registral a todo acto dispositivo del mismo si no existe previa desafección.* [...]».¹¹⁷

En este sentido, además, y específicamente en el ejercicio de la potestad de deslinde, la propia LPAP contempla expresamente su inscripción, aun estando previamente inscrita la finca ahora deslindada en el Registro de la Propiedad, constituyendo, en su caso, título para que la Administración proceda a la inmatriculación de bienes, siempre que al efecto reúna los requisitos establecidos en el artículo 206 LH.¹¹⁸ Deslinde, cuyo acceso al Registro de la Propiedad se producirá en los términos de lo dispuesto en la legislación sectorial, precisamente, porque la literalidad del artículo 200 LH lo excluye de su ámbito de aplicación, quedando su regulación únicamente limitada a los bienes privados. La propia naturaleza del deslinde administrativo, a la cual la legislación sectorial ya le asigna de por sí un tratamiento específico, ha sido el motivo por el que se le atribuye incluso carácter inmatriculador, puesto que como viene establecido en determinadas materias «[...] *del mismo se derivan efectos declarativos de la posesión y de la titularidad demanial, a la vez que concede al título de deslinde eficacia prevalente respecto de las inscripciones contradictorias, sin perjuicio, de que los titulares registrales puedan hacer valer sus derechos ante la jurisdicción civil.* [...]»,¹¹⁹ y sin que tal circunstancia, por regla general y con las excepciones a las cuales se hará mención, alcance a la rectificación de los asientos practicados «[...] *por entrar en colisión directa con las presunciones legitimadoras de la titularidad ya inscrita, que opera a todos los efectos legales* [...]».¹²⁰ A estos efectos, además, en materia de montes la LM ha establecido, en relación con el deslinde, que éste, una vez aprobado y firme, supone la delimitación del monte y declara definitivamente su estado posesorio,¹²¹ de forma que la resolución definitiva del expediente de deslinde será título suficiente para la inmatriculación del monte, para la inscripción de rectificación de las fincas afectadas y para la cancelación de las anotaciones practicadas con motivo del deslinde en fincas excluidas de él, pero no lo será para la rectificación de derechos anteriormente inscritos a favor de terceros en los términos del artículo 34 LH.¹²²

Ello, sin perjuicio de hacer constar que, por la propia naturaleza de los bienes demaniales, determinados preceptos de la LH resultan de todo punto inaplicables, puesto que, por su condición de imprescriptibles, por ejemplo, no puede darse la prescripción *contra tabulas* del artículo 36.¹²³

III.4. LA POSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN RESPECTO DE LAS OPERACIONES REGISTRALES ESPECÍFICAS DE LOS BIENES PÚBLICOS.

III.4.A. *La certificación administrativa como título inscribible en el Registro de la Propiedad.*

Es cierto, y no puede ser negado, que la Administración pública dispone de específicos procedimientos para la inscripción registral de los actos o contratos

relativos al dominio y demás derechos reales sobre los bienes públicos. A ello se refiere precisamente el artículo 206 LH, que aspira de una forma compilada a regular un buen número de operaciones registrales mediante determinados procedimientos hipotecarios en relación con la inscripción de bienes públicos como sucede con la inmatriculación, con la reanudación del tracto sucesivo interrumpido y con determinadas operaciones específicas, y también el artículo 46.2 del Reglamento de la LPAP.¹²⁴ No quiere decir que no pueda hacerse uso de los procedimientos ordinarios contemplados específicamente, como sucede con el expediente de dominio al que se refiere el artículo 203 LH, el expediente para depurar situaciones de doble o múltiple doble inmatriculación regulado en el artículo 209 LH¹²⁵ o la inmatriculación por doble título público, en virtud del artículo 205 LH.

Como se ha advertido previamente, la inscripción en el Registro de la Propiedad se practicará en los términos establecidos en la LH y en la LPAP. En este sentido, esta última ha contemplado que determinadas operaciones registrales específicas puedan acceder a él mediante el traslado de la disposición administrativa que lo contemple o, en su caso, mediante certificación. Se trata de operaciones tales como la inmatriculación, sin perjuicio de determinadas particularidades en su caso, la agrupación, división, agregación y segregación de fincas, siempre que no afecten a terceros, la reanudación del tracto sucesivo interrumpido, que contará con la limitación establecida en el artículo 207 LH, o la cancelación o rectificación de las inscripciones practicadas en favor de las Administraciones públicas. Extremo éste —el de su consideración como título de dominio, por tanto— que ha quedado matizado en la redacción actual de la LH, lo que no obsta para que tenga la consideración de documento administrativo y como tal pueda ser objeto de calificación por los registradores de la propiedad, en cuanto a la competencia del órgano, la congruencia de la resolución con la clase de expediente o procedimiento seguido, las formalidades extrínsecas del documento presentado, los trámites e incidencias esenciales del procedimiento, la relación de éste con el titular registral y los obstáculos que surjan del Registro de la Propiedad.¹²⁶

El propio Reglamento contempla un procedimiento específico que, sobre bienes y derechos de titularidad pública, alcanzará a determinados supuestos. Así sucede respecto de la carencia de un título escrito de dominio de un bien o derecho, así como ante la inexistencia actual o imposibilidad de localizar físicamente el inmueble inscrito, ante situaciones de doble inmatriculación, el derecho de un tercero sobre finca inscrita en favor de una Administración pública u organismo vinculado a la misma, la reanudación del tracto sucesivo interrumpido, así como a la cancelación o rectificación de inscripciones.¹²⁷ A tal efecto, la regulación prevista establece que la regularización registral tendrá acceso al Registro de la

Propiedad mediante la emisión de una certificación administrativa y que, en los términos del artículo 206 LH,¹²⁸ requerirá informe favorable de sus servicios jurídicos y que será expedida por funcionario a cuyo cargo se encuentre la Administración de los mismos, y que acreditará el acto, negocio o modo de su adquisición y fecha del acuerdo de aprobación de la actualización del inventario en el que se encuentre, así como su descripción, naturaleza y destino.¹²⁹ En tal informe, que se solicitará siempre que se funde en su inexistencia o imposible localización o coincidencia con la doblemente inmatriculada o con aquella sobre la que un tercero tenga mejor derecho, se consignará la descripción de la finca.¹³⁰ Del mismo modo, y tras remitirse tales actuaciones a la Abogacía del Estado u órgano de asesoramiento equivalente, se procederá a la emisión de tal informe en el que se constatará la procedencia de su regularización y, en su caso, la preferencia de los títulos y la existencia de un mejor derecho.¹³¹ Practicadas las anteriores actuaciones, se resolverá la expedición de la oportuna certificación, en la cual se harán constar los informes emitidos. A tal efecto, si tiene por objeto la cancelación o rectificación fundamentada en la preferencia de título de un tercero o mejor derecho se especificará tal circunstancia, con un mero carácter informativo. Tras la práctica de la operación registral se comunicará a la Dirección General con competencias en Patrimonio del Estado a los simples efectos de su constancia en el Inventario General de Bienes y Derechos del Estado.

La regulación reglamentaria también se ha extendido sobre los requisitos y contenido de la certificación administrativa¹³² que, a la vista de lo anterior, no alcanza únicamente a la inmatriculación de un bien, sino que en tales términos por su propia naturaleza tendrá la consideración de título válido extendiéndose tanto al objeto de esta última operación como de otras que persigan la correcta regularización de los bienes en el Registro de la Propiedad. Sentado lo anterior, la certificación administrativa incluirá la propia referencia a la inclusión del bien o derecho en el correspondiente Inventario, así como la descripción de la finca, que deberá incluir su situación, linderos y superficie, así como sus datos catastrales, que abarcan, sin duda, a las coordenadas georreferenciadas de los vértices de la parcela, así como a la existencia de cargas o gravámenes; también incluirá el título o modo de adquisición del respectivo bien, con la salvedad de tratarse de un bien o derecho poseído desde tiempo inmemorial en cuyo caso se hará constar tal circunstancia, si no hay posibilidad alguna de incluir el origen de la adquisición, así como la naturaleza patrimonial o demanial, con indicación del departamento u organismo que lo tenga afectado o adscrito, o cuya gestión le corresponde. Del mismo modo, y aunque más adelante se abordará específicamente, la certificación administrativa que tenga por objeto la cancelación o rectificación de una inscripción, que incluirá además una descripción, en el caso de tratarse de la acreditación de su inexistencia o localización material, tendrá por

objeto su cancelación total, con el consiguiente cierre del historial registral de la misma, si bien, en el caso de afectar únicamente a una parte de ella, se rectificará la inscripción mediante la rectificación de la descripción de la finca, en cuanto a situación, linderos y disminución de la superficie, en la forma que especifique la resolución adoptada de acuerdo con el informe técnico solicitado; si se persigue reconocer el mejor derecho o preferencia del título de un tercero sobre el título de la Administración, en situación de doble inmatriculación, y siempre que al efecto se haya expedido informe jurídico correspondiente, perseguirá la cancelación total o parcial del asiento a favor de la Administración, según afecte a la totalidad o parte de la finca y para el supuesto que se reconozca la titularidad, mejor derecho o preferencia del título de un tercero sobre una finca que figure inscrita en favor de la Administración pública, previa emisión nuevamente del informe jurídico correspondiente, o exista resolución estimatoria de una reclamación previa a la vía judicial civil interpuesta por el interesado que se reconozca su titularidad sobre la finca inscrita en tales términos, tendrá por objeto la cancelación total o parcial del asiento a favor de la Administración o su rectificación descriptiva.¹³³

III.4.B. La inmatriculación de los bienes públicos

A la redacción primitiva del artículo 206 LH¹³⁴ respecto de la inmatriculación de los bienes pertenecientes al Estado, la provincia, el municipio o las Corporaciones de Derecho Público y de cuantos servicios organizados formasen parte de ellos, que permitía practicarla en base a la expedición de la oportuna certificación librada por el funcionario que esté al cargo de la Administración correspondiente, expresándose el título y el modo de adquisición, siempre que al respecto no se dispusiese de título escrito de dominio, aspecto suprimido en su redacción actual, le sucedió en el tiempo la reforma introducida en tal precepto por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE, núm. 315, de 31 de diciembre de 1996), que contempló la posibilidad de practicar la inscripción de tales bienes al igual que la declaración de obra nueva, así como de las mejoras y división horizontal de fincas urbanas, siempre que no afecten a terceros, las operaciones de agrupación, división, agregación y segregación de fincas del Estado y de los demás entes públicos estatales certificantes.

La regulación actual introducida por la Ley 13/2015, de 24 de junio, que modifica la redacción dada al repetido artículo, incorpora cambios sustanciales clarificándola,¹³⁵ y en cualquier caso, suprimiendo desde este momento cualquier aplicación de tal precepto a los bienes de la Iglesia Católica.¹³⁶ Y debe tenerse en cuenta a todos los efectos que la regulación prevista en el artículo 206 LH alcanza únicamente a la inmatriculación de bienes públicos, pero no se extien-

de a aquellos supuestos en los cuales no estando inmatriculado dicho bien, las Administraciones públicas procedan a la enajenación a un tercero, de forma que aun a pesar de la expedición de un título administrativo a favor de un privado, este no podrá lograr la inmatriculación de dicho bien por el cauce procedimental previsto en tal precepto.¹³⁷

Sin perjuicio de lo dicho, que delimita su ámbito de aplicación, en este sentido se produce un cambio sustancial al sustituir la mención al «[...] *Estado, el Municipio y las Corporaciones de Derecho Público o servicios organizados que forman parte de la estructura política de aquél* [...]» por «[...] *Administraciones Públicas y las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de aquéllas* [...]»,¹³⁸ lo que sin duda redundará en la modificación, por extensión, del ámbito subjetivo de aplicación, al quedar incluidas de este modo, además de los bienes de la Administración General del Estado y de los organismos de ella o dependientes, a las Comunidades Autónomas y a las Entidades locales y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de ellas.¹³⁹ Y ello por cuanto, además de estarse a lo previsto en este precepto, la regulación sobre el régimen de inscripción de los bienes públicos en el Registro de la Propiedad se contempla con lo dispuesto en la LPAP, y en el reglamento de desarrollo, que incorporan oportuna mención a tal precepto, así como también en su caso, por la respectiva legislación específica, como las costas o los montes.

Con la nueva redacción introducida de tal precepto, se exige ahora la aportación de su título de dominio, siempre que se disponga de él, entendiendo de esta forma que su inexistencia constituye un supuesto excepcional, junto con certificación administrativa expedida previo informe favorable de los servicios jurídicos,¹⁴⁰ y en la que deberá acreditarse el acto, negocio o modo de adquisición¹⁴¹ y la fecha del acuerdo del órgano competente para su inclusión en el inventario correspondiente o, ante su inexistencia, fecha del acuerdo de la última actualización del inventario en el cual resulte su inclusión,¹⁴² debiendo contener la descripción y su naturaleza, de forma que si se trata de un bien patrimonial deberá indicarse su destino o de tratarse de un bien demanial de su eventual afectación, adscripción o reserva. Por tanto, la certificación administrativa, en los términos que contempla la LH, queda limitada a la acreditación de los extremos anteriores, sin que pueda equipararse al título de dominio. Además de lo anterior, siguiendo ese espíritu que impregna la norma respecto de la identificación gráfica de las fincas, la nueva literalidad del repetido precepto establece que a tal efecto deberá aportarse certificación catastral descriptiva y gráfica de la parcela o parcelas que se pretenda o pretendan inmatricular y que deberá corresponderse con la descripción literaria y delimitación geográfica, pues consabido es que desde la entrada en vigor de esta nueva norma se exigirá la completa delimitación geográfica de

la línea poligonal que la defina, contemplándose como salvedad su falta de aportación, en aquellos casos en los cuales el inmueble carezca de ella, y siempre que al efecto se aporte una representación geográfica alternativa. En cualquier caso, esta representación geográfica alternativa que al efecto se presente deberá respetar la delimitación catastral y registral de las colindantes, debiendo adjuntarse informe del Catastro.¹⁴³

El registrador de la propiedad previamente a la práctica de la inscripción, y para evitar el surgimiento de una situación de doble inmatriculación, verificará la previa inmatriculación de todo o parte del inmueble en cuestión. Si advirtiera su existencia denegará la inscripción, existiendo, por tanto, un mandato imperativo, a tal efecto, que en ningún caso puede omitir, previa expedición de certificación sobre tales fincas, que remitirá al organismo interesado junto con la nota de calificación.¹⁴⁴ En tal caso, la calificación negativa expresará de forma motivada las razones en las cuales se funda, que serán, en todo caso, “*objetivas y racionales*”, sin que ello pueda constituir una decisión arbitraria ni discrecional.¹⁴⁵ Pero, además, también deberá denegarla en el caso de apreciarse la invasión del dominio público no inmatriculado si así resulta de la información territorial asociada, tanto respecto de bienes de dominio público como bienes patrimoniales, sean de la misma o distinta administración, puesto que aun a pesar de la falta de regulación expresa, también resulta aplicable la dicción expresamente inserta en los artículos 203 y 205 de la LH,¹⁴⁶ en tanto que en el supuesto que el registrador albergue dudas fundadas sobre la total o parcial coincidencia de la finca cuya inmatriculación se pretende con otra u otras del dominio público que no se encuentren inmatriculadas pero que aparezcan en la información territorial asociada facilitada por las Administraciones públicas deberá denegarla, de forma que tal limitación no opera simplemente cuando se pretenda la inscripción de una base gráfica registral o incluso de una inmatriculación respecto de una bien de dominio privado, sino que, por el contrario, también se extiende al supuesto en el cual se pretenda la inmatriculación de un bien público y su delimitación coincida en todo o en parte con otra finca ya inscrita.¹⁴⁷ De tal interpretación se desprende como elemento determinante que tan solo podrá denegarse la inmatriculación si se aprecian dudas fundadas respecto de la invasión del dominio público recogido en la información territorial asociada, siendo concluyente a tal efecto este último extremo. Y ello precisamente ahonda su fundamento en la especial protección constitucional otorgada a estos bienes. Sin embargo, Alcántara Martín (2018: 269), por cita de la RDGRN de 23 de agosto de 2016 (BOE, núm. 230, de 23 de septiembre de 2016), afirma que «[...] *En las mismas se señalaba la necesidad de utilizar la aplicación informática. Pero se añaden dos notables matices aplicables a los supuestos en que falte la información gráfica: no basta la mera sospecha del registrador para impedir la inscripción solicitada, y es posible*

acreditar la situación física de la finca en cuanto a que no se invade el dominio público, mediante la correspondiente certificación administrativa. Por tanto, en los supuestos en que no pueda establecerse claramente la no invasión del dominio público mediante la utilización de técnicas gráficas, podrá acreditarse que no se produce la misma utilizando la pertinente certificación, pero sin que pueda exigirse dicha certificación con carácter generalizado, sino solo si existen motivos justificados que apunten a dicha posible invasión. [...]»¹⁴⁸; permitiendo, desde esta interpretación, de forma excepcional y como salvedad a la falta de información gráfica en la aplicación informática, su acreditación mediante certificación, siempre que se atestigüe la invasión del dominio público.

Si, por el contrario, no se hubiera constatado dicha circunstancia, el procedimiento registral ordinario culminará practicando la inmatriculación y la publicación del respectivo edicto, haciéndose constar por nota marginal en la finca inmatriculada.¹⁴⁹ Ahora bien, la inmatriculación practicada en tales términos no extenderá los efectos protectores del artículo 34 LH, y del que deriva la proclamación del principio de la fe pública registral,¹⁵⁰ hasta transcurridos dos años desde su fecha.¹⁵¹ Toda inmatriculación que se practique en la actualidad implicará, a su vez, la inscripción de la representación gráfica, sin que tal extremo tenga carácter potestativo (ex artículo 9. letra b) de la LH).

Así, es conveniente advertir, como señala García García (2018: 300), que el régimen actual no contempla la posibilidad de una intervención previa de terceros antes de la inmatriculación, a diferencia de lo que sí sucede respecto de las Administraciones públicas para bienes privados, tampoco para titulares inscritos o colindantes de fincas no inscritas, de forma que únicamente practicada la inmatriculación se procederá a la publicación de edictos y a la notificación a los colindantes mediante el sistema de alertas,¹⁵² apercibiéndoles de que tal trámite no tiene por objeto el inicio de un trámite de alegaciones ante el registrador al objeto de prestar, en su caso, consentimiento a la práctica de la inmatriculación, sino que está ya se ha efectuado, que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y que producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la propia Ley.

Sin embargo, no es la única regulación que contempla la LH sobre la inmatriculación de bienes públicos. Su artículo 204 prevé que pueda obtenerse la inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad cuando se trate de fincas de titularidad pública resultantes de procedimientos administrativos de deslinde. Adviértase, en todo caso, que la ausencia de deslinde no es obstáculo para que puedan existir dudas sobre la posible invasión del dominio público.¹⁵³

Además de lo anterior, la propia dicción del apartado quinto del artículo 206 LH contempla que mediante certificación administrativa se puedan realizar inscripciones consistentes en operaciones registrales de agrupación, división, agre-

gación, segregación, declaración de obra nueva, división horizontal, constitución de conjuntos inmobiliarios, rectificación descriptiva y gráfica o cancelación, siempre que no se vean afectados terceros no citados en el expediente, debiendo cumplirse los requisitos establecidos en la legislación sectorial y aportarse la representación gráfica catastral de la finca o representación alternativa.¹⁵⁴

III.4.C. Las especificidades en la reanudación del tracto sucesivo de bienes públicos.

Además de lo anterior y sin perjuicio de poder tramitar al efecto el expediente de reanudación del tracto sucesivo interrumpido contemplado en la regulación actual,¹⁵⁵ se habilita la posibilidad de realizar esta operación registral específica sobre fincas titularidad de las Administraciones públicas o de las Entidades de derecho público mediante certificación administrativa a la que se refiere el artículo 206 LH,¹⁵⁶ lo que permite articular una vía con mayor flexibilidad,¹⁵⁷ que incluirá oportuna mención al título de adquisición del bien o derecho, así como el tiempo de posesión pacífica de la Administración titular, y que dará por concluso el procedimiento regulado al efecto en la LPAP,¹⁵⁸ considerándose como una operación excepcional, de forma semejante a lo que sucede respecto de los bienes privados, teniendo en cuenta la aplicación del principio de tracto sucesivo a los bienes públicos inscritos en el Registro de la Propiedad. En este sentido, se requerirá que los titulares de las inscripciones contradictorias no hayan formulado ningún tipo de oposición dentro del plazo de los treinta días siguientes a aquel en el cual la Administración les hubiese dado traslado mediante notificación personal o, en defecto de lo anterior, mediante publicación de edictos que será nominal, al objeto de no minorar las garantías de los administrados. Así, la notificación de esta última forma se efectuará siempre que aquella no hubiera podido practicarse, pese a los intentos.¹⁵⁹ A tal efecto, la certificación podrá inscribirse si los interesados no fueran conocidos y la inscripción tuviese más de treinta años de antigüedad,¹⁶⁰ siempre que durante ese plazo no hubiera sufrido alteración y se hubiesen publicado los respectivos edictos con la intención de inscribir tal certificación en el tablón de anuncios del Ayuntamiento y en el Boletín Oficial Estado, así como en el respectivo de la Comunidad Autónoma o en el de la provincia, en función de cuál sea el que la haya expedido, sin que se haya formulado oposición. En este caso, la inscripción que se practique estará afecta por las idénticas limitaciones que la inmatriculación, es decir, no producirá efectos frente a terceros hasta transcurridos dos años desde su fecha.¹⁶¹

La Ley no expresa una distinción temporal respecto de la fecha de inscripción con igual nitidez que lo hace el artículo 208 LH, al diferenciar, en este caso,

aquellas que tengan más de treinta años o bien, aquellas que tengan menos de treinta años, al establecer que en aquellos casos en los cuales la última inscripción de dominio o del derecho real cuyo tracto se pretenda reanudar tenga menos de treinta años de antigüedad, la citación al titular registral deberá efectuarse de modo personal, si bien, un sector doctrinal¹⁶² ha venido considerando que es aplicable con carácter supletorio, en lo no previsto por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, el repetido artículo 208 LH.

III.4.D. El expediente de dominio.

Pero, además de la identificación gráfica de las fincas registrales, como se ha dicho, la nueva Ley 13/2015, de 24 de junio, con las modificaciones que contempló en la LH, se asumió la nueva concepción tendente a la desjudicialización de determinados procedimientos de jurisdicción voluntaria que, hasta ese momento, se venían tramitando en sede judicial. Así, la regulación del expediente de dominio cambió diametralmente, de forma que la nueva redacción del artículo 203 LH contempla una nueva sucesión de trámites, entre los cuales se exige la expedición de certificación acreditativa de la falta de inscripción de la finca, previa solicitud del notario al registrador de la propiedad, quien practicara, en su caso, anotación preventiva de la pretensión de inmatriculación.

En este sentido, debe destacarse, como afirma la RDGRN de 24 de junio de 2016, ya citada, que la certificación no es el medio idóneo para instar la iniciación del expediente de dominio al que se refiere el artículo 203 LH, ni tampoco lo es para solicitar la anotación preventiva a la cual se refiere el mismo precepto. Precisamente, el artículo 203 LH contiene actualmente las reglas que regirán la tramitación de tal procedimiento, advirtiendo que a la iniciación del procedimiento se acompañará título de propiedad de la finca que se pretenda inmatricular, que atribuya el dominio al promotor del expediente y que por el registrador se practicará anotación preventiva. Sin embargo, este mismo artículo incluye una expresa mención respecto de los expedientes de dominio, dado que en el caso que el registrador advirtiese la posible coincidencia total o parcial con otra u otras fincas ya inmatriculadas o con el dominio público, incluso con el dominio público no inmatriculado, que figuren en la información territorial asociada facilitada por las Administraciones públicas, notificará tal circunstancia a la entidad u órgano competente, adjuntando la correspondiente certificación catastral descriptiva y gráfica, quien deberá emitir informe correspondiente en el plazo de un mes desde la recepción de la notificación.¹⁶³ Ante esta situación, se abren dos situaciones; si la Administración manifiesta oposición a la inmatriculación o no remitiéndose el informe en plazo, el registrador continúa albergando dudas sobre

la posible invasión del dominio público, denegará la anotación, notificando su calificación al notario, al objeto de proceder al archivo de las actuaciones. En tal circunstancia, se motivará la decisión que se trasladará junto con la certificación y cuantos datos procedentes de la información territorial hayan sido utilizados y, en su caso, certificación literal de la finca o fincas que estime coincidentes. En ambos casos, el registrador denegará la anotación; no lo hará si la Administración se manifiesta de forma favorable a ello o sin emitir el correspondiente informe, el registrador no conserva las dudas acerca de la posible invasión del dominio público. En cualquier caso, recibida la comunicación del Registro acreditativa de la extensión de la anotación, el notario comunicará la pretensión de inmatriculación, entre otros, al Ayuntamiento en que esté situada la finca, así como a la Administración titular del dominio público.

III.4.E. La doble inmatriculación registral

Ya se ha indicado que la doble inmatriculación es una de las operaciones registrales a las cuales presta atención la LPAP, así como también el artículo 48 del Reglamento de la LPAP, en tanto que se trata de uno de los supuestos de regularización registral. En este punto, resulta preceptivo abordar específicamente los términos de esta situación patológica cuando resulte entre bienes públicos, entre ellos o, al menos, uno de ellos sea de titularidad de las Administraciones públicas.

Por doble inmatriculación o, en general, múltiple inmatriculación registral se entiende aquella situación en la cual una misma finca o parte de ella, puesto que también puede suscitarse un supuesto de doble inmatriculación parcial,¹⁶⁴ conste inscrita en el Registro de la Propiedad dos o más veces en folios registrales distintos e independientes entre sí y, por tanto, con un número de finca distinto,¹⁶⁵ lo que supone una clara contradicción al principio de folio real único,¹⁶⁶ suponiendo una neutralización de cualquier efecto positivo que resulte de la publicidad del Registro de la Propiedad. Sin embargo, fruto también del reciente impulso al objeto de la identificación gráfica de las fincas registrales, ante la constatación de una previa inscripción gráfica georreferenciada, es posiblemente afirmar, como así lo han destacado algunos autores, que esta situación patológica es «[...] *como consecuencia del carácter exclusivamente literario de la descripción de las fincas; por tanto, estamos ante una patología de carácter literario, que no gráfico* [...]»,¹⁶⁷ de forma que, inscrita la representación gráfica de una finca, no resultará posible la inscripción de otra que invada, aun parcialmente la anterior, sin que previamente se ha rectificado.

Como ya se ha advertido, para el éxito inicial de cualquier procedimiento que trate de solventar una doble inmatriculación registral en este específico ámbito

debe iniciarse previamente un expediente administrativo en el cual se aprecie dicha circunstancia. Y así resulta precisamente del marco regulatorio actual, que viene a completar las específicas previsiones del artículo 206 LH respecto de la inmatriculación o inscripción de los bienes públicos, dado que el artículo 209.2 LH incluye una previsión específica al respecto, matizando que las reglas establecidas en el mencionado precepto respecto de la tramitación de un expediente para la resolución de una situación de doble inmatriculación que, por otra parte, se sitúa en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, se entenderán sin perjuicio de lo establecido en el apartado 4 del artículo 37 LPAP, y demás disposiciones concordantes.¹⁶⁸ Ya se ha dicho que este último precepto, respecto del alcance de la certificación administrativa con ocasión de la cancelación o rectificación de las inscripciones en favor de las Administraciones públicas, será título suficiente en aquellas situaciones de este tipo en las cuales se reconozca el mejor derecho o preferencia del título de un tercero sobre el de la Administración pública y siempre que al efecto medie informe de la Abogacía del Estado o del órgano correspondiente de la Administración actuante. La RDGRN de 22 de noviembre de 2016 (BOE, núm. 302, de 15 de diciembre de 2016), que resuelve un recurso interpuesto frente a una nota de calificación desfavorable de un registrador, ha reconocido la prevalencia de tramitar el procedimiento específico al que se refiere el citado precepto de la LPAP y, en su caso, por las normas de desarrollo frente al procedimiento contemplado en el artículo 209 LH, estando justificado que por el registrador se haya recabado de la Administración la información pertinente al objeto de determinar la posible tramitación de un procedimiento de doble inmatriculación, puesto que, como afirma «[...] *pues debe evitarse iniciar la tramitación del procedimiento previsto en el artículo 209 de forma paralela y estéril a otro procedimiento administrativo con igual objeto y trámites específicos, considerando, además, la prevalencia que la Ley Hipotecaria atribuye a las results de dicho eventual procedimiento administrativo.* [...]».¹⁶⁹ Para Arrieta Sevilla (2018: 324–325), con esta interpretación, se persigue conocer cuál es la posición al respecto de la Administración y no debe resultar óbice para que otro particular pueda instar el procedimiento al que se refiere el artículo 209.1 LH, puesto que de tal forma podrá anotarse dicha circunstancia por nota al margen de la última inscripción de dominio extendida en el folio de cada uno de los historiales coincidentes, de acuerdo con la regla tercera del citado precepto, si bien, la mera circunstancia de apreciar la existencia de tal patología, al menos, en un bien público exigirá la iniciación del procedimiento al que se refiere el repetido artículo 37.4 LPAP.¹⁷⁰ Y, ello sin perjuicio de determinadas previsiones contempladas en la legislación sectorial que impiden de facto hacer uso de este procedimiento para resolver situaciones de este tipo, como así sucede con el deslinde de montes, ya citado.

Sin embargo, la doctrina¹⁷¹ ha entendido una clara diferenciación al respecto. De un lado, en aquellos supuestos en los cuales apreciada una situación de doble inmatriculación se aprecie que el historial registral de la finca de la Administración pública es de mejor condición se estará a la tramitación del procedimiento previsto en el artículo 209.1 LH que, de resultar negativo, podrá judicializarse y cuyo conocimiento corresponderá al orden jurisdiccional civil. Si, por el contrario, la Administración reconoce que dicha finca pertenece a un tercero y no es de su propiedad, de forma que este ostente mejor derecho o preferencia del título sobre el que ostente la Administración pública se aplicará el artículo 37.4 ya citado, expidiendo al efecto certificación administrativa en la que conste tal circunstancia, que será título suficiente para la cancelación o rectificación si procediese de las inscripciones practicadas en favor de estas últimas que, en todo caso, deberá contar con un informe preceptivo de la Abogacía del Estado o, en defecto de ello, del órgano asesor correspondiente de la Administración de la cual se trate. Y, todo ello, sin perjuicio de la facultad del titular registral que lo considere de entablar la acción pertinente en la jurisdicción civil.

IV. LA PROTECCIÓN ADICIONAL DE LOS BIENES PÚBLICOS EN LA VIGENTE LEGISLACIÓN REGISTRAL: LA TRASCENDENCIA DE LA INSCRIPCIÓN DE LA DELIMITACIÓN GEOGRÁFICA DE LA FINCA

Sin duda, los recientes cambios en el marco regulatorio de la propiedad inmobiliaria también han trascendido a los bienes públicos y en ello ha acentuado la atención la reciente reforma de la LH, dada por la Ley 13/2015, de 24 de junio que, como se ha advertido, paralelamente a la desjudicialización de los procedimientos de jurisdicción voluntaria que anteriormente se tramitaban en sede judicial, asumió definitivamente la representación gráfica de las fincas registrales de acuerdo con la cartografía catastral al constituir su base al objeto de la determinación material del derecho de propiedad. Y tal aspecto es especialmente trascendente, dado que con la inscripción de la representación gráfica se trata de impedir que una misma porción de terreno físico figure en el Registro de la Propiedad en dos folios reales distintos, de forma que si consta previamente inscrita una representación gráfica no podrá inscribirse otra si coincide en todo o en parte con la anterior, pretendiendo evitarse con ello, entre otros, situaciones patológicas de doble o múltiple inmatriculación registral. En este sentido, no cabe omitir que la información catastral, en tanto referida al territorio, constituye una herramienta verdaderamente trascendente en el ámbito de los bienes públicos y, especialmente, del demanio. Precisamente, en su identificación y delimitación adquiere una función relevante, puesto que a través de él se podrá diferenciar el alcance de la

delimitación de los bienes privados y públicos, acrecentando la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario.

IV.1. LA REPRESENTACIÓN GRÁFICA COMO MÉTODO DE PROTECCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO

La reforma operada en el año 2015 también incidió en la literalidad del artículo 9 LH, al incorporar una nueva redacción sobre las circunstancias que debería consignar cada inscripción. Entre ellas, se encuentra la representación gráfica, que aportada con el título que se pretenda inscribir, será objeto de calificación y, en su caso, de inscripción y consecuente incorporación al folio real «[...] *siempre que no se alberguen dudas por el Registrador sobre la correspondencia de dicha representación y la finca inscrita, valorando la falta de coincidencia, siquiera parcial, con otra representación gráfica previamente incorporada, así como la posible invasión del dominio público* [...]». Este aspecto, que no encuentra mención expresa en el artículo 206 LH, se identifica, en cierto modo, con la literalidad del artículo 205 LH en cuanto prescribe la regulación del procedimiento inmatriculador, incluyendo al efecto que «[...] *El Registrador deberá verificar la falta de previa inscripción de la finca a favor de persona alguna y no habrá de tener dudas fundadas sobre la coincidencia total o parcial de la finca cuya inmatriculación se pretende con otra u otras que hubiesen sido previamente inmatriculadas*. [...]». Además, tales previsiones se ven reforzadas, si cabe, con ocasión de la inscripción de declaraciones de obra nueva de aquellas construcciones, edificaciones e instalaciones que, por haber transcurrido el plazo de prescripción, no puedan ser objeto de demolición. Precisamente, el artículo 28.4.1.ª a) del vigente texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (BOE, núm. 261, de 31 de octubre de 2015) establece que con ocasión de calificación registral de los documentos públicos de declaración de obra nueva, el registrador, entre otros extremos, constatará que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general.

En este contexto y al objeto de determinar las especificaciones técnicas, de acuerdo con lo establecido en la Ley 13/2015, de 24 de junio, y con el sumo propósito de lograr de una manera efectiva los propósitos perseguidos por esta última, primeramente la Resolución de 26 de octubre de 2015, conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General de Catastro, por la que se regulan los requisitos técnicos para el intercambio de información entre el Catastro y los Registros de la Propiedad (BOE, núm. 260, de 30 de octubre de 2015), y más adelante en el tiempo, la Resolución de 23 de septiembre de 2020, conjunta de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fé

Pública y de la Dirección General del Catastro (BOE, núm. 269, de 10 de octubre de 2020), que incluyó ciertas especificaciones técnicas complementarias para la representación gráfica de las fincas sobre la cartografía catastral, han venido a definir el sistema para la correcta inscripción de las respectivas representaciones gráficas de las fincas registrales, permitiendo con ello definir con mayor exactitud los efectos de la inscripción registral, ofreciendo mayor seguridad y certeza al tráfico inmobiliario. La primera ya incorporó una mención específica respecto de los bienes de dominio público al contemplar expresamente, en relación con la representación gráfica georreferenciada alternativa, que esta última debería estar representada sobre la cartografía catastral, entendiendo a este respecto que el artículo 10 LH establece, como se advirtió, que la cartografía catastral constituiría la base de la representación gráfica de las fincas registrales que estaría a disposición de los registradores de la propiedad, de forma que aquella comprendería todas las parcelas catastrales que debían ser objeto de alteración o modificación, bien de forma total o parcial, incluyendo las parcelas catastrales o bienes de dominio público colindantes cuando resulten afectados, determinando al efecto las partes afectadas y no afectadas.¹⁷²

Esta última, sin embargo, ya desde su exposición, ahondó todavía más si cabe en ello, de forma que, en relación con los bienes públicos, además de destacar el mandato inserto en la LPAP, para la inscripción de todos los bienes en el Registro de la Propiedad, asumió de forma contundente la coordinación como uno de sus objetivos. En este sentido afirmó que «[...] *es un principio básico la protección del dominio público, de modo que tanto el Catastro como el Registro de la Propiedad han de velar por su preservación, evitando cualquier tipo de invasión o menoscabo del mismo* [...]». En este sentido, y sin perjuicio de las particularidades que al efecto contemple la legislación sectorial, a la cual se ha extrapolado dicha circunstancia, la repetida resolución ha contemplado especificaciones propias respecto de la propia representación gráfica de los bienes de dominio público y la determinación de las relaciones entre el dominio público y las fincas o parcelas colindantes afectadas.

En relación con el segundo de los supuestos, además de establecer que en aquellas situaciones en las cuales el dominio público haya sido deslindado mediante resolución administrativa o judicial firme, la representación gráfica de las fincas será la resultante de las coordenadas establecidas en dicho procedimiento, debiendo ser respetada, en tanto no se proceda a su revisión de conformidad con la normativa aplicable —de lo que se extrae que aquellas representaciones gráficas catastrales o alternativas que se presenten a calificación y que lo invadan serán despachas negativamente—, contempla la posibilidad de aportar representación gráfica georreferenciada alternativa por la Administración pública, si bien, en el supuesto de afectar a las parcelas catastrales colindantes deberá aportar

informe de validación gráfica alternativo positivo, con el condicionante de la corrección de las discrepancias en la forma determinada debiendo practicarse las notificaciones a los titulares catastrales y registrales afectados en los términos del artículo 199 LH, de forma que en el caso de la mera oposición del titulares de alguna de las parcelas catastrales colindantes el registrador decidirá conforme a los criterios generales a salvo de la existencia de un expediente de deslinde, lo que implicará el cierre del procedimiento registral para evitar duplicidades. Sin embargo, tales determinaciones no quedan limitadas a lo anterior. Para el caso de contemplarse alguna intersección de la representación gráfica alternativa con alguna representación gráfica ya inscrita, será preceptiva la rectificación previa, mediante el consentimiento expreso del titular registral, si bien, con el propósito de inscribir el resto de la finca, se contempla la posibilidad de excluir dicha parte. Ahora bien, en este último supuesto, si ello deriva de la presentación de una representación geográfica alternativa deberá tramitarse igualmente el procedimiento al que alude el artículo 199.2 LH que, en síntesis, remite a las reglas insertas en el artículo 199.1 LH, si bien, una vez tramitado, en el que se notificará a los titulares catastrales colindantes afectados, incorporará la representación gráfica alternativa al folio real, y lo comunicará al Catastro con la finalidad de incorporar la rectificación que corresponda, pudiendo hacerse constar el estado de «*pre-coordinada pendiente de procesamiento*», si así lo acuerda el registrador de la propiedad y no se trata de un dominio público deslindado.¹⁷³

De lo anterior se deducen tres situaciones claramente diferenciadas con tratamiento específico. De una parte, si el bien de dominio público ha sido deslindado y del procedimiento resultan unas coordenadas que definen la línea perimetral cerrada de la finca, en cuyo caso, no se podrá instar ninguna modificación, estando a resultas de la normativa aplicable que determine la forma de su modificación y, de otro, bien el caso que se pretenda la inscripción de una representación gráfica por parte de la Administración pública de un bien de dominio público e invada presumiblemente parcelas catastrales y registrales, en cuyo caso la inscripción se seguirá por los trámites regulados en el artículo 199 de la LH, o bien, que un particular inste la inscripción de una representación gráfica y pueda producirse una invasión del dominio público. Sin embargo, para un sector de la doctrina uno de los aspectos más significativos de la reforma es la falta de obligatoriedad de la inscripción de la representación gráfica respecto de este tipo de bienes, puesto que, si bien es cierto que es exigible con carácter imperativo para determinadas operaciones específicas como sucede con la inmatriculación, parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde, no sucede lo mismo con ellos, de forma que sin perjuicio de que así suceda si se trata de alguno de los supuestos anterior-

res no se contempla con ocasión de fincas que hubieran accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma.¹⁷⁴

Además del régimen general determinado al efecto por la legislación hipotecaria, en materia de montes, la reforma operada al efecto por la Ley 21/2005, de 20 de julio, por la que se modifica la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes (BOE, núm. 173, de 21 de julio de 2015), en cierto modo ya bajo el espíritu de la identificación gráfica de las fincas y con el propósito de reforzar «[...] *las disposiciones que permiten la defensa del Dominio Público Forestal en lo que se refiere a recuperación posesoria, deslinde, adquisición preferente y derechos de tanteo y retracto*. [...]», estableció la necesidad de acompañar a la certificación que permitiría la inscripción del monte a favor de la Administración titular o gestora de un plano topográfico georreferenciado del monte o levantado para el deslinde que debería estar debidamente georreferenciado, acompañando al efecto la certificación catastral descriptiva o gráfica en la que conste la referencia catastral del inmueble o inmuebles afectados, estando a lo dispuesto en la legislación hipotecaria sobre la inscripción de la representación gráfica.¹⁷⁵ Específicamente, y ante la práctica de un deslinde de montes, deberá igualmente determinarse su cabida y posesión mediante plano georreferenciado si se dispone de él, de acuerdo con los documentos acreditativos de la titularidad, incluidas situaciones de posesión cualificada, así como mediante la cartografía catastral y la certificación catastral descriptiva y gráfica del inmueble o inmuebles afectados.¹⁷⁶

IV.2. LA TRANSCENDENCIA DE LA CALIFICACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN GRÁFICA

IV.2.A. La notificación previa a la Administración colindante.

También el nuevo marco legal dado por esta Ley ha afectado a la inmatriculación de fincas de dominio privado, persiguiendo de tal modo dotar de mayor seguridad jurídica a la transmisión de bienes inmuebles, exigiéndose la acreditación de la adquisición de la finca al menos un año antes del otorgamiento del título público traslativo de dominio cuyo acceso al Registro de la Propiedad se pretende, también mediante título público, siempre que exista identidad en la descripción contenida en el título inmatriculador,¹⁷⁷ adquiriendo carácter preceptivo la inscripción de la representación georreferenciada de la finca.¹⁷⁸ A tal efecto, y con carácter previo a su práctica y sin perjuicio de la obligatoriedad de la inscripción de los bienes públicos a la cual se refiere la LPAP, si el registrador de la propiedad alberga dudas fundadas sobre la coincidencia total o parcial de la finca cuya inmatriculación se pretende con otra u otras de dominio público que no estén inmatriculadas pero que figuren en la información territorial asociada faci-

litada por las Administraciones públicas notificará tal circunstancia a la entidad u órgano competente, acompañando la certificación catastral descriptiva y gráfica, con el propósito de emitir el correspondiente informe, de forma tal que éste será vinculante para el registrador si manifiesta su oposición, pero también denegará la inscripción si no emitiéndose el informe en plazo conserve, aun con todo, dudas sobre la posible invasión del dominio público.¹⁷⁹ Este extremo permite situar a la Administración pública en una situación claramente privilegiada, como ha destacado un sector de la doctrina,¹⁸⁰ a diferencia de los restantes colindantes a quienes tan solo les será comunicada la inmatriculación, tras levantar acta de la inscripción, y no con carácter previo con la pretensión de la inmatriculación. Si bien, no constituye una regla general siempre que se deduzca tal circunstancia sobre una determinada finca, quedando sujeta a la apreciación del registrador de la propiedad, permite advertir, con todo, una situación desigual respecto de los sujetos privados a quienes no se les confiere la apertura de trámite de oposición con carácter previo a la inmatriculación.

IV. 2.B. La posible invasión del dominio público como causa de calificación negativa por el registrador

Y, en este sentido, como ya se advirtiera en su momento, con ocasión de la inmatriculación o, en su caso, con la inscripción de la representación gráfica, operación en la cual los registradores de la propiedad deberían verificar la falta de inscripción y ello, precisamente, porque a ellos incumbe también la misión de impedir la práctica de inscripciones que puedan implicar una invasión del dominio público,¹⁸¹ se producirá la calificación de su representación gráfica, constituyendo este último extremo una de las causas de la calificación negativa y, por consiguiente de denegación de su inscripción «[...] pues el dominio público, por la inalienabilidad que le define, supone, precisamente, la exclusión de la posibilidad de existencia de derechos privados sobre esta concreta porción del territorio catalogada como demanial. [...]».¹⁸² Este aspecto resulta relevante dado que la protección del dominio público no se alcanza únicamente con la inscripción de la respectiva representación gráfica, si no que, por el contrario, aquel que no se encuentre inscrito también será objeto de salvaguarda,¹⁸³ al impedir la inscripción de la representación gráfica que aun presuntivamente lo invada, lo que implica, en síntesis, dotar de un mecanismo de protección adicional de las fincas demaniales de aquellas que no tienen tal consideración. Ello, es lo que ha venido en denominarse por la doctrina como «*principio de protección del dominio público*»,¹⁸⁴ que se funda en los preceptos de Derecho administrativo que regulan la inscripción de los bienes públicos, así como de determinadas previsiones insertas

en la legislación sectorial como sucede con los informes previos que deberán emitir las Administraciones públicas en materia de montes o el certificado en materia de costas y en la legislación hipotecaria. Existe, por tanto, una obligación al respecto por parte de los registradores de la propiedad, por el propio carácter que adquieren tales bienes, efectuándose en la propia calificación de los documentos. En este sentido, no puede omitirse que el artículo 18 LH establece que «[...] *Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro.* [...]». De tal forma, mediante la calificación registral se lleva a cabo, por parte de los registradores de la propiedad, el control de legalidad del sistema de publicidad registral.¹⁸⁵ Con ella se pretende, además, evitar dobles inmatriculaciones, ni siquiera parciales, que incluso puedan invadir el dominio público ya inscrito.¹⁸⁶ El artículo 199 LH, con ocasión de la regulación de la inscripción de la representación gráfica, que como expresa su apartado primero, completará la descripción literaria, es claro al respecto, el registrador “denegará” la inscripción de la representación gráfica, si coincide plenamente o de forma parcial con el dominio público, extremo que deberá ser comunicado a la Administración titular del inmueble afectado. Si bien, ante otras situaciones, corresponde al registrador decidir motivadamente, en este caso, no se permite hacerlo, imponiendo un mandato imperativo, denegando su inscripción ante esta circunstancia. En definitiva, por tales motivos, este es uno de los extremos en los cuales adquiere mayor relevancia la reforma de la legislación hipotecaria introducida por la Ley 13/2015, de 24 de junio. Como señala Alcántara Martín (2018: 266), «[...] *la posible invasión se pondrá de manifiesto de forma sencilla al comparar las representaciones gráficas de las fincas* [...]»,¹⁸⁷ y aunque previamente también se contemplaba una previsión de tal naturaleza, la falta de identificación gráfica lo dificultaba enormemente.

Ante esta situación, en aquellos casos en los cuales se aprecie la posible invasión del dominio público será suficiente que la Administración pública muestre oposición, sin que tal circunstancia revista de certeza total sobre la condición de dominio público,¹⁸⁸ ni tampoco es exigible en este sentido la existencia de una resolución definitiva de un procedimiento de deslinde o pronunciamiento judicial, siendo «[...] *suficiente el informe suscrito por el legítimo representante de la Administración en el que funde su oposición, pues, si bien su eficacia jurídica es necesariamente limitada, es sin embargo suficiente para motivar la calificación registral negativa* [...]». ¹⁸⁹ En este sentido, y practicadas las notificaciones previas a la inscripción a la Administración pública titular del bien, se aprecia que se han adoptado, por el registrador, las medidas oportunas en orden a la

protección del demanio, en tanto que, como subraya la propia Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, esa inscripción como terreno de dominio privado implicará la asunción de graves consecuencias para la Administración, así como también para el propietario y eventuales terceros afectados, considerando los caracteres de los bienes públicos.¹⁹⁰ Aspecto que, además, se ve reforzado en los términos de lo dispuesto en el artículo 10.5 LH con ocasión de la inscripción de la representación gráfica georreferenciada, puesto que asumir la inscripción de una representación de tal naturaleza sobre la que se aprecie fundadamente la invasión del demanio público implicaría dotar de eficacia, en cuanto a la presunción geográfica y linderos, de acuerdo con el principio de especialidad registral, un espacio físico que no es susceptible de propiedad privada. En este sentido, la posición de la DGSJFP es contundente al respecto «[...] *no puede admitirse la inscripción de la georreferenciación en esas circunstancias, pues se estaría introduciendo una inexactitud en el contenido del Registro.* [...]».¹⁹¹

En este sentido, debe advertirse que la protección registral que la ley concede al dominio público, precisamente por su inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, que tiene su fundamento en el ya citado artículo 132 CE, no se limita únicamente al dominio público que ya figura inscrito. Tal protección se extiende sobre el dominio no inscrito¹⁹² de forma que aun a pesar que no se encuentre inscrito, el registrador si aprecia dudas fundadas al respecto denegará cualquier inscripción mediante la calificación negativa. Precisamente, ante dicha circunstancia y como previamente se advirtió, la legislación sectorial, como así sucede con la LM exige la previa emisión de un informe que concluya que la finca que pretende ser objeto de inscripción no invade el dominio público.¹⁹³

V.2.C. La inscripción de la representación gráfica.

En línea con lo ya expuesto, este nuevo marco legal, dado en consecuencia por la Ley 13/2015, de 24 de junio, además de asumir la cartografía catastral como la base de representación gráfica de las fincas registrales, que estará a disposición de los registradores de la propiedad,¹⁹⁴ contempló, como paso previo a la incorporación de la representación gráfica al folio real de cada una de las fincas, la oportuna valoración por el registrador, quién para ello, además de no albergar dudas entre su correspondencia y la finca inscrita, así como la falta de coincidencia con otra representación ya incorporada, deberá constatar que no se produce una invasión del dominio público.¹⁹⁵ Extremo este último que consolida el carácter preventivo de la actuación del registrador en aras de la protección del demanio. Y ello, precisamente, dado que como razona Arrieta Sevilla (2018: 324) la prevención de la invasión registral de los inmuebles de titularidad pública

es una de las cautelas impuestas a los registradores, lo que queda precisamente patente, con la obligación de verificar la previa inscripción denegándola si se aprecia la posible invasión del dominio público o mediante la notificación si se inmatriculan fincas colindantes con este último.¹⁹⁶

Pero, además, la inscripción de la representación gráfica, que se producirá mediante la aportación de la correspondiente certificación catastral descriptiva y gráfica, de cuya información ofrecida resultará su ubicación y delimitación gráfica y, a través de ello, sus linderos y superficie, adquiere un tratamiento especial en aquellos casos en los cuales se pretenda, constando ya inscrita la finca, de forma tal que si ésta coincidiera en todo o en parte, bien con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, denegará su inscripción, comunicándose este último extremo a la Administración titular del inmueble que se vea afectado. La propia literalidad del precepto implica un mandato de carácter imperativo, es decir, no permite hacerlo con carácter facultativo, de forma que, a diferencia del trámite de notificación a los titulares registrales del dominio de la finca si no hubieran iniciado el trámite, así como a los titulares de las fincas registrales colindantes, que podrán efectuar alegaciones, de forma que a resultas de ello el registrador decidirá de forma motivada, según su criterio, en este caso, si tal representación coincide con el dominio público, la Ley contempla su calificación negativa, sin perjuicio de su ulterior recurso; la posibilidad de instar un deslinde se contempla para aquellos casos en los cuales se deniegue la incorporación de la certificación catastral descriptiva y gráfica.¹⁹⁷ En definitiva, este nuevo marco normativo persigue impedir la inscripción de fincas que impliquen una invasión del dominio público.

Debe tenerse en cuenta la significación de los efectos jurídicos de la inscripción de la georreferenciación de las fincas registrales, a cuyo efecto el artículo 10.5 LH es extremadamente relevante. La DGSJFP ha destacado que «[...] *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, trámites, garantías y 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. [...]*».¹⁹⁸ De este modo, se superan los limitados efectos de los datos descriptivos de las fincas registrales,¹⁹⁹ permitiendo cumplir nítidamente el principio de especialidad registral en tanto que determina la necesaria concreción del objeto sobre el cual se extiende el derecho inscrito.²⁰⁰

En cualquier caso, tales prevenciones también se darán con ocasión de los expedientes de mayor cabida, en virtud de los cuales se pretenda la rectificación

de la superficie registral por aquella otra que resulte de la realidad física²⁰¹ o de la representación gráfica.

IV.2.D. El alcance del principio de fe pública registral respecto de la inscripción del dominio público.

Considerando que el principio de fe pública registral es uno de los elementos trascendentales del sistema tabular, puesto que, conforme a lo prescrito a él, el tercero que de buena fe hubiera adquirido a título oneroso un bien de quien en el Registro aparezca con capacidad para transmitirlo, será mantenido en su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque se anule o resuelva el derecho de su transmitente por causas que no consten en el mismo registro. Aunque este principio está dirigido esencialmente al ámbito privado, «[...] *puede tener especial incidencia respecto de unas fincas demaniales o sujetas a limitaciones derivadas del dominio público* [...]».²⁰² En él, en suma, se articula la significación de la publicidad del registro. En este sentido, es oportuno valorar la posición que adquiere un tercero que se situó en esta posición y adquiriera una finca que invada el dominio público por haberse así inscrito la representación gráfica georreferenciada. No ha sido pacífica la posición doctrinal,²⁰³ existiendo al respecto dos posiciones claramente diferenciadas; de una parte, aquella que considera la inoponibilidad del dominio público frente al tercero hipotecario, partiendo al efecto de los principios hipotecarios; de otra, quien considera que la naturaleza de los bienes de dominio público parte de la propia ley y no pueden ser perjudicados con la inscripción registral, con independencia del título de adquisición.²⁰⁴

La DGSJFP,²⁰⁵ siguiendo la interpretación previa del TS,²⁰⁶ ha asumido esta última posición, al advertir que si tras la hipotética inscripción de la georreferenciación pretendida, la Administración pública resultase ser titular extrarregistral del dominio público, dispone a su alcance del ejercicio de potestades como la potestad de deslinde o la potestad de recuperación de aquel espacio que se considere invadido, considerando que frente a esta situación no puede oponerse el principio de fe pública registral y ello por cuanto solo puede determinar posibles conflictos entre titulares de dominio privado, pero no cuando se suscite respecto de bienes de dominio público, puesto que son imprescriptibles, con independencia que exista una georreferenciación previamente inscrita y ello dado que la propia legislación contempla el ejercicio de «[...] *posibles acciones de deslinde, reivindicación y recuperación posesoria del dominio público, dado que éste se rige por el principio constitucional inalienabilidad e imprescriptibilidad proclamado en el artículo 132 de nuestra Carta Magna*». [...]»²⁰⁷ situándose frente al propio artículo 34 LH. En tales casos, la titularidad no nace del tráfico jurídico basado en

el Registro de la Propiedad, sino que lo hace en base a la Ley.²⁰⁸ Lo cual, no constituye obstáculo alguno para la exigencia de responsabilidad a la Administración titular, precisamente por haber incumplido su obligación de inscribir el dominio público, puesto que, sin perjuicio de invocar tal principio, podría alegar el «[...] *principio general de protección de la buena fe y apariencia legítima y el de responsabilidad patrimonial por los actos y omisiones administrativas*, [...]».²⁰⁹ De esta forma, la doctrina de la DGSJFP considera que la aplicación de tal principio se extiende a la adquisición de una finca con una determinada georreferenciación previamente inscrita entre titulares de dominio privado, pero no lo hace, como regla general, para proteger al titular registral inscrito conforme al artículo 34 LH de las acciones de deslinde, reivindicación y recuperación posesoria del dominio público, precisamente por tener la consideración de inalienables e imprescriptibles.²¹⁰ En consecuencia, las propias notas características de los bienes públicos impiden cualquier oponibilidad frente a terceros de la adquisición de dominio de una finca debidamente georreferenciada cuando se aprecie y manifieste que el titular extrarregistral lo constituyen bienes de este tipo.

IV.3. LA APLICACIÓN TERRITORIAL ASOCIADA.

Bajo el presupuesto de asegurar y definir sobre el espacio físico los efectos de la inscripción registral y en el contexto de la identificación gráfica de las fincas registrales y, además, con el sumo propósito de evitar el surgimiento de situaciones patológicas como la doble o en general múltiple inmatriculación registral en tanto que se produce una neutralización de los asientos y, en definitiva, de los principios que aseguran la efectividad del sistema tabular, la Ley 13/2015, de 24 de junio incluyó de forma paralela a la regulación de la inscripción de la representación geográfica de la finca registral, la necesidad de dotar a los registradores de la propiedad de un mecanismo que permitiera conocer tal circunstancia. Al efecto, la nueva redacción del artículo 9 LH, que superaba su mera redacción anterior en la que únicamente contemplaba, con carácter potestativo, la posibilidad de completar la descripción literaria de la finca con la identificación de la finca mediante la incorporación al título inscribible de una base gráfica con arreglo a un sistema de coordenadas geográficas, establecía ahora, tras la reforma, la situación física detallada como uno de los extremos que deberá contemplar la inscripción, estableciendo la posibilidad de incorporar la representación gráfica en ciertas operaciones y manteniendo su exigibilidad en otras, adujo la creación de la información territorial asociada, disponiendo al efecto que todos los registradores tendrían a su disposición un elemento auxiliar de calificación, consistente en una aplicación informática suministrada y diseñada por el Colegio de Regis-

tradores e integrada en un sistema informático único, que rigiéndose por el principio de neutralidad tecnológica, sirviera para el tratamiento de representaciones gráficas, permitiendo relacionarlas con las descripciones contenidas en el folio real, y con el sumo propósito de conocer las limitaciones al dominio derivadas de su clasificación y calificación medioambiental o administrativa, y de prevenir la invasión del dominio público.²¹¹ Alcántara Martín (2018: 253) ha sido concluyente al destacar el alcance del sustantivo y los dos adjetivos que la califican. De un lado, «*información*», en tanto referida a la publicidad o conocimiento de los caracteres físicos de las fincas; de otro, «*territorial*», en tanto que referida a una porción de territorio reflejada cartográficamente y, finalmente, «*asociada*», ya que no es objeto de inscripción, de forma que su acceso al Registro de la Propiedad se produce mediante su implementación en el sistema informático. En definitiva, se trata de la preceptiva disposición en cada Registro de la Propiedad de una «[...] *una aplicación informática [...] debidamente homologada y uniforme, que permite el manejo de las representaciones gráficas. [...]*».²¹²

En este sentido, tal información territorial, de naturaleza esencialmente administrativa,²¹³ estaría puesta a su disposición a través de la aplicación gráfica registral que debía permitir conocer las limitaciones públicas al dominio privado, mediante la consulta de servicios de mapas web, conocer, enlazando e interoperando visualmente, realizando, en su caso, un análisis de contraste con la cartografía catastral, así como con cualesquiera otras debidamente georreferenciadas y aprobadas por las Administraciones competentes en materia de territorio, dominio público, urbanismo o medio ambiente, que fueran relevantes para el conocimiento, ubicación y delimitación de los bienes de dominio público,²¹⁴ incluyendo cartografías o planimetrías aprobadas por las Administraciones públicas con competencias en la materia,²¹⁵ que en atención a lo previsto en la disposición adicional quinta de la Ley 13/2015, de 24 de junio trasciende a los planes urbanísticos, estableciendo, al efecto, una obligación para los municipios, en virtud de la cual deberían poner a disposición de los registradores, para su incorporación a la aplicación, mediante un servicio de mapas web, todos los planos urbanísticos generales y de desarrollo, debidamente georreferenciados y metadados, así como sus modificaciones debidamente aprobadas y que se encuentren en vigor.²¹⁶ De tal forma, como asevera Alcántara Martín (2018: 254), siguiendo a Fandos Pons (2016: 670), concluye que la información proveniente de dicha aplicación permite constatar y prevenir, en su caso, mediante la calificación registral, la posible invasión del dominio público.²¹⁷

La trascendencia, además, de la información proporcionada desde este punto de información territorial es sumamente relevante, por cuanto, como previamente se ha indicado, la constatación de la invasión del dominio público por una representación gráfica deberá hacerse previamente mediante este instrumento, y si de la

información que resulte de ella se aprecia dicha circunstancia, se evacuarán los trámites pertinentes, denegándose incluso su inscripción. En esencia, atendiendo a la literalidad de la Ley, este instrumento resulta nuclear al objeto de la advertencia de esa invasión del demanio. En suma, «[...] *con tal información relativa a fincas de dominio público, es posible la calificación registral y, en fin, verificar que la finca que se pretende inscribir no invade una demanial colindante, incluso si la misma carece de representación gráfica* [...]». ²¹⁸ Información territorial asociada que no se circunscribe únicamente a la determinación de la invasión del dominio público. A través de ella podrá determinarse la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, incluyendo la localización y la situación urbanística del suelo, permitiendo calificar negativamente el documento sujeto a inscripción si de la consulta a este elemento auxiliar de calificación resulta la existencia de una edificación en «*zona rural protegida municipal*» y no se aporta certificado municipal acreditativo de que la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística relativa a la edificación está prescrita. ²¹⁹

V. LA PROTECCIÓN REGISTRAL DEL DOMINIO PÚBLICO EN LA LEGISLACIÓN SECTORIAL

La protección registral que la legislación concede al dominio público, por su propia naturaleza, no queda circunscrita a su mera inscripción, si no que se hace extensiva al dominio público no inscrito, pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador, así como respecto del que pudiera llegar a colisionar con alguna pretensión de inscripción. Este es el motivo, en opinión de la DGS-JFP, por el que, con carácter previo a la práctica de la inscripción, y conforme a lo previsto en distintas leyes especiales, el registrador ha de recabar informe o certificación administrativa que acrediten que la inscripción pretendida no invade el dominio público. ²²⁰ En cualquier caso, debe igualmente referirse que la propia LPAP contempla su aplicabilidad con carácter supletorio respecto de la legislación especial. Precisamente, su artículo 5.4 así lo establece, al disponer que los bienes y derechos de dominio público se registrarán por las leyes y disposiciones especiales que sean de aplicación y, en su defecto, por la LPAP, así como por cuantas disposiciones la completen o desarrollen, reconociendo su carácter supletorio.

V.1. EL DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE

En consecuencia, ese espíritu protector de la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario se ha visto acentuado, ya no solo sobre quién pretenda inscribir su

derecho, si no frente a bienes colindantes o interseccionen sobre otros que integren el dominio público y ello es así, precisamente, dado que como ha venido señalando la jurisprudencia, «[...] *el principio de legitimación, que presume la existencia de los derechos inscritos tal y como constan en el asiento y su posesión, no es aplicable cuando intenta oponerse a una titularidad de dominio público, pues éste es inatacable aunque no figure en el Registro de la Propiedad, puesto que no nace del tráfico jurídico base del Registro, sino de la Ley y es protegible frente a los asientos registrales e incluso frente a la posesión continuada (Sentencia de 26 de abril de 1986) [...]*»,²²¹ de forma que tal principio no puede predicarse respecto de bienes privados sobre los cuales se produzca una intersección o invasión del dominio público, haciéndose extensivo inclusive y de forma expresa al dominio público marítimo-terrestre, de forma que «[...] *“los bienes integrados en la zona marítimo terrestre, administrativamente deslindada, corresponde al dominio público y son inalienables, imprescriptibles y ajenos a las garantías del Registro de la Propiedad, que no necesitan precisamente por su condición demanial, y por tanto la inscripción que tenga un particular no puede afectar al Estado y no opera consiguientemente el principio de legitimación registral que consagra el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, sino la realidad extrarregistral autenticada por el deslinde administrativo hecho. [...]*».²²²

Pero la protección del demanio marítimo-terrestre no ha quedado limitada a tal extremo. La legislación de costas, en concreto la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (BOE, núm. 181, de 29 de julio de 1988), incluye previsiones específicas al respecto.²²³ Así, en el caso que se pretenda la inmatriculación en el Registro de la Propiedad de fincas que se encuentren situadas en la zona de servidumbre, es decir, en una zona de cien metros medida tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar, en su descripción se hará constar si lindan o no con el dominio público marítimo-terrestre. En caso afirmativo, se requerirá, previo a la inmatriculación, certificación expedida por la Administración del Estado, según la cual se acredite que no se produce invasión alguna del dominio público. La Ley también contempla que en aquellos casos en los cuales en la descripción de la finca no se indique que linda con el dominio público marítimo-terrestre o no se efectúe mención alguna al respecto, el registrador requiera al interesado para que identifique y localice la finca en el plano proporcionado por la Administración del Estado; si ante esta circunstancia no se produce colindancia alguna, el registrador practicará la inscripción, indicando expresamente esta circunstancia. En el caso que el registrador, aun a pesar de lo anterior, considere que posiblemente se produce una invasión del dominio público marítimo-terrestre, lo pondrá en conocimiento de la Administración del Estado, al objeto de la expedición de una certificación favorable, pudiendo practicarse tal operación registral, si transcurren treinta días desde la solicitud y no se ha recibido contestación al respecto por

parte de este último. Tales previsiones, además, resultarán aplicables en aquellos casos en los cuales se pretenda la inscripción de excesos de cabida.²²⁴ Régimen, en cualquier caso, que se completa con determinadas previsiones insertas en el Reglamento General de Costas. De esta forma, el registrador, con ocasión de la inmatriculación o la inscripción del exceso de cabida solicitado, aprecia la invasión de una zona de dominio público marítimo-terrestre previamente deslindada e inscrito o anotado en el Registro de la Propiedad, de forma que tan solo si se acredita que la finca pretenda inmatricular o inscribir el exceso de cabida intersecta con la zona de servidumbre, no es colindante o no invade el dominio público se podrá proceder a la práctica de tal operación registral. A tal efecto, el propio reglamento contempla que la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar trasladen a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, para su incorporación al Sistema Informático Registral «[...] *la representación gráfica georreferenciada en la cartografía catastral, tanto de la línea de dominio público marítimo terrestre, como de las servidumbres de tránsito y protección. Dicha información gráfica será suministrada en soporte electrónico [...]*».²²⁵

A este respecto, la DGSJFP ha ofrecido una interpretación ciertamente relevante en relación con el artículo 36 del Reglamento General de Costas, aprobado por Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre (BOE, núm. 247, de 11 de octubre de 2014), el cual regula el régimen registral respecto de las segundas y posteriores inscripciones sobre fincas que intersecten o sean colindantes con el dominio público marítimo-terrestre y del que resultan dos situaciones claramente diferenciadas, siguiendo la regulación anterior dada en el artículo 35 del Reglamento general para desarrollo y ejecución de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (BOE, núm. 297, de 12 de diciembre de 1989). De una parte, aquella en la cual se produzca una intersección o colindancia con el dominio público marítimo-terrestre ya deslindado y otra en la cual no lo esté. En este sentido, y respecto del primero de los casos enunciados, no hay duda, por la propia literalidad de tal precepto, que en el caso en que se produzca una intersección con él a resultas de un expediente de deslinde inscrito o anotado, el registrador denegará la inscripción. Si, por el contrario, se produce una intersección o colindancia con una zona de tal naturaleza conforme a la representación gráfica suministrada por la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar, el registrador suspenderá la inscripción tomando anotación preventiva por noventa días, notificándolo al Servicio Periférico de Costas al objeto de que manifieste la posible invasión y su situación en relación con las servidumbres. En caso de no recibirse respuesta por el registrador se procederá a convertir en inscripción la anotación de suspensión practicada. Si, por el contrario, se emite certificación al respecto de la cual resulte la intersección con el dominio público marítimo-terrestre, según deslinde aprobado, el registrador denegará la inscripción, cancelando la anotación de

suspensión, debiendo procederse por el Servicio Periférico de Costas a solicitar la anotación de la resolución del deslinde. Dicho lo anterior, y en relación con el segundo de los supuestos, si se produce una intersección de la finca o es colindante, según certificación con zonas pendientes de deslindar, el registrador practicará la inscripción comunicándolo al Servicio Periférico de Costas, dejando constancia de ello por nota al margen; si se ha iniciado el deslinde, por este último se solicitará al registrador la expedición de certificación de dominio y cargas y la constancia por nota marginal de los extremos relativos a la práctica del deslinde.²²⁶ En cualquier caso si solo se produce una intersección parcial, lo anterior únicamente predicará respecto de la parte afectada. En relación con la publicidad registral, el registrador de la propiedad informará de la situación de la finca y de las servidumbres de protección y tránsito conforme a la representación gráfica obrante en el Registro.

Así sucede al ser objeto de calificación registral la representación gráfica, que podrá ser verificada por el registrador a los efectos inclusive de lograr la debida protección del dominio público no inscrito, de forma que si aquella que se pretende inscribir invadiera, aun parcialmente, el dominio público marítimo-terrestre previamente deslindado por Orden Ministerial, no procederá su inscripción, con independencia de tratarse de una inmatriculación o una segunda o ulterior inscripción en el Registro de la Propiedad hasta que la descripción se adapte a ella o se impugne la certificación expedida por la Demarcación de Costas, con independencia de que se trate de una inmatriculación o de una segunda inscripción, puesto que la «[...] *la exigencia de aportación de la certificación acreditativa de la no invasión no es privativa ni exclusiva de la inmatriculación de la finca, sino que la legislación la extiende igualmente a la segunda y posteriores inscripciones.* [...]».²²⁷

Así, a diferencia de lo sucedido respecto de otros bienes de dominio público como sucede con los montes, en el caso de tratarse de bienes que integren el dominio público marítimo-terrestre, la certificación acreditativa según la cual resulte que no se produce una invasión se extiende a la segunda y posteriores inscripciones.

V.2. CARRETERAS

En línea con la obligatoriedad de inscribir los bienes públicos, el artículo 29.9 de la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras (BOE, núm. 234, de 30 de septiembre de 2015) contempla expresamente que los bienes y derechos reales de titularidad pública que se encuentren afectos al servicio público viario, y que hubieren sido obtenidos por expropiación, cesión o permuta, serán inscritos

en el Registro de la Propiedad. Del mismo modo, esta ley contempla que en toda información registral aportada en relación con fincas colindantes con el dominio público viario, así como en las notas de calificación o despacho de las mismas, se pondrá de manifiesto dicha circunstancia «[...] *como información territorial asociada y con efectos meramente informativos* [...]», al objeto de conocerse que dicha colindancia impone limitaciones al derecho de propiedad.²²⁸ Legislación de carreteras, además, que exige la emisión de una certificación favorable a la inmatriculación cuando se pretenda la inmatriculación de bienes de terceros y se ubiquen en la zona de servidumbre, de forma tal que en su descripción se hará constar si lindan o no con el dominio público.²²⁹

V.3. MONTES.

En materia de montes, se precisa, al objeto de lograr la inmatriculación o la inscripción de exceso de cabida en el Registro de la Propiedad de un monte o de una finca colindante con monte demanial ubicado en un término municipal en el que existan montes demaniales, del correspondiente informe favorable de sus titulares y en el caso de tratarse de montes catalogados, del órgano forestal de la Comunidad Autónoma, entendiéndose favorables en el supuesto de la falta de resolución expresa en el plazo de tres meses, si bien para el caso de la emisión de un informe favorable o en el supuesto anterior, tratándose de montes catalogados, tal circunstancia no impedirá que la Administración pueda ejercer las oportunas acciones destinadas a la corrección del correspondiente asiento registral.²³⁰ Lo anterior, en suma, implica que al objeto de proceder a la inmatriculación de una finca en el Registro de la Propiedad se precise de un informe favorable para ello, indicando al efecto que dicha finca no es colindante con monte demanial.

VI. LA CANCELACIÓN Y RECTIFICACIÓN REGISTRAL DE LOS ASIENTOS

La actuación registral, además de la práctica de los respectivos asientos, también puede verse extrapolada a su rectificación o cancelación, dada la presumible existencia en tales casos de situaciones patológicas derivadas inclusive de la neutralización de los principios registrales, como sucede con la doble inmatriculación registral, si bien, debe tenerse en cuenta que la LH es especialmente restrictiva en este sentido, puesto que tal rectificación únicamente podrá ser solicitada por el titular del dominio o derecho real que no esté inscrito, que lo esté erróneamente o que resulte lesionado por el asiento inexacto.²³¹ A ello se refirió García de Enterría (2006: 124–125)²³² en el ámbito de los bienes públicos, afirmando que la novedosa regulación introducida por la LPAP, alcanza a contemplar

aquellos supuestos en los cuales se podrá cancelar o rectificar las inscripciones en favor de las Administraciones públicas, mediante certificación administrativa expedida por el órgano competente. Y es importante destacar, en este punto, que tan solo se contempla la posibilidad de rectificar o cancelar siempre que lo sea en favor de las anteriores. Como señala este mismo autor, tanto la cancelación, como la rectificación de las inscripciones registrales, «[...] *se limitan a supuestos en que dichas inscripciones lo son a favor de la Administración y la rectificación se produce precisamente en contra de los derechos de la Administración que la inscripción proclama* [...]».²³³ Y este extremo es ciertamente relevante, puesto que, en caso contrario, se produciría una completa separación de la finalidad de la institución registral, quebrando completamente el sistema garantista de protección dominical creado sobre él. En este sentido, García de Enterría (2006: 126) llega a afirmar que «[...] *Admitir que la Administración pudiese rectificar por sí sola, por propia autoridad y en su propio provecho, los asientos registrales, declarando como propios bienes cuya titularidad el Registro proclama en favor de otros titulares, parece que sería tanto como entregar a la sola discreción de la Administración todo el sistema de titularidades dominicales en que se asienta la entera seguridad jurídica del tráfico, destruyendo, pues, en su contenido esencial la función entera del Registro de la Propiedad* [...]».²³⁴

Por tanto, en tales casos, se erige la certificación administrativa como título suficiente al objeto de su acceso y calificación registral con el propósito de practicar la correspondiente inscripción o anotación, pero también como instrumento hábil para la rectificación o cancelación de los asientos en favor de una Administración pública.²³⁵ A tal efecto, se contemplan tres situaciones perfectamente identificadas, que constituyen una enumeración cerrada.²³⁶ Se trata, por tanto, del supuesto en el que se acredite la inexistencia actual o la imposibilidad de localizar la finca físicamente, siempre que se haya tramitado el correspondiente procedimiento, en cuyo caso se precisará de informe técnico que revestirá carácter preceptivo; si se reconoce el mejor derecho o preferencia de un tercero sobre la Administración pública en el caso de doble inmatriculación, debiendo expedirse al efecto informe de la Abogacía del Estado o del órgano asesor correspondiente de la Administración actuante o, en último caso, si es reconocida la titularidad, mejor derecho o preferencia del título de un tercero sobre una finca que figure inscrita a favor de las Administraciones públicas, previo informe de la Abogacía del Estado u órgano asesor correspondiente de la Administración actuante. Certificación administrativa que también será suficiente para la cancelación de un asiento relativo a una concesión administrativa inscrita en el Registro de la Propiedad, con el preceptivo requisito que sea expedida por la Administración pública titular del inmueble en la que se acredite la extinción de dicha concesión.²³⁷

La propia Ley 33/2003, de 3 de noviembre ha contemplado dos títulos adicionales que permiten la rectificación o cancelación. Se trata de la resolución estimatoria de una reclamación en vía administrativa y la certificación administrativa, configurándose como una excepcionalidad al marco general establecido en el artículo 82 LH al disponer que *«Las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública no se cancelarán sino por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, o por otra escritura o documento auténtico en la cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, o sus causahabientes o representantes legítimos [...]»*.

La nueva literalidad del artículo 206 LH contempla expresamente la posibilidad de rectificar o cancelar los asientos, de forma conjunta con determinadas operaciones registrales específicas, condicionada a que *«[...] tales actos no afecten a terceros que no hubieran sido citados en el expediente, se cumplan los requisitos establecidos por la legislación sectorial y se aporte la representación gráfica catastral de la finca o representación alternativa [...]»*.

Si bien debe igualmente indicarse que la rectificación y cancelación de los respectivos asientos del Registro de la Propiedad tan solo podrá practicarse en la medida en que la legislación así lo prevea, pues sabido es que la inscripción de determinados deslindes en él no faculta para la rectificación de inscripciones contradictorias, al desenvolver su eficacia en el ámbito posesorio, excluyéndose de su consideración como título declarativo de propiedad de la Administración,²³⁸ como así sucede respecto de los titulares registrales que se encuentren amparados por el principio de fe pública registral en materia de montes, aunque sí para la inscripción de la rectificación de la descripción de las fincas afectadas y para la cancelación de las anotaciones prácticas con motivo del deslinde, y cuya determinación final corresponderá, en su caso, al orden jurisdiccional civil.²³⁹ Más explícita si cabe resulta la regulación en materia de aguas que no incluye una distinción respecto de terceros amparados por las presunciones del artículo 34 LH, limitándose a establecer que la resolución de aprobación del deslinde será título suficiente para rectificar las inscripciones contradictorias con el mismo, en la forma determinada reglamentariamente,²⁴⁰ siempre —esto sí es un condicionante—, que haya intervenido en el expediente de deslinde el titular registral. Resolución que, en este caso, será título suficiente para la inmatriculación cuando lo estime conveniente y ello, sin perjuicio, del ejercicio de las acciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos.²⁴¹ Por el contrario, la legislación de costas y vías pecuarias sí contempla que la resolución aprobatoria del deslinde, en tanto acto administrativo, será título suficiente para la rectificación de las situaciones registrales contradictorias con el deslinde, según se determine reglamentariamente. Extremo amparado por la jurisprudencia al situarla bajo la

autotutela declarativa que le permite declarar derechos frente a los particulares y cuya efectividad queda garantizada mediante la autotutela ejecutiva,²⁴² y criticado por la doctrina, al considerar que no es el instrumento adecuado para regular la rectificación registral, por una autoridad administrativa, de inscripciones que se encuentran bajo la salvaguardia de los tribunales,²⁴³ así como también para la inmatriculación,²⁴⁴ extendiéndose, en su caso, a las sentencias firmes con fuerza de cosa juzgada.²⁴⁵ En cualquier caso, tal previsión, en relación con la rectificación de las inscripciones que resulten contradictorias con el deslinde de las vías pecuarias, ha sido matizada en la Ley 8/1998, de 15 de junio, de Vías Pecuarias de la Comunidad de Madrid (BOCM, núm. 147, de 23 de junio de 1998 – BOE, núm. 206, de 28 de agosto de 1998), que prescinde de ello al establecer, en su artículo 15.4 que *«El deslinde, una vez aprobado, permite a la Comunidad declarar la posesión y la titularidad demanial sobre las vías deslindadas, da lugar al amojonamiento de las mismas, constituye título suficiente para su inscripción registral y tiene los demás efectos que le reconoce la legislación estatal.»*, si bien, el propio García de Enterría (2006: 135) llega a afirmar que esta “omisión” no es “casual”, también debe advertirse que el artículo 149.1.8.^a CE reconoce la competencia exclusiva del Estado para la determinación de la ordenación de los registros e instrumentos públicos.²⁴⁶ Y ello, sin perjuicio de que los titulares que tengan inscritos sus derechos contradictorios puedan entablar demanda ante la jurisdicción civil.

En relación con ello, Sánchez-Calero Arribas (2023: 14) afirma que *«[...] el deslinde administrativo, una vez aprobado, declara la posesión y la titularidad a favor de la Administración pública, sin que las inscripciones registrales puedan prevalecer frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados. [...]»*, de forma que no resultan aplicables los principios de legitimación y de fe pública registral. Ello, además, comporta una clara salvedad al régimen establecido en tanto que determina que, en relación con la rectificación de los asientos registrales, se exige el consentimiento del titular del asiento a rectificar o, en su caso, resolución judicial firme dictada en juicio declarativo en el cual haya sido parte.²⁴⁷

VII. CONCLUSIONES

I. El régimen de protección de los bienes públicos, que viene determinado por los caracteres que los definen, especialmente respecto de los bienes de dominio público, se asegura de manera efectiva con su inscripción en el Registro de la Propiedad, dado que los inventarios y catálogos, con limitadas excepciones, y siempre que en aquellos casos así se contemple, no producen efectos frente a terceros, de forma que ello impide que puedan constituir por sí solos una prueba de

propiedad por parte de las Administraciones públicas. En este sentido, el marco regulatorio actual, suponiendo un giro copernicano frente a las disposiciones del siglo XIX, establece ahora sin distinción alguna la obligatoriedad de inscribirlos, lo que redundará en un incremento de la seguridad jurídica, extrapolándose a los efectos derivados del principio de fe pública registral frente a bienes privados, quedando limitado cuando se aprecie y constate que la realidad extrarregistral comporta una clara invasión del dominio público. Y ello sin perjuicio de considerar que la regulación no ha sido clarificada en el tiempo, introduciendo matizaciones que han impedido mantener una homogeneidad sobre su específico régimen registral. Actualmente, queda determinado por disposiciones de Derecho administrativo, que incluye la legislación sectorial respecto de determinados bienes, y por disposiciones meramente previstas en la legislación hipotecaria, implicando, en consecuencia, una clara dispersión normativa.

Particularidad, si cabe, que comportan los bienes públicos, que ha implicado que la regulación contemplada en la LPAP adquiera un carácter preferente respecto de las previsiones insertas en la LH, que se aplicarán con carácter supletorio en lo no previsto en ella, o subsidiariamente si así se considera, así como si la anterior establece que su aplicabilidad dependerá de esta última.

II. La nueva regulación que resulta del artículo 206 LH y su interpretación limita los efectos de la certificación administrativa, al suprimirle cualquier equiparación al título de dominio, entendiéndose como un mero documento administrativo que permite la inmatriculación registral, en defecto del propio título, pero no con carácter alternativo, así como de determinadas operaciones de regularización registral. De tal forma, la certificación administrativa accederá al Registro de la Propiedad con carácter supletorio en defecto de otro título de dominio o bien, si la ley contempla expresamente que tales actuaciones se realizarán mediante su calificación registral. En cualquier caso, debe destacarse que la expedición de una certificación administrativa estará sujeta a la tramitación de un procedimiento administrativo, estando determinados por los principios que rigen la actuación administrativa.

III. La regulación actual permite distinguir la protección de los bienes públicos desde el Registro de la Propiedad desde dos cauces distintos. De un lado, mediante la calificación de la representación gráfica, extendiendo los efectos de la mera inscripción literal, que permite denegar su inscripción en el caso de apreciarse la posible invasión del dominio público por parte de los bienes privados, aun no figurando inscrito el dominio público, así como en el supuesto de que tratándose de bienes públicos, de ser favorable, practicando su inscripción acogiendo a los efectos, en cuanto a delimitación geográfica y linderos, del artículo 38 LH, dotándolos aún más si cabe de protección y, de otro, como se indica, mediante la obligatoria inscripción de los bienes que integren el patrimonio de

las Administraciones públicas, que incluirá ahora la inscripción de la representación gráfica. La calificación registral de la representación gráfica, por tanto, opera desde ambas perspectivas al objeto de la protección del dominio público.

IV. Así, pueden darse varias situaciones, si el bien público está inscrito en el Registro de la Propiedad con una representación gráfica se denegará cualquier inscripción que la invada; si el bien público consta inscrito en el Registro de la Propiedad pero no consta inscrita la representación gráfica el registrador, si aprecia la posible invasión de aquella representación gráfica que se pretenda inscribir, también la denegará; si el bien público no consta inscrito en el Registro de la Propiedad, pero la representación gráfica del bien privado colindante al anterior, a juicio del registrador pueda invadirla, se notificará a la Administración pública titular para que se manifieste. Todo ello implica que la protección de los bienes públicos se efectúe desde la práctica de operaciones registrales que trasciendan a bienes públicos o privados.

Así, mediante la calificación y, en su caso, inscripción del dominio público se ofrece certeza al tráfico inmobiliario de los bienes privados dotándolos e implementándolos de un sistema adicional de protección, especialmente aquellos que sean colindantes con bienes demaniales, por tanto.

V. Sin duda, la coordinación gráfica entre el Catastro y el Registro de la Propiedad implica un sistema adicional de protección y certeza en el tráfico inmobiliario al dotar de identificación georreferenciada a los bienes públicos y, de otro, delimitando aun presuntivamente el alcance de las propiedades privadas. Sin embargo, las constantes discrepancias existentes en la institución catastral exigen un esfuerzo adicional para la actualización de los datos que obren en él, al objeto también de mantener una conexión entre las diferentes fuentes de información que trascienden al territorio. Pero también ese esfuerzo adicional que se le exige a la Administración tributaria, en la que se incardina el Catastro Inmobiliario, también se extiende a que las Administraciones públicas cumplan con su deber, también exigible, de inscribir en el Registro de la Propiedad sus respectivos bienes. En este contexto, la legislación atribuye a los registradores de la propiedad una función fundamental en aras de lograr la correcta protección del dominio público, verificando la previa inscripción de los bienes públicos o la posible invasión que se produzca sobre ellos de bienes privados.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 19 de marzo de 1936
- STS de 29 de septiembre de 1964
- STC 12/1982, de 31 de marzo de 1982 (BOE, núm. 95, de 21 de abril de 1982)

- STS, Sala de lo Civil, 706/1988, de 3 de octubre (Roj: STS 12989/1988 – ECLI:ES:TS:1988:12989)
- STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 561/1989, de 28 de abril (Roj: STS 2699/1989 – ECLI:ES:TS:1989:2699)
- STC 149/1991, de 4 de julio de 1991 (BOE, núm. 180, de 19 de julio de 1991)
- STS, Sala de lo Civil, de 30 de noviembre de 1991 (Roj: STS 10341/1991 – ECLI:ES:TS:1991:10341)
- STC 52/1994, de 24 de febrero de 1994 (BOE, núm. 65, de 17 de marzo de 1994)
- STS de 30 de septiembre de 1994
- STS de 11 de noviembre de 1995
- STS de 31 de enero de 1996
- STS de 15 de febrero de 1996
- STS, Sala de lo Civil, 596/1999, de 1 de julio de 1999 (Roj: STS 4715/1999 – ECLI:ES:TS:1999:4715)
- STS, Sala de lo Civil, 525/2000, de 26 de mayo (Roj: STS 4266/2000 – ECLI:ES:TS:2000:4266)
- STS Sala Primera, de lo Civil, 922/2004, de 11 de octubre de 2004 (Roj: 6376/2004 – ECLI: ES:TS:2004:6376)
- STSJ EXT, Sala de lo Contencioso, 113/2006, de 16 de febrero de 2006 (Roj: STSJ EXT 293/2006 – ECLI:ES:TSJEXT:2006:293)
- STS, Sala de lo Civil, 448/2007, de 25 de abril de 2007 (Roj: STS 2369/2007 – ECLI:ES:TS:2007:2369)
- STS, Sala de lo Civil, 495/2008, de 2 de junio de 2008 (Roj: STS 2587/2008 – ECLI:ES:TS:2008:2557)
- STS Sala Primera, de lo Civil, 342/2011, de 13 de mayo de 2011 (Roj: STS 2900/2011 – ECLI: ES:TS:2011:2900)
- STS Sala Primera, de lo Civil, 408/2011, de 3 de junio de 2011 (Roj: STS 3575/2011 – ECLI:ES:TS:2011:3575)
- SAP LO 275/2013, de 23 de septiembre de 2013 (Roj: SAP LO 382/2013 – ECLI:ES:APLO:2013:382)
- STS, Sala de lo Civil, 389/2014, de 6 de noviembre de 2014 (Roj: STS 4810/2014 – ECLI:ES:TS:2014:4810)
- STS, Sala de lo Civil, 1479/2024, de 11 de noviembre de 2024 (Roj: STS 5567/2024 – ECLI:ES:TS:2024:5567)
- STS, Sala de lo Civil, 728/2025, de 12 de mayo de 2025 (Roj: STS 2175/2025 – ECLI:ES:TS:2025:2175)
- STS, Sala de lo Civil, 1405/2025, de 13 de octubre de 2025 (Roj: STS 4549/2025 – ECLI:ES:TS:2025:4549)

- RDGRN de 22 de mayo de 2013 (BOE, núm. 153, de 27 de junio de 2013)
- Resolución de 26 de octubre de 2015, conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General de Catastro, por la que se regulan los requisitos técnicos para el intercambio de información entre el Catastro y los Registros de la Propiedad (BOE, núm. 260, de 30 de octubre de 2015).
- RDGRN de 15 de marzo de 2016 (BOE, núm. 83, de 6 de abril de 2016)
- RDGRN de 12 de abril de 2016 (BOE, núm. 133, de 2 de junio de 2016)
- RDGRN de 24 de junio de 2016 (BOE, núm. 180, de 27 de julio de 2016)
- RDGRN de 23 de agosto de 2016 (BOE, núm. 230, de 23 de septiembre de 2016)
- RDGRN de 11 de octubre de 2016 (BOE, núm. 264, de 1 de noviembre de 2016)
- RDGRN de 22 de noviembre de 2016 (BOE, núm. 302, de 15 de diciembre de 2016)
- RDGRN de 4 de septiembre de 2017 (BOE, núm. 28 de septiembre de 2017)
- RDGRN de 19 de junio de 2018 (BOE, núm. 161, de 4 de julio de 2018)
- RDGRN de 4 de septiembre de 2019 (BOE, núm. 261, de 30 de octubre de 2019)
- RDGRN de 29 de noviembre de 2019 (BOE, núm. 7, de 8 de enero de 2020)
- Resolución de 23 de septiembre de 2020, conjunta de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fé Pública y de la Dirección General del Catastro (BOE, núm. 269, de 10 de octubre de 2020)
- RDGSJFP de 10 de septiembre de 2021 (BOE, núm. 249, de 18 de octubre de 2021)
- RDGSJFP de 4 de noviembre de 2021 (BOE, núm. 283, de 26 de noviembre de 2021)
- RDGSJFP de 5 de mayo de 2022 (BOE, núm. 126 de 27 de mayo de 2022)
- RDGSJFP de 20 de diciembre de 2022 (BOE, núm. 32, de 7 de febrero de 2023)
- RDGSJFP de 15 de febrero de 2023 (BOE, núm. 57, de 8 de marzo de 2023)
- RDGSJFP de 21 de febrero de 2023 (BOE, núm. 63, de 15 de marzo de 2023)
- RDGSJFP de 30 de marzo de 2023 (BOE, núm. 92, de 18 de abril de 2023)
- RDGSJFP de 28 de julio de 2023 (BOE, núm. 290, de 5 de diciembre de 2023)
- RDGSJFP de 28 de julio de 2023 (BOE, núm. 244, de 12 de octubre de 2023)
- RDGSJFP de 6 de septiembre de 2023 (BOE, núm. 255, de 25 de octubre de 2023)
- RDGSJFP de 30 de julio de 2024 (BOE, núm. 256, de 23 de octubre de 2024)
- RDGSJFP de 8 de enero de 2025 (BOE, núm. 37, de 12 de febrero de 2025)
- RDGSJFP de 26 de mayo de 2025 (BOE, núm. 152, de 25 de junio de 2025)
- RDGSJFP de 24 de junio de 2025 (BOE, núm. 179, de 26 de julio de 2025)

IX. BIBLIOGRAFÍA.

- ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., TORRES LANA, J. A., RUBIO TORRANO, E., y CAVANILLAS MÚGICA, S. (1992). *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo. II. Arts. 333 – 608. Madrid: Editorial Trivium.
- ALCÁNTARA MARTÍN, A. (2018). El dominio público y el Registro de la Propiedad tras la reforma de la ley hipotecaria por la Ley 13/2015, *Revista de Administración Pública*, [En línea], núm. 206, 243–289, disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/67040/40648> (última consulta: 28/09/2025).
- (2020). *Los problemas de la inscripción registral del dominio público y su solución mediante las técnicas de representación gráfica*. Tesis doctoral. [En línea], Granada: Universidad de Granada, disponible en: <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/63943/68989.pdf?sequence=4&isAllowed=y> (última consulta: 28/09/2025).
- ARRIETA SEVILLA, L.J. (2008). Fe pública registral, doble inmatriculación y usucapión: comentario a la STSJ Navarra de 28 de abril de 2008 [RAJ 2009/306], *Revista Jurídica de Navarra*, [En línea], núm. 47, 183–201, disponible en: <http://dadun.unav.edu/handle/10171/14132> (última consulta: 28/09/2025).
- (2018). La subsanación de la doble inmatriculación. En L.J. Arrieta Sevilla, M.^a E. Sánchez Jordán (dirs.). J.A. García García (coord.). *Estudios sobre la representación gráfica de las fincas registrales*. Cizur Menor: Civitas Thomsom Reuters, 309–328.
- CHINCHILLA MARÍN, C. (coord.) (2004). *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. Madrid: Editorial Civitas.
- FANDOS PONS, P. (2014). *Los efectos jurídicos de la identificación y descripción gráfica de fincas registrales: la base gráfica registral*. Tesis doctoral. [En línea]. Valencia: Universidad de Valencia, disponible en, <http://roderic.uv.es/handle/10550/45662?show=full> (última consulta: 28/09/2025).
- (2016). *Los efectos jurídicos de la identificación y descripción gráfica de las fincas registrales: la base gráfica registral*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. (2006). Inscripción registral y facultades de recuperación posesoria por la administración. *Revista española de derecho administrativo*, núm. 129, 117–144.
- GARCÍA GARCÍA, J. A. (2018). Régimen de las operaciones registrales sobre los bienes de las administraciones públicas. En: L.J. Arrieta Sevilla, M.^a E. Sánchez Jordán (dirs.). J.A. García García (coord.). *Estudios sobre la representación gráfica de las fincas registrales*. Cizur Menor: Civitas Thomsom Reuters, 285–308.
- HERNÁNDEZ TORRES, E. (2018). La información asociada en la reforma de la Ley Hipotecaria. En L.J. Arrieta Sevilla, M.^a E. Sánchez Jordán (dirs.). J.A. García García (coord.). *Estudios sobre la representación gráfica de las fincas registrales*. Cizur Menor: Civitas Thomsom Reuters, 123–144.
- HORGUÉ BAENA, C. (2006). Bienes públicos y Registro de la Propiedad, *Revista Andaluza de Administración Pública*, [En línea], núm. 62, 41–80, disponible en: <https://ws168.juntadeandalucia.es/revistaselectronicas/raap/article/view/376/375> (última consulta: 2/11/2025).
- LACRUZ BERDEJO, J. L. Y SANCHO REBULLIDA, F. DE A. (1984). *Derecho Inmobiliario Registral*. Barcelona: Editorial Bosch.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2018). La inmatriculación por doble título público. En: L.J. Arrieta Sevilla, M.^a E. Sánchez Jordán (dirs.). J. A. García García (coord.). *Es-*

- tudios sobre la representación gráfica de las fincas registrales. Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, 257–284.
- MARTÍNEZ-PÉREZ, F. (2021). *Posesión, dominio y Registro*. Constitución de la propiedad contemporánea en España. Madrid: Dykinson.
- MESTRE DELGADO, J. F. (dir.) (2004). *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas (Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre)*. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.
- MOREU CARBONELL, E. (2024). Lección 30. Los Bienes Públicos. En Velasco Cabañero, F. y Danacullea Gardella, M. M. (dirs.), *Manual de Derecho Administrativo, Revista de Derecho Público: Teoría y Método*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 747–767.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2015). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo XIV, La actividad regulatoria de la Administración*, Madrid: Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado.
- PARADA VÁZQUEZ, J. R. (1989). *Derecho Administrativo. III. Bienes públicos y urbanismo*. Madrid: Marcial Pons.
- PAREJO ALFONSO, L. (2024): *Lecciones de Derecho Administrativo*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- PÉREZ-ARDA CRIADO, J. (2000). Introducción al Dominio Público. En CHINCHILLA MARÍN, C. (coord.). *Telecomunicaciones. Estudios sobre el dominio público y propiedad privada*, Garrigues & Andersen. Madrid: Marcial Pons, 13–40.
- PESET REIG, M. (1978). Los orígenes del Registro de la Propiedad en España. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 527, 695–716.
- ROCA SASTRE, R. M. (1948). *Derecho Hipotecario*. Barcelona: Editorial Bosch.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2009). *La inscripción de los bienes públicos*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- (2023). Publicidad registral y dominio público. A propósito de la RDGSJFP de 15 de febrero de 2023, *Actualidad Civil*, [en línea], núm. 10, 1–29, disponible en: https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/73763/Actualidad%20civil_10-2023_Blanca%20S-C.pdf?sequence=1&isAllowed=y (última consulta: 1/11/2025).
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2023). *Derecho Administrativo*, Parte General. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.).
- SANDOVAL CARO, E. (2022). La evolución en la inscripción de bases gráficas registrales. Su coordinación con Catastro y su función en la prevención de invasión de dominio públicos. *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, [En línea], núm. 3, 351–378, disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/776/595> (última consulta: 28/09/2025).
- SERRERAS CONTRERAS, P. L. (2004). Dos apuntes registrales entorno a la nueva Ley de Patrimonio, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 684, 1831–1846.
- (2006). Inscripción de los bienes de dominio público, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 697, 1975–1995.

NOTAS

¹ Así, por todos, desde la doctrina, ROCA SASTRE, R. M. (1948). *Derecho Hipotecario*. Barcelona: Editorial Bosch, así como LACRUZ BERDEJO, J. L. Y SANCHO REBULLIDA, F. DE A. (1984). *Derecho Inmobiliario Registral*. Barcelona: Editorial Bosch, 39 y 40.

² PESET REIG, M. (1978). Los orígenes del Registro de la Propiedad en España. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 527, 695.

³ La propia exposición de motivos, replicando el Real Decreto de 1855, indica: «[...] nuestras leyes hipotecarias están condenadas por la ciencia y la razón, porque ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni aseguran debidamente a los que sobre esta garantía prestan sus capitales. [...]».

⁴ Exposición de motivos de la Ley 30 de diciembre de 1944 sobre reforma de la Ley Hipotecaria (BOE, núm. 1, de 1 de enero de 1945).

⁵ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio de 1889).

⁶ Sobre ello, puede verse a MARTÍNEZ-PÉREZ, F. (2021). *Posesión, dominio y Registro. Constitución de la propiedad contemporánea en España*. Madrid: Dykinson.

⁷ Además de lo anterior, en atención a tal disposición adicional, debía «[...] abreviar el contenido de los asientos registrales, sin mengua de los principios fundamentales del sistema, y a dar a aquellos preceptos una más adecuada ordenación sistemática y la necesaria unidad de estilo, basándose para ello en las disposiciones de la presente Ley, las del Reglamento Hipotecario, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado. [...]».

⁸ Así sucedió, por ejemplo, con la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE, núm. 7, de 8 de enero de 2000).

⁹ Su entrada en vigor se produjo el 1 de noviembre de 2015, en virtud de lo establecido en su disposición final quinta.

¹⁰ Los precedentes más relevantes en relación con este extremo se sitúan en el Real Decreto 1030/1980, de 3 de mayo, por el que se dispone la coordinación del Catastro Topográfico Parcelario con el Registro de la Propiedad Inmobiliaria (BOE, núm. 131, de 31 de mayo de 1980), todavía vigente, y en cuya exposición de motivos se afirmó que «[...] La coordinación entre los datos descriptivos de las fincas inscritas en el Registro de la Propiedad y los resultados del Catastro Topográfico Parcelario es ambición profundamente sentida en el Derecho español, que ha tropezado con obstáculos importantes desde el punto de vista técnico. [...]»; en la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE, núm. 315, de 31 de diciembre de 1996), al contemplar la obligatoriedad de aportar la referencia catastral con ocasión del otorgamiento y formalización de documentos públicos o privados que comporten actos de trascendencia real, estableciendo que tal dato constituirá un dato descriptivo de la finca registral, regulándose, por tanto, su constancia registral (artículos 50 y 53 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre); en el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, que actualizó tales previsiones derogando la regulación anterior y determinando, a su vez, los criterios que permitirían la calificación registral de la referencia catastral (artículo 45 del TRLCI), como así ha venido interpretando la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, entre otras, en la RDGSJFP de 6 de septiembre de 2023 —FJ 2.º— (BOE, núm. 255, de 25 de octubre de 2023);

así como en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE, núm. 55, de 5 de marzo de 2011), que además de implicar una modificación sustancial de la anterior, perseguía facilitar el intercambio de información entre el Catastro Inmobiliario, notarios y registradores de la propiedad. Esta Ley, con el propósito de redundar en la seguridad jurídica, estableció entre los principios rectores de la actividad catastral que «*Para el refuerzo del principio de seguridad jurídica, se generaliza la utilización de la certificación catastral descriptiva y gráfica, el empleo de la cartografía catastral y se mejora la operatividad en la utilización de la referencia catastral.*», consolidando de este modo el uso de la cartografía catastral como instrumento de referencia de la información territorial (artículo 46.3 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo). Entre tanto, y con el propósito de consolidar este aspecto, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (BOE, núm. 313, de 31 de diciembre de 2001) contempló una modificación de la regla 1.^a del artículo 9 LH, por conducto de la disposición adicional vigésima octava, al objeto de regular la utilización de las bases gráficas que completasen la identificación de la finca y la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (BOE, núm. 313, de 31 de diciembre de 2002), que incluyó por medio de la disposición adicional decimocuarta una sucinta modificación respecto de los artículos 327 y 328 en la Ley Hipotecaria. Sobre lo anterior también puede verse a SANDOVAL CARO, E. (2022). La evolución en la inscripción de bases gráficas registrales. Su coordinación con Catastro y su función en la prevención de invasión de dominio públicos. *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, [En línea], núm. 3, 351–378, disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/776/595> (última consulta: 28/09/2025).

¹¹ Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (BOE, núm. 158, de 3 de julio de 2015).

¹² Así lo destacó la STS de 11 de noviembre de 1995 al afirmar que «[...] *El Registro de la Propiedad lo es de títulos, no de fincas en su aspecto material, por lo que la eficacia legitimadora de los asientos registrales ampara únicamente los derechos, los datos jurídicos, pero no garantiza los de hecho o físicos, que quedan fuera de tal protección, como formulados de modo genérico y carentes de una constatación real topográfica, datos que los asientos registrales no protegen.* [...]». En el mismo sentido, la STS, Sala de lo Civil, 1405/2025, de 13 de octubre de 2025 (Roj: STS 4549/2025 – ECLI:ES:TS:2025:4549) —FJ 4.º—. ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., TORRES LANA, J. A., RUBIO TORRANO, E., y CAVANILLAS MÚGICA, S. (1992). *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia, Tomo. II. Arts. 333 – 608*. Madrid: Editorial Trivium, 1058.

¹³ ALCÁNTARA MARTÍN, A. (2018). El dominio público y el Registro de la Propiedad tras la reforma de la ley hipotecaria por la Ley 13/2015, *Revista de Administración Pública*, [En línea], núm. 206, 246, disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/67040/40648> (última consulta: 28/09/2025).

¹⁴ Así lo contempla el artículo 10.1 LH al disponer que «*La base de representación gráfica de las fincas registrales será la cartografía catastral, que estará a disposición de los Registradores de la Propiedad.*».

¹⁵ Artículo 605 del Código Civil y artículo 1 LH, que reproduce el anterior.

¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. (2006). Inscripción registral y facultades de recuperación posesoria por la administración. *Revista española de derecho administrativo*, núm. 129, 119.

¹⁷ Artículo 149.1.18.^a de la Constitución —en adelante, CE—.

¹⁸ Artículo 37.1 LPAP

¹⁹ Téngase en cuenta que hasta el momento una de las referencias en la materia la constituía el trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. (2006). Inscripción registral y facultades de recuperación posesoria por la administración. *Revista española de derecho administrativo*, núm. 129, 117–146. Asimismo, otro de los trabajos de referencia es ALCÁNTARA MARTÍN, A. (2020). *Los problemas de la inscripción registral del dominio público y su solución mediante las técnicas de representación gráfica*. Tesis doctoral. [En línea], Granada: Universidad de Granada, disponible en: <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/63943/68989.pdf?sequence=4&isAllowed=y> (última consulta: 28/09/2025). Sobre esta materia también puede verse a SÁNCHEZ-CALERO ARIBAS, B. (2009). *La inscripción de los bienes públicos*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

²⁰ MUÑOZ MACHADO, S. (2015). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo XIV, La actividad regulatoria de la Administración*. Madrid: Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, 350.

²¹ Téngase en cuenta lo dispuesto en el artículo 9.1 CE en cuanto establece que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

²² De esta forma, al contemplar expresamente que «[...] *Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos* [...]».

²³ PARADA VÁZQUEZ, J. R. (1989). *Derecho Administrativo. III. Bienes públicos y urbanismo*. Madrid: Marcial Pons, 10.

²⁴ Artículo 132.1 CE.

²⁵ MUÑOZ MACHADO, S. (2015, t. XIV: 353 y 357) es crítico con esta afirmación al indicar que no es precisa esta exigencia, de forma que la afectación de un bien, a excepción de aquellos supuestos en los cuales la Constitución ya reconoce su naturaleza demanial, podrá hacerse bien por ley o por un acto administrativo. Así resulta, además, del artículo 66.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre.

²⁶ STC 149/1991, de 4 de julio —FJ 8.º—.

²⁷ Así lo refiere MOREU CARBONELL, E. (2024). Lección 30. Los Bienes Públicos. En Velasco Caballero, F. y Danaculleta Gardella, M. M. (dirs.), *Manual de Derecho Administrativo. Revista de Derecho Público: Teoría y Método*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 749, quien advierte que la Constitución Española de 1978 distingue cuatro tipos de bienes públicos, atendiendo a su naturaleza. Se trata del dominio público, de los bienes comunales, de los bienes patrimoniales y de los bienes del Patrimonio Nacional.

²⁸ En la citada sentencia afirmó que «[...] *la Ley del Patrimonio del Estado regula distintas modalidades en que los bienes que integran dicho patrimonio sirven fines de interés general, que son los únicos que justifican la propiedad pública según los arts. 128.2 y 132 C.E.* [...]» —FJ 4.º—.

²⁹ Artículo 3.1 LPAP. En este sentido, la propia ley ha contemplado la exclusión del patrimonio de las Administraciones públicas el dinero, los valores, los créditos, así como cuantos recursos financieros de su hacienda o, en el caso de las entidades públicas empresariales o análogas de las Comunidades Autónomas o de las entidades locales, aquellos recursos que conformen su tesorería (artículo 3.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre).

³⁰ PARADA VÁZQUEZ, J. R. (1989: 10).

³¹ Artículo 4 LPAP.

³² MUÑOZ MACHADO, S. (2015, t. XIV: 350).

³³ Artículo 2 de la Ley 4/1986, de 5 de mayo, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA, núm. 40, de 9 de mayo de 1986 – BOE, núm. 123, de 23 de mayo de 1986); artículos 4 y 5 del Texto refundido de la Ley del Patrimonio de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2023, de 22 de febrero (BOA, núm. 43 de 3 marzo de 2023 – BOE, núm. 70, de 23 de marzo de 2023); artículo 3 de la Ley 6/2006, de 17 de julio, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias (BOC, núm. 141, de 21 de julio de 2006 – BOE, núm. 199, de 21 de agosto de 2006); artículo 3 de la Ley 3/2006, de 18 de abril, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOCT, núm. 81, de 17 de abril de 2004 – BOE, núm. 184, de 3 de agosto de 2006); artículo 2.2 de la Ley 9/2020, de 6 de noviembre, de Patrimonio de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (DOCM, núm. 234, de 19 de noviembre de 2020 – BOE, núm. 47, de 24 de febrero de 2021); artículos 5 y 6 de la Ley 11/2006, de 26 de octubre, del patrimonio de la Comunidad de Castilla y León (BOCL, núm. 209, de 30 de octubre de 2006 – BOE, núm. 298, de 14 de diciembre de 2006); artículo 2 del Texto refundido de la Ley de patrimonio de la Generalidad de Cataluña, aprobado por Decreto Legislativo 1/2002, de 24 de diciembre (DOGC, núm. 3791, de 31 de diciembre de 2002); artículo 3 de la Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid (BOCM, núm. 156, de 3 de julio de 2001 – BOE, núm. 179, de 27 de julio de 2001); artículo 4 de la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del Patrimonio de Navarra (BON, núm. 50 de 23 de abril de 2007 – BOE, núm. 117, de 16 de mayo de 2007); artículo 4.1 de la Ley 14/2003, de 10 de abril, de Patrimonio de la Generalitat Valenciana (DOGV, núm. 4479, de 11 de abril de 2003 – BOE, núm. 122, de 22 de mayo de 2003); artículo 4 de la Ley 2/2008, de 16 de junio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Extremadura (DOE, núm. 116, de 17 de junio de 2008 – BOE, núm. 167, de 11 de julio de 2008), que establece una clasificación entre bienes demaniales o de dominio público y patrimoniales o de dominio privado; artículo 2.3 de la Ley 6/2023, de 2 de noviembre, del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia (DOG, núm. 215, de 13 de noviembre de 2023 – BOE, núm. 284, de 28 de noviembre de 2023), artículo 6.1 de la Ley 6/2001, de 11 de abril, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (BOIB, núm. 49, de 24 de abril de 2001 – BOE, núm. 125, de 25 de mayo de 2001); al igual que en el caso extremeño el artículo 3 de la Ley 11/2005, de 19 de octubre, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de La Rioja (BOR, núm. 141, de 25 de octubre de 2005 – BOE, núm. 270, de 11 de noviembre de 2005); el artículo 3 del texto refundido de la Ley del Patrimonio de Euskadi, aprobado por Decreto Legislativo 2/2007, de 6 de noviembre (BOPV, núm. 15, de 22 de enero de 2008); el artículo 2 de la Ley 1/1991, de 21 de febrero, de Patrimonio del Principado de Asturias (BOPA, núm. 55 de 7 de marzo de 1991 – BOE, núm. 79, de 2 de abril de 1991) y artículo 4 de la Ley 2/1992, de 30 de julio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (BORM, núm. 189, de 14 de agosto de 1992 – BOE, núm. 22, de 26 de enero de 1993), que mantiene una redacción semejante a la extremeña.

³⁴ Téngase en cuenta, en cualquier caso, siguiendo a MUÑOZ MACHADO (2015, t. XIV: 351), que la construcción doctrinal del concepto de dominio público es de Hauriou, quien lo definió como «[...] *las propiedades administrativas afectadas a la utilidad pública que, como consecuencia de tal afectación, quedan sometidas a un régimen especial de utilización y protección* [...]».

³⁵ SÁNCHEZ MORÓN, M. (2023). *Derecho Administrativo, Parte General*. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), 737. Esta definición fue asumida previamente por otros autores como PARADA VÁZQUEZ, J. R. (1989: 10); también por MUÑOZ MACHADO, S. (2015, t. XIV: 357).

³⁶ MUÑOZ MACHADO, S. (2015, t. XIV: 351); SÁNCHEZ MORÓN, M. (2023: 737 y 738).

³⁷ ALCÁNTARA MARTÍN, A. (2018: 260).

³⁸ STC 52/1994, de 24 de febrero, ya citada —FJ 4.º—.

³⁹ ALCÁNTARA MARTÍN, A. (2018: 261). Sin embargo, esta postura no ha sido acogida con uniformidad por la doctrina. MUÑOZ MACHADO, S. (2015, t. XIV: 354) es crítico con ello, citando como ejemplo las ondas radioeléctricas a las que atribuyo esta condición el TC.

⁴⁰ Al afirmar que «[...] *hay que colocar el hecho de que la emisión mediante ondas radioeléctricas que se expanden a través del espacio, entraña la utilización de un bien que ha de ser calificado como de dominio público, con una calificación por nadie contradicha* [...]» —FJ 3.º—.

⁴¹ Artículo 338 CC.

⁴² La redacción originaria del CC permanece inalterada en la actualidad.

⁴³ Artículo 339.1 CC.

⁴⁴ Artículo 339.2 CC.

⁴⁵ Listado reproducido en el artículo 3.1 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (BOE, núm. 161, de 7 de julio de 1986), añadiendo en relación con los bienes de servicio público de estas últimas que son «[...] *los destinados directamente al cumplimiento de fines públicos de responsabilidad de las Entidades locales, tales como Casas Consistoriales, Palacios Provinciales y, en general, edificios que sean de las mismas, mataderos, mercados, lonjas, hospitales, hospicios, museos, montes catalogados, escuelas, cementerios, elementos de transporte, piscinas y campos de deporte, y, en general, cualesquiera otros bienes directamente destinados a la prestación de servicios públicos o administrativos* [...]».

⁴⁶ Artículo 344 del CC. Y ello sin perjuicio de específicas previsiones como sucede en materia de Aguas, respecto de las cuales el CC distingue en públicas y privadas. PARADA VÁZQUEZ, J. R. (1989: 44).

⁴⁷ Artículo 5.1 y artículo 5.2 LPAP.

⁴⁸ Artículo 5.2 LPAP.

Artículo 5.3 LPAP. Téngase en cuenta que la legislación en materia de bienes públicos ha quedado especialmente sectorizada precisamente por su elevado número que precisa de un tratamiento pormenorizado, también con el propósito de lograr su óptima protección, de forma que, con carácter general, los bienes y derechos de dominio público se regirán por las leyes y disposiciones especiales aplicables y a falta de estas y en su defecto por la LPAP y, en su caso, por las de ámbito autonómico que han reproducido tal precepto, así como por las que las desarrollen o complementen. Añade, además, el artículo 5.4 LPAP, que las normas generales del Derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado, se aplicarán como derecho supletorio.

⁴⁹ Artículo 3 de la Ley 4/1986, de 5 de mayo, de la Comunidad Autónoma de Andalucía; artículo 4 del Texto refundido de la Ley del Patrimonio de Aragón, si bien, en este caso se ha limitado a considerar que tendrán tal consideración los bienes y derechos que, por remisión del artículo 2, sean titularidad de las Cortes de Aragón, el Justicia de Aragón, la Administración de la Comunidad Autónoma, sus organismos públicos así como los órganos estatutarios, que se encuentren afectados al uso general o al servicio público, una ley les otorgue expresamente ese carácter, se destinen a servicios, oficinas o dependencias de sus órganos; de muy similar forma el artículo 3.1 y el artículo 3.2 de la Ley 9/2020, de 6 de noviembre, de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha; en similares términos a lo contemplado en la legislación andaluza se pronuncia el artículo 4 de la Ley 6/2006, de 17 de julio, de la Comunidad Autónoma

de Canarias, así como el artículo 4 de la Ley 3/2006, de 18 de abril, de la Comunidad Autónoma de Cantabria; más simple pero manteniendo una literalidad similar a la ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el artículo 5 de la Ley 11/2006, de 26 de octubre, de la Comunidad de Castilla y León, al establecer que son de dominio público los bienes y derechos que tengan tal carácter de acuerdo con la definición establecida por la legislación del Estado, así como los inmuebles de titularidad de la Administración General —entendida ésta en el sentido de la Ley, de la Comunidad Autónoma— o de las entidades institucionales en los cuales se alojen servicios, bienes o dependencias de sus órganos o de instituciones de la Comunidad; el artículo 3 del Texto refundido de la Ley de patrimonio de la Generalidad de Cataluña, si bien, sin perjuicio de mantener una posición semejante al resto considerando que el dominio público de la Generalidad de Cataluña se integra los bienes afectados al uso general o los servicios públicos propios de la Generalidad y aquellos que una ley así lo declare, así como los edificios alojados por los órganos de la Generalidad definidos por el Estatuto, establece que no tendrán tal consideración aquellos bienes que siendo de dominio público no son afectados al uso general o a los servicios públicos propios del ejercicio de las competencias de la Generalidad o de la titularidad que no les corresponde; el artículo 4 de la Ley 3/2001, de 21 de junio, de la Comunidad de Madrid; el artículo 5.1 de la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, de la Comunidad Foral de Navarra; el artículo 5 de la Ley 14/2003, de 10 de abril, la Comunidad Valenciana; también artículo 5 de la Ley 2/2008, de 16 de junio de la Comunidad Autónoma de Extremadura; el artículo 2 de la Ley 6/2023, de 2 de noviembre, de la Comunidad Autónoma de Galicia que añade que tendrán tal consideración los inmuebles de titularidad de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y de sus entidades públicas instrumentales en los que se alojen servicios, oficinas o dependencias de sus órganos o de los órganos estatutarios de la Comunidad Autónoma; en semejantes términos el artículo 6.2 de la Ley 6/2001, de 11 de abril, de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears; y de igual modo el artículo 4 de la Ley 11/2005, de 19 de octubre, de la Comunidad Autónoma de La Rioja, así como el artículo 4 del Texto Refundido de la Ley del Patrimonio de Euskadi; así como también el artículo 3 de la Ley 1/1991, de 21 de febrero de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, si bien expresamente añade que «[...] *Tendrán, asimismo, la consideración de demaniales los caminos rurales construidos por la Administración del Principado de Asturias en determinadas zonas de concentración parcelaria y forestales que, por sus características naturales, sea conveniente preservar de un uso generalizado.* [...]», atribuyendo, de esta forma, la consideración de demaniales sobre unos determinados caminos, prohibiendo, además, la circulación de vehículos, a salvo los destinados al uso agrario o forestal, y el artículo 5 de la Ley 2/1992, de 30 de julio, de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, que sin incluir esta última apreciación, considera como bienes de dominio público los bienes de la Comunidad Autónoma que, siendo de su titularidad estén destinado al uso o servicio público, aquellos que la ley les otorgue tal carácter y los de cualquiera de las entidades públicas integrantes de un sector público que se destinen a oficinas o servicios administrativos.

⁵⁰ Carácter, además, que resulta del artículo 1271 CC, que excluye como objeto de los contratos las cosas que estén fuera del comercio de los hombres, como sucede con los bienes que integran el dominio público.

⁵¹ Aspecto igualmente contemplado para los bienes comunales y para los bienes de dominio público en el artículo 5 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales. Tales caracteres también han sido acogidos por el artículo 18 de la Ley 4/1986, de 5 de mayo, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como por el artículo 5 de la Ley 6/2006, de 17 de julio, de la Comunidad Autónoma de Canarias, que reproduce la literalidad de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre,

el artículo 3.3 de la Ley 9/2020, de 6 de noviembre, de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, el artículo 5.2 de la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, de la Comunidad Foral de Navarra, el artículo 5.3 de la Ley 14/2003, de 10 de abril, la Comunidad Valenciana, el artículo 7.1. letra a) de la Ley 2/2008, de 16 de junio de la Comunidad Autónoma de Extremadura, el artículo 5.1 de la Ley 6/2023, de 2 de noviembre, de la Comunidad Autónoma de Galicia, añadiendo en este caso, además, que tales bienes no podrán «[...] *ser objeto de gravamen, carga, afección, transacción o arbitraje*. [...]»; también incluye esta última apreciación el artículo 19.1 de la Ley 6/2001, de 11 de abril, de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, añadiendo que «[...] *tienen las mismas condiciones los bienes accesorios, los frutos, las accesiones y las obras nuevas*. [...]»; el artículo 47.1 de la Ley 11/2005, de 19 de octubre, de la Comunidad Autónoma de La Rioja; así como el artículo 13.1 del texto refundido de la Ley del Patrimonio de Euskadi; el artículo 75 de la Ley 1/1991, de 21 de enero de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, añadiendo que «[...] *gozarán del mismo tratamiento fiscal que la Ley establezca para los del Estado*. [...]» y el artículo 9.1 de la Ley 2/1992, de 30 de julio, de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

⁵² Artículo 6 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre. Dicción reproducida en la legislación autonómica. *Vid.* nuevamente, en este caso, el artículo 5 de la Ley 6/2006, de 17 de julio, de la Comunidad Autónoma de Canarias.

⁵³ Artículo 341 CC.

⁵⁴ Igualmente, tal redacción no ha sido modificada.

⁵⁵ MUÑOZ MACHADO, S. (2015, t. XIV: 351).

⁵⁶ En similares términos, el artículo 4 de la Ley 4/1986, de 5 de mayo, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, suprimiendo, en este caso, el término similar «*demaniales*» por «*bienes de dominio público*», al igual que el artículo 4 del Texto refundido de la Ley del Patrimonio de Aragón. Con los mismos términos de la Ley estatal el artículo 6.1 de la Ley 6/2006, de 17 de julio, de la Comunidad Autónoma de Canarias, el artículo 5.1 de la Ley 3/2006, de 18 de abril, de la Comunidad Autónoma de Cantabria, así como el artículo 4.1 de la Ley 9/2020, de 6 de noviembre, de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, artículo 6.1 de la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, de la Comunidad Foral de Navarra, el artículo 5. letra a) de la Ley 3/2001, de 21 de junio, de la Comunidad de Madrid, el artículo 6.1 y el artículo 6.2. letra f) de la Ley 14/2003, de 10 de abril, la Comunidad Valenciana; también el artículo 6 de la Ley 2/2008, de 16 de junio de la Comunidad Autónoma de Extremadura, el artículo 2 de la Ley 6/2023, de 2 de noviembre de la Comunidad Autónoma de Galicia, así como el artículo 5.1 de la Ley 11/2005, de 19 de octubre, de la Comunidad Autónoma de La Rioja, el artículo 5.1 del texto refundido de la Ley del Patrimonio de Euskadi o el artículo 6 de la Ley 3/1992, de 30 de julio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia que, además de incorporar una mención en tal sentido, dispone que tienen la consideración de bienes patrimoniales, con carácter residual «[...] *Cualquier otro bien o derecho cuya titularidad pertenezca a la Comunidad Autónoma de Murcia y no sea calificado de dominio público* [...]»; La Ley 11/2006, de 26 de octubre, de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, sin embargo, con mayor laxitud, opta por efectuar una remisión a lo establecido al respecto por la legislación del Estado. El artículo 4 del Texto refundido de la Ley de patrimonio de la Generalidad de Cataluña simplemente establece que integran el dominio privado los bienes y derechos que son propiedad de la Generalidad y no son afectados directamente a un uso general o servicio público, sin incluir mención alguna a los bienes demaniales o de dominio público. Por el contrario, no hay referencia expresa en tal sentido en la Ley 6/2001, de 11 de abril de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares que, simplemente, se limita a enumerar aquellos que tendrán tal consideración, así como tampoco en el artículo 4 de la Ley 1/1991, de 21 de febrero, de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias.

⁵⁷ Sin mención a la Administración General del Estado, pero reproduciendo de igual forma, el artículo 5.2 del Texto refundido de la Ley del Patrimonio de Aragón, así como el artículo 6.2 de la Ley 6/2006, de 17 de julio, de la Comunidad Autónoma de Canarias, el artículo 5.2 de la Ley 3/2006, de 18 de abril, de la Comunidad Autónoma de Cantabria, el artículo 4.2 de la Ley 9/2020, de 6 de noviembre, de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, el artículo 6.2 de la Ley 11/2006, de 26 de octubre, de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, así como el artículo 5 de la Ley 3/2001, de 21 de junio, de la Comunidad de Madrid; también el artículo 6.1 de la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, de la Comunidad Foral de Navarra, así como el artículo 6 de la Ley 2/2008, de 16 de junio de la Comunidad Autónoma de Extremadura; el artículo 2 de la Ley 6/2023, de 2 de noviembre de la Comunidad Autónoma de Galicia; el artículo 5.1 de la Ley 11/2005, de 19 de octubre, de la Comunidad Autónoma de La Rioja; el artículo 5.1 del texto refundido de la Ley del Patrimonio de Euskadi; el artículo 4 de la Ley 1/1991, de 21 de febrero, de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias o el artículo 6 de la Ley 3/1992, de 30 de julio, de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. El artículo 6.2 de la Ley 14/2003, de 10 de abril, la Comunidad Valenciana, sin embargo, incorpora mención a los bienes muebles fungibles, que no estén directa o indirectamente vinculados al desenvolvimiento de los servicios públicos, así como aquellos cuyo valor no exceda de la cantidad fijada por orden de la conselleria competente. En el caso del Texto refundido de la Ley de patrimonio de la Generalidad de Cataluña, además de lo anterior, establece como bienes patrimoniales de la Generalidad los derechos derivados de la titularidad de los bienes patrimoniales de la Generalidad, los derechos reales y de arrendamiento que le pertenecen, así como cualquier derecho sobre cosa ajena, los derechos de propiedad inmaterial que pertenecen a la Generalidad, las cuotas, las partes alicuotas y los títulos representativos del capital que le pertenecen de empresas constituidas de acuerdo con el derecho civil o el mercantil, cualquier otro bien o derecho cuya titularidad corresponde a la Generalidad de Cataluña y no es calificado de dominio público; el artículo 6 de la Ley 6/2001, de 11 de abril, de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares mantiene la misma posición, no obstante, establece que son bienes patrimoniales, los bienes propiedad de la Comunidad Autónoma no afectos directamente a un uso o servicios públicos, los derechos de cualquier naturaleza que deriven del dominio de los bienes patrimoniales, los derechos de propiedad inmaterial o incorporales de la Comunidad Autónoma, los derechos reales, de arrendamiento y cualesquiera otros de carácter personal de titularidad propia, los títulos representativos de capital y todo tipo de participaciones en sociedades o personas jurídicas constituidas o regidas de acuerdo con el derecho privado, así como cualquier otro bien o derecho propio susceptible de rendimiento económico.

⁵⁸ Artículo 8.1 LPAP; también la legislación autonómica como el artículo 7.1 de la Ley 6/2006, de 17 de julio, de la Comunidad Autónoma de Canarias.

⁵⁹ Artículo 8.2 LPAP. Al igual que lo anterior, también ha sido acogida esta dicción por la legislación autonómica, como el artículo 7.2 de la Ley 6/2006, de 17 de julio, de la Comunidad Autónoma de Canarias, si bien, suprimiendo, en este caso, la política de vivienda.

⁶⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. (2006: 137), con ocasión del deslinde de montes.

⁶¹ Con mayor intensidad, si cabe, al objeto de lograr su protección, se erigen los catálogos de utilidad pública, como sucede en el ámbito de montes. PARADA VÁZQUEZ, J. R. (1989: 25).

⁶² PÉREZ-ARDA CRIADO, J. (2000). Introducción al Dominio Público. En CHINCHILLA MARÍN, C. (coord.). *Telecomunicaciones. Estudios sobre el dominio público y propiedad privada*. Madrid: Garrigues & Andersen, Marcial Pons, 31.

⁶³ ROCA SASTRE, R. M. (1948: 115).

⁶⁴ Artículo 1 LH.

⁶⁵ Artículo 2.Sexto LH.

⁶⁶ Artículo 5 del Reglamento Hipotecario, aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947 (BOE, núm. 106, de 16 de abril de 1947) en la redacción dada por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre (BOE, núm. 233, de 29 de septiembre de 1998).

⁶⁷ Artículo 5 RH. Ello supuso un cambio sustancial frente a la regulación primigenia que excluía de la inscripción a los bienes de dominio público a los que se refiere el artículo 339 CC, es decir, los destinados a uso público, como son caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, así como aquellos que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, estando destinados a un servicio público o fomento de la riqueza nacional, tales como murallas, fortalezas y demás obras en defensa del territorio, y las minas, mientras no se otorgue su concesión, sean, por tanto, de uso general, y bien pertenezcan al Estado privativamente y estén afectos a algún servicio público, al fomento de la riqueza nacional o a las necesidades de la defensa del territorio. Y, además, igualmente se encontraban excluidos los bienes de uso público de las provincias y de los pueblos a los que se refiere el artículo 344 CC, como son los caminos provinciales y los vecinales, las plazas, calles, fuentes y aguas públicas, los paseos y obras públicas de servicio general, costeadas por los mismos pueblos o provincias; los restantes, tendrán la consideración de patrimoniales rigiéndose por las disposiciones de este mismo Código Civil, con las especificidades contempladas en las leyes especiales. Asimismo, se contemplaba la exclusión de las servidumbres impuestas por la Ley que tengan por objeto la utilidad pública; así como los templos destinados al culto católico. La modificación introducida por el Decreto 393/1959, de 17 de marzo, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria (BOE, núm.72, de 25 de marzo de 1959) reemplazó la mención a los bienes a los cuales se refiere el artículo 344 CC por una mención genérica a los bienes municipales y provinciales de dominio y uso público conforme a la legislación especial. El artículo 6 del Reglamento Hipotecario, en la redacción dada por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre (BOE, núm. 233, de 29 de septiembre de 1998), establecía expresamente que «*Si un inmueble de propiedad privada adquiere la naturaleza de bien de dominio público, se hará constar esta circunstancia en la inscripción del título de expropiación, deslinde, cesión obligatoria o cualquier otro del que resulte tal condición.*». Téngase en cuenta, no obstante, que tal precepto fue declarado nulo por STS, Sala Tercera, de 21 de enero de 2001 (BOE, núm. 79, de 2 de abril de 2001).

⁶⁸ SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2023). Publicidad registral y dominio público. A propósito de la RDGSJFP de 15 de febrero de 2023, *Actualidad Civil*, [en línea], núm. 10, 3, disponible en: https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/73763/Actualidad%20civil_10-2023_Blanca%20S-C.pdf?sequence=1&isAllowed=y (última consulta: 1/11/2025).

⁶⁹ SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2023: 5).

⁷⁰ PARADA VÁZQUEZ, J. R. (1989: 25).

⁷¹ Artículo 34 LH.

⁷² El artículo 10.5 LH establece expresamente que «*Alcanzada la coordinación gráfica con el Catastro e inscrita la representación gráfica de la finca en el Registro, se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real.*».

⁷³ STS, Sala de lo Civil, 1479/2024, de 11 de noviembre —FJ 8.º—, ya citada.

⁷⁴ MUÑOZ MACHADO, S. (2015, t. XIV: 367), quien atribuye esa excepción a que en su creación el Registro de la Propiedad se concibió como un instrumento de protección de

titularidades privadas, pero no públicas. Así lo reflejó el Real Decreto de 11 de noviembre de 1863, dictando varias disposiciones para la inscripción en los Registros de la Propiedad de los bienes inmuebles y derechos Reales que poseen ó administran el Estado y las Corporaciones civiles (Gaceta de Madrid, núm. 330, de 13 de noviembre de 1863), exceptuándose de su inscripción «[...] *Los bienes que pertenecen tan solo al dominio eminente del Estado, y cuyo uso es de todos, como las riberas del mar, los ríos y sus márgenes, las carreteras y caminos de todas clases, con exclusión de los de hierro, las calles, plazas, paseos públicos y egidos de los pueblos, siempre que no sean terrenos de aprovechamiento comun de los vecinos; las murallas de las ciudades y plazas, los puertos y radas y cualesquiera otros bienes análogos de uso comun y general.* [...]» —artículo 3.1.º—, si bien, el mismo Real Decreto sí contempló la inscripción en el Registro de la Propiedad de los «[...] *bienes inmuebles y los derechos Reales que poseen ó administran el Estado y las Corporaciones civiles, y se hallen esceptuados ó deban esceptuarse de la venta, con arreglo á las leyes de desamortización de 1.º de Mayo de 1855 y 11 de julio de 1856, se inscribirán desde luego en los Registros de la propiedad de los partidos en que radiquen.* [...]» —artículo 1.º—. Excepción que, en parecidos términos, se mantuvo en el Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria de 6 de agosto de 1915 (Gaceta de Madrid, núm. 230, de 13 de agosto de 1915).

⁷⁵ Artículo 5 del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, al disponer expresamente que «*Los bienes inmuebles de dominio público también podrán ser objeto de inscripción, conforme a la legislación especial.*».

⁷⁶ Artículo 36.1 LH, que no distingue en este caso entre bienes.

⁷⁷ HORGUÉ BAENA, C. (2006). Bienes públicos y Registro de la Propiedad, *Revista Andaluza de Administración Pública*, [En línea], núm. 62, 41, disponible en: <https://ws168.juntadeandalucia.es/revistaselectronicas/raap/article/view/376/375> (última consulta: 2/11/2025), si bien, destaca que el Real Decreto de 11 de noviembre de 1864 contempló la inscripción de los bienes inmuebles y derechos reales poseídos o administrados por el Estado y las Corporaciones civiles exceptuados de la venta de acuerdo con las leyes desamortizadoras, dispensándose de su inscripción otros bienes de uso común y general.

⁷⁸ Del mismo modo, el artículo 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

⁷⁹ MUÑOZ MACHADO, S. (2015, t. XIV: 367).

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ MUÑOZ MACHADO, S. (2015, t. XIV: 366).

⁸² Dependiente actualmente del Ministerio de Hacienda. *Vid.* Real Decreto 206/2024, de 27 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda (BOE, núm. 52, de 28 de febrero de 2024).

⁸³ PAREJO ALFONSO, L. (2024). *Lecciones de Derecho Administrativo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1532. Véase, en cualquier caso, que el artículo 21.5 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes (BOE, núm. 280, de 22 de noviembre de 2003) —en adelante, LM—, establece que en el acto del apeo del deslinde de montes de titularidad pública únicamente tendrán valor y eficacia los títulos de dominio inscritos en el Registro de la Propiedad y las sentencias firmes dadas en juicio declarativo de propiedad, lo que, para GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. (2006: 138), implica «[...] *la prevalencia de la titularidad registral frente a la titularidad supuestamente absoluta e imprescriptible del Catálogo* [...]».

⁸⁴ Artículo 33.4 LPAP. Precisamente, por tal motivo, la consulta por terceros de los datos del Inventario General sólo será procedente cuando formen parte de un expediente y de conformidad con las reglas generales de acceso a éstos.

⁸⁵ Por todas, la STS, Sala de lo Civil, 525/2000, de 26 de mayo (Roj: STS 4266/2000 – ECLI:ES:TS:2000:4266) —FJ 1.º—. Esta sentencia reproduce el criterio previamente acogido en SSTs de 19 de marzo de 1936, de 29 de septiembre de 1964 y de 31 de enero de 1996. *Vid.* ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., TORRES LANA, J. A., RUBIO TORRANO, E., y CAVANILLAS MÚGICA, S. (1992, t. II: 1058).

⁸⁶ Por todas, la STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, 9 de junio de 1978 (Roj: STS 2620/1978 – ECLI:ES:TS:1978:2620).

⁸⁷ STS, Sala de lo Civil, 706/1988, de 3 de octubre (Roj: STS 12989/1988 – ECLI:ES:TS:1988:12989) —FJ 4.º—.

⁸⁸ También la STS de 30 de septiembre de 1994 al afirmar que «[...] *ni los planos e inventarios de bienes ni las certificaciones expedidas por los Secretarios de los Ayuntamientos por sí mismos justifican el dominio de bienes inmuebles [...]*», o la STS de 15 de febrero de 1996 conforme a la cual «[...] *el acceso al Registro de la Propiedad de unas fincas que figuraban en el Inventario General de Bienes, a través de una certificación del Secretario de una Junta Vecinal, no puede constituir título válido dominical [...]*». Así citadas por la SAP LO 275/2013, de 23 de septiembre de 2013 (Roj: SAP LO 382/2013 – ECLI:ES:APLO:2013:382) —FJ 5.º—.

⁸⁹ STS, Sala de lo Civil, 525/2000, de 26 de mayo —FJ 1.º—, ya citada.

⁹⁰ En este mismo sentido PARADA VÁZQUEZ, J. R. (1989: 25), quien destaca que la inclusión de un bien en el catálogo no implica un incremento de las potestades de defensa y recuperación de los bienes, a salvo, en su caso, la constitución de un principio de prueba por escrito, dado el valor probatorio que le otorga el artículo 1216 del Código civil a los documentos elaborados por funcionarios. En cualquier caso, tal extremo no enerva la insuficiencia probatoria y los limitados efectos de los respectivos inventarios y catálogos

⁹¹ SAP LO 275/2013, de 23 de septiembre —FJ 5.º—, ya citada.

⁹² Véase, por ejemplo, el artículo 254 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 (Gaceta de Madrid, núm. 170, de 19 de junio de 1879), según el cual «*Compete á los tribunales que ejercen la jurisdicción civil el conocimiento de las cuestiones relativas: 1.º Al dominio de las aguas públicas, y al dominio de las aguas privadas y de su posesion. 2.º Al dominio de las playas, álveos ó cáuces de los ríos y al dominio y posesion de las riberas, sin perjuicio de la competencia de la Administracion para demarcar, apeaar y deslindar lo perteneciente al dominio público. 3.º A las servidumbres de aguas y de paso por las márgenes, fundadas en títulos de derecho civil.*». En similares términos, el artículo 55.1 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio (BOE, núm. 161, de 7 de julio de 1986), que atribuye el conocimiento de las cuestiones de naturaleza civil suscitadas con ocasión del ejercicio de la potestad de investigación a la jurisdicción ordinaria. En este sentido también la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 561/1989, de 28 de abril (Roj: STS 2699/1989 – ECLI:ES:TS:1989:2699) —FJ 2.º—.

STSJ EXT, Sala de lo Contencioso, 113/2006, de 16 de febrero de 2006 (Roj: STSJ EXT 293/2006 – ECLI:ES:TSJEXT:2006:293) «[...] *y ello, naturalmente, sin perjuicio de la acción de quien se crea titular dominical de los bienes sobre los que se ejercita el interdictum propium para reivindicarles ante la Jurisdicción civil, ya que ni la Administración por sí, primero, ni esta Jurisdicción, después* —en alusión al orden jurisdiccional contencioso-administrativo—, *pueden determinar las titularidades dominicales o resolver las cuestiones de propiedad [...]*» —FJ 3.º—.

⁹³ Artículo 38 de la LH «*A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento*

respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos. [...]».

⁹⁴ Más adelante se abordará este extremo.

⁹⁵ Artículo 32.1 LPAP. Del mismo modo, y para el caso de las Entidades locales, el artículo 86 del texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local (BOE, núm. 96, de 22 de abril de 1986 (BOE, núm. 96, de 22 de abril de 1986), al establecer la preceptiva formación de un inventario valorado de todos los bienes y derechos que les pertenecen, así como el artículo 17.1 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales que, igualmente, refleja tal obligación detallando los datos que deberán consignar. Ello supone un cambio sustancial frente a la concepción decimonónica que tal solo consideró respecto de ciertas categorías de bienes como sucedió con los montes. MUÑOZ MACHADO, S. (2015, t. XIV: 366).

⁹⁶ Artículo 18.1 LM. PARADA VÁZQUEZ, J. R. (1989: 25).

⁹⁷ A ambos alude PAREJO ALFONSO, L. (2024: 1532). En el primero de los casos, además de lo expuesto, el artículo 16.1 LM, establece que «*El Catálogo de Montes de Utilidad Pública es un registro público de carácter administrativo en el que se inscriben todos los montes declarados de utilidad pública*»; en el segundo de ellos, el artículo 80.2 del texto refundido de la Ley de Aguas aprobado Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio (BOE, núm. 176, de 24 de julio de 2001) establece que el Registro de Aguas tendrá carácter público.

⁹⁸ Artículo 35.1 LPAP.

⁹⁹ Se trata de los caminos provinciales y los vecinales, las plazas, calles, fuentes y aguas públicas, los paseos y obras públicas de servicio general. El Decreto 393/1959, de 17 de marzo, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria (BOE, núm. 72, de 25 de marzo de 1959) simplificó la redacción del apartado segundo al contemplar que estarán exceptuados de la inscripción «*Los bienes municipales y provinciales de dominio y uso público conforme a la legislación especial*».

¹⁰⁰ Decreto 393/1959, de 17 de marzo, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria (BOE, núm. 72, de 25 de marzo de 1959).

¹⁰¹ SERRERA CONTRERAS, P. L. (2006). Inscripción de los bienes de dominio público, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 697, 1977.

¹⁰² SANDOVAL CARO, E. (2022: 353). Para ALCÁNTARA MARTÍN, A. (2018: 249), además de lo anterior, en relación con la protección de los bienes públicos, la Ley 13/2015, de 24 de junio introduce como novedad la nota marginal relativa a la situación administrativa de la finca, de forma que la inscripción contendrá, entre otros extremos, «[...] *la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refiere*. [...]».

¹⁰³ Vid. el establecimiento de la preceptiva inscripción de los montes catalogados en el Registro de la Propiedad —artículo 18.3 y artículo 18 bis LM—. Téngase en cuenta que la declaración de utilidad pública de un monte no prejuzga ninguna cuestión de propiedad, si bien, constituye una presunción de posesión a favor de la entidad a la que el catálogo otorga su pertenencia, de forma que tan solo podrá impugnarse ante el juicio declarativo ordinario de propiedad ante los tribunales civiles, excluyéndose las acciones derivadas del artículo 250.1.7.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil —artículo 18.1 LM—.

¹⁰⁴ Con similar propósito, el texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio (BOE, núm. 176, de 24 de julio de 2001), establece que la resolución que acuerde la aprobación del deslinde de los cauces de dominio público será título suficiente para rectificar las inscripciones del Registro de la Propiedad que resulten contradictorias, siempre que en él hubiera intervenido el titular registral y en los términos que reglamen-

tariamente se determinen, constituyendo igualmente título para la inmatriculación por parte de la Administración cuando lo estime conveniente, sin perjuicio de la facultad de los titulares de derechos inscritos de poder ejercitar las acciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos —artículo 95.3—.

¹⁰⁵ Vid. el artículo 5.4 LPAP, al establecer que «*Los bienes y derechos de dominio público se registrarán por las leyes y disposiciones especiales que les sean de aplicación y, a falta de normas especiales, por esta ley y las disposiciones que la desarrollen o complementen. Las normas generales del derecho administrativo y, en su defecto, las normas del derecho privado, se aplicarán como derecho supletorio.*».

¹⁰⁶ Sobre esta Ley puede verse a CHINCHILLA MARÍN, C. (coord.) (2004). *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. Madrid: Editorial Civitas, o a MESTRE DELGADO, J. F. (dir.) (2004). *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas (Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre)*. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.

¹⁰⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE, E. (2006: 119).

¹⁰⁸ Sobre la obligatoriedad de la inscripción de los bienes públicos puede verse a SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2023: 18–22).

¹⁰⁹ Artículo 36.1 LPAP. Régimen, además, que contempla que la inscripción deberá ser solicitada por el órgano adquirente del bien o derecho o que haya dictado el acto administrativo o intervenido en el contrato que deba constar en el Registro o, en su caso, por aquel al que le corresponda su administración o gestión (artículo 36.2 LPAP). Es oportuno destacar, asimismo, que en aquellos expedientes que se hubieran instruido para la inscripción de bienes o derechos de titularidad de la Administración General del Estado o sus organismos autónomos deberá emitir informe la Abogacía del Estado. Si los bienes o derechos corresponden a otras entidades públicas dependientes de la Administración General del Estado, deberá emitir informe el órgano al que corresponda su asesoramiento jurídico (artículo 36.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre). La disposición transitoria quinta de esta misma Ley estableció un plazo de cinco años para la obligatoria inscripción de los bienes demaniales de los que fueran titulares las Administraciones públicas, exceptuándose, por tanto, de esta obligación, los bienes patrimoniales.

¹¹⁰ Su artículo 63.1 impone a los notarios la obligación de remitir una copia simple de la escritura por ellos autorizada en las cuales, no habiendo sido otorgada por el Ministro de Hacienda, el Director General del Patrimonio del Estado o los Delegados de Economía y Hacienda, se formalicen actos o contratos sobre bienes o derechos cuya titularidad corresponda a la Administración General del Estado o a los organismos vinculados a la misma o dependientes de ella, debiendo constar en la escritura matriz esta manifestación. En este sentido, se establece que los registradores de la propiedad no inscribirán ninguna escritura en la que no conste esta manifestación. También su artículo 63.2 impone a los registradores de la propiedad la obligación de cursar tal comunicación si se trata de la práctica de un asiento registral en base a un documento administrativo, que no haya sido otorgado por los anteriores.

¹¹¹ Artículo 46.2 del Reglamento de la LPAP.

¹¹² A ello se ha referido también la doctrina. Por todos, HORGUÉ BAENA, C. (2006: 79).

¹¹³ SERRERA CONTRERAS, P. L. (2006: 1980).

¹¹⁴ SANDOVAL CARO, E. (2022: 366).

¹¹⁵ Así, el artículo 41 LH establece que «*Las acciones reales procedentes de los derechos inscritos podrán ejercitarse a través del juicio verbal regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra quienes, sin título inscrito, se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio. Estas acciones, basadas en la legitimación registral que reconoce el artículo 38, exigirán*

siempre que por certificación del registrador se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente.». En este sentido, el artículo 250.1.7 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, ha establecido que se decidirán por juicio verbal tales acciones.

¹¹⁶ MUÑOZ MACHADO, S. (2015, t. XIV: 365). Artículos 31 y 60 y siguientes del RH.

¹¹⁷ ALCÁNTARA MARTÍN, A. (2018: 258).

¹¹⁸ Artículo 53 LPAP.

¹¹⁹ RDGRN de 11 de octubre de 2016 (BOE, núm. 264, de 1 de noviembre de 2016) —FJ 4.º.

¹²⁰ RDGRN de 11 de octubre de 2016, ya citada, —FJ 4.º.

¹²¹ Ahora bien, en el marco de la Ley de 8 de junio de 1957, de Montes (BOE, núm. 151, de 10 de junio de 1957), de cuyo artículo 15 toma su literalidad la redacción actual, tampoco el deslinde, sin perjuicio de erigirse como título inmatriculador, constituye instrumento determinante, ni presuntivamente, del carácter demanial de la finca. Por todas, la STS, Sala de lo Civil, 389/2014, de 6 de noviembre de 2014 (Roj: STS 4810/2014 – ECLI:ES:TS:2014:4810) —FJ 2.º—.

¹²² Artículo 20.6 y artículo 20.8 LM. Téngase en cuenta que, de conformidad con lo establecido en los artículos 41 y 43 de la LPAP el conocimiento de las cuestiones de naturaleza civil suscitadas con ocasión del ejercicio por la Administración de la potestad de deslinde, entre otras, corresponderá a los órganos de este orden jurisdiccional, de forma que únicamente los actos administrativos dictados en los procedimientos que se sigan para el ejercicio de estas facultades y potestades que afecten a titularidades y derechos de carácter civil podrán ser recurridos ante la jurisdicción contencioso-administrativa por infracción de las normas sobre competencia y procedimiento.

¹²³ ALCÁNTARA MARTÍN, A. (2018: 258); SERRERA CONTRERAS, P. L. (2006: 1991).

¹²⁴ A ello se refiere precisamente el artículo 46.2 del Reglamento citado al indicar expresamente que «*Las actuaciones de la Administración General del Estado y sus organismos públicos necesarias para lograr, bien la inscripción de un bien o derecho sobre el mismo de su titularidad cuando se carezca de título escrito de dominio, bien la cancelación o rectificación de un asiento registral existente a su favor que no se corresponda con la realidad jurídica extrarregistral, se tramitarán según lo previsto en la sección siguiente del presente capítulo*». Se contempla, por tanto, un procedimiento específico para la inscripción de bienes públicos en el Registro de la Propiedad.

¹²⁵ ARRIETA SEVILLA, L. (2018). La subsanación de la doble inmatriculación. En L.J. Arrieta Sevilla, M.ª E. Sánchez Jordán (dirs.). J.A. García García (coord.). *Estudios sobre la representación gráfica de las fincas registrales*. Cizur Menor: Civitas Thomsom Reuters, 324.

¹²⁶ Artículo 99 RH.

¹²⁷ Artículo 49 del Reglamento de la LPAP.

¹²⁸ A tal efecto, tanto el artículo 206 LH como el artículo 37 LPAP, contemplan que las Administraciones públicas y las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia puedan realizar inscripciones en el Registro de la Propiedad mediante la emisión de una certificación administrativa.

¹²⁹ Artículo 206 LH.

¹³⁰ Artículo 50 del Reglamento de la LPAP.

¹³¹ Artículo 51 del Reglamento de la LPAP.

¹³² En este sentido, es conveniente indicar que el artículo 3 LH establece expresamente que para que puedan ser inscritos los títulos, deberán estar consignados en escritura pública,

ejecutoria, o documento auténtico expedido por autoridad judicial o por el Gobierno o sus agentes, en la forma prescrita por los reglamentos. Es el caso de documentos notariales, de documentos judiciales, como sucede con los autos o sentencias, así como de documentos administrativos, como son las certificaciones.

¹³³ Artículo 53 del Reglamento de la LPAP.

¹³⁴ Sobre este precepto también puede verse a GARCÍA GARCÍA, J. A. (2018). Régimen de las operaciones registrales sobre los bienes de las administraciones públicas. En: L.J. Arrieta Sevilla, M.^a E. Sánchez Jordán (dirs.). J.A. García García (coord.). *Estudios sobre la representación gráfica de las fincas registrales*. Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, 292, quien afirma que quedan fuera de su ámbito de aplicación los actos de afectación, mutación demanial, desafectación, adscripción, desascripción e incorporación

¹³⁵ A este respecto es conveniente matizar que los artículos 303 a 307 RH desarrollaban las previsiones legales, en particular, lo previsto en el artículo 206 LH, si bien es cierto que la RDGRN de 5 de diciembre de 2018 (BOE, núm. 315, de 31 de diciembre de 2018) consideró tácitamente derogado el Título VI del citado reglamento en el cual se incluyen los repetidos preceptos, llegando a afirmar, reiterando la RDGRN de 17 de noviembre de 2015 (BOE, núm. 294, de 9 de diciembre de 2015) que «[...] *«cuando la disposición derogatoria única de la Ley 13/2015, de 24 de junio, dispone que «quedan derogadas cuantas normas se opongan a lo previsto en la presente Ley», ha de interpretarse que deben entenderse tácitamente derogados todos los artículos del Título VI del Reglamento Hipotecario, los cuales fueron dictados en ejecución del anterior Título VI de la Ley Hipotecaria, pues la nueva redacción legal es en sí misma suficientemente detallada, y basada en principios inspiradores totalmente diferentes de los que dieron cobertura en su día a los artículos reglamentarios que, ahora, por ello, han de entenderse íntegramente derogados a partir del 1 de noviembre de 2015 [...]»*. En este sentido, la previsión que efectúa respecto de tales artículos el artículo 36.3 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales debe entenderse únicamente en la actualidad respecto del artículo 206 LH.

¹³⁶ Desde la redacción originaria del artículo 206 LH el procedimiento previsto para la inmatriculación de los bienes públicos se había extendido expresamente a los bienes de la Iglesia Católica. Precisamente esta circunstancia fue puesta de manifiesto en la propia exposición de motivos de la Ley 13/2015, de 24 de junio, al afirmar que «[...] *La autorización para que la Iglesia Católica utilizara aquel procedimiento ha de situarse en un contexto socioeconómico muy diferente del actual, influenciado aún por los efectos de las Leyes Desamortizadoras –a las que el Reglamento Hipotecario dedica todavía cuatro artículos– y la posterior recuperación de parte de los bienes por la Iglesia Católica, en muchos casos sin una titulación auténtica. [...]»*. La propia exposición de motivos añade, como aspectos que han determinado la exclusión de la Iglesia Católica del ámbito de aplicación de tal precepto, «[...] *la desaparición progresiva de las circunstancias históricas a las que respondió su inclusión, así como el transcurso de un tiempo suficiente desde la reforma del Reglamento Hipotecario de 1998 que ya permitió la inscripción de los templos destinados al culto católico, proscrita hasta entonces, unida a la facilidad y normalidad actual, en una sociedad desarrollada, con una conciencia exacta del valor de los inmuebles y de su inscripción en el Registro de la Propiedad, [...]»*. Así lo destaca, además, GARCÍA GARCÍA, J. A. (2018: 286).

¹³⁷ GARCÍA GARCÍA, J. A. (2018: 287).

¹³⁸ Mención a su vez que se ve replicada respecto de otras operaciones registrales por así contemplarlo expresamente en el artículo 206.4 y 206.5 LH, como sucede con el expediente para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido, así como agrupación, división, agrega-

ción, segregación, declaración de obra nueva, división horizontal, constitución de conjuntos inmobiliarios, rectificación descriptiva o cancelación. *Vid.* GARCÍA GARCÍA, J. A. (2018: 287).

¹³⁹ Artículo 2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre. Téngase en cuenta que la aplicación de este último extremo se efectúa en los términos de lo dispuesto en la disposición final segunda, que enumera los artículos que se dictan al amparo de las competencias estatales. Además, no cabe omitir que el artículo 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE, núm. 236, de 2 de octubre de 2015) —en adelante, LRJSP— ha dispuesto que *«Tienen la consideración de Administraciones Públicas la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público previstos en la letra a) del apartado 2.»*, es decir, *«Cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas.»* Igualmente, debe recordarse que la legislación de régimen local, ya citada, contempla la obligatoriedad de inscribir en el Registro de la Propiedad los bienes públicos de las Entidades locales. GARCÍA GARCÍA, J. A. (2018: 288) añade a esta enumeración, además, a los organismos autónomos y a las Entidades públicas empresariales en los términos de lo dispuesto en el artículo 84.1. letra a) LRJSP, así como las autoridades administrativas independientes, las sociedades mercantiles estatales los consorcios, las fundaciones del sector público, los fondos sin personalidad jurídica, así como las universidades públicas, en tanto que todas ellas ejercen potestades administrativas (artículo 84 LRJSP), excluyéndose de su ámbito de aplicación las sociedades mercantiles públicas, así como también las fundaciones de derecho privado del sector público.

¹⁴⁰ Informe emitido por la Abogacía del Estado o del órgano al que corresponda su asesoramiento jurídico (artículo 36.3 LPAP). De la literalidad de tal redacción se interpreta que la certificación expedida por el funcionario correspondiente acompañará al título de dominio preceptivo, de lo que resulta una evidente contradicción con el artículo 49 del Reglamento de la LPAP, que equiparaba la certificación administrativa al título de dominio, en tanto que sería este documento el que accedería al Registro de la Propiedad. La Ley no establece una diferenciación ni contempla el carácter alternativo del título de dominio o de la certificación en su caso, si no que, por el contrario, establece con carácter imperativo la necesidad de presentar el título de dominio acompañado de la certificación y, ante su inexistencia, se entenderá válida únicamente la presentación de la repetida certificación. La RDGRN de 24 de junio de 2016 (BOE, núm. 180, de 27 de julio de 2016) establece, en su reciente interpretación, que *«[...] Tanto en la anterior redacción del artículo 206 [...] como en la nueva redacción [...], se distingue entre el «título escrito de dominio» y la «certificación» que podría librarse por el ente propietario y aportarse subsidiariamente para el caso de no disponer de aquel, [...] la referida certificación no es el título escrito de dominio sino algo claramente distinto que trata suplir su ausencia. [...]»*, lo que supone, en consecuencia, una clara revisión de los términos de la citada Ley 33/2003, de 3 de noviembre —FJ 3.º—. En este sentido, la misma RDGRN afirma que *«[...] en tanto que documento confeccionado unilateralmente por el favorecido por el mismo, y sea cual fuera el título material o modo de adquisición del dominio que se exprese en dicha certificación, no es nunca en sí mismo un título de dominio o de propiedad, y por tanto, no debió permitir la iniciación notarial del expediente de dominio, ni debe permitir la expedición registral de la certificación solicitada ni la práctica de la anotación preventiva previstas en el artículo 203 de la Ley Hipotecaria. [...]»* —FJ 3.º—. Ello, además, puede interpretarse como una revisión de la interpretación anterior que, entre otras, en la RDGRN de 22 de mayo de 2013 (BOE, núm. 153, de 27 de junio de 2013) había manifestado una posición divergente a la actual, afirmando que *«[...] la certificación de dominio para la inmatriculación de fincas es título hábil*

para las inmatriculaciones de fincas y por tanto también para la descripción de los inmuebles en ellas existentes. Eso sí, siempre que se justifique el cumplimiento de las exigencias urbanísticas y derivadas de la legislación de ordenación de la edificación [...]» —FJ 5.º—.

¹⁴¹ El artículo 609 CC dispone que «La propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Pueden también adquirirse por medio de la prescripción.». A este respecto el artículo 15 LPAP dispone que las Administraciones públicas «[...] podrán adquirir bienes y derechos por cualquiera de los modos previstos en el ordenamiento jurídico y, en particular, por los siguientes: a) Por atribución de la ley. b) A título oneroso, con ejercicio o de la potestad de expropiación. c) Por herencia, legado o donación. d) Por prescripción. e) Por ocupación. [...]».

¹⁴² Recuérdese a tales efectos la preceptiva inclusión en el respectivo inventario de bienes al que se refiere, entre otros, el artículo 32.1 LPAP.

¹⁴³ Artículo 206.1 LH

¹⁴⁴ Artículo 206.2 LH

¹⁴⁵ RDGSJFP de 20 de diciembre de 2022 (BOE, núm. 32, de 7 de febrero de 2023) —FJ 2.º—.

¹⁴⁶ RDGSJFP de 28 de julio de 2023 (BOE, núm. 244, de 12 de octubre de 2023) —FFJJ 3.º y 4.º—.

¹⁴⁷ RDGSJFP de 28 de julio de 2023, ya citada —FJ 3.º—.

¹⁴⁸ ALCÁNTARA MARTÍN, A. (2018: 269).

¹⁴⁹ Artículo 206.3 LH. Téngase en cuenta que el procedimiento contemplado en este artículo para la inmatriculación de estos bienes no contempla la previa intervención de los titulares de fincas colindantes que pudieren verse afectados, lo que limita las garantías, dado que, además, la publicación del respectivo edicto no tiene como propósito conferir un trámite de alegaciones a los posibles afectados por la inmatriculación, si no que como consecuencia de haberse ya practicado, tan solo cabe su impugnación judicial en la medida en que el artículo 1 LH establece que los asientos del Registro «[...] en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley. [...]».

¹⁵⁰ El artículo 34 de la LH dispone que «El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente.».

¹⁵¹ Ex artículo 207 LH.

¹⁵² GARCÍA GARCÍA, J. A. (2018: 300).

¹⁵³ RDGSJFP de 26 de mayo de 2025 (BOE, núm. 152, de 25 de junio de 2025) —FJ 4.º—.

¹⁵⁴ Artículo 10 LH.

¹⁵⁵ Artículo 37.3 LPAP.

¹⁵⁶ Sobre la certificación administrativa como instrumento para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido, puede verse a SERRERAS CONTRERAS, P. L. (2004). Dos apuntes registrales entorno a la nueva Ley de Patrimonio, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 684, pp. 1833–1834.

¹⁵⁷ SERRERAS CONTRERAS, P. L. (2004: 1833).

¹⁵⁸ Artículo 206.4 LH. Téngase en cuenta la nueva redacción del artículo 37.3 LPAP, dada por la disposición final primera de la Ley 13/2015, de 24 de junio.

¹⁵⁹ Esta interpretación resulta de la RDGSJFP de 10 de septiembre de 2021 (BOE, núm. 249, de 18 de octubre de 2021) —FJ 3.º— en relación con el artículo 203 LH, pero debe entenderse aplicable a tal precepto al entender que la interpretación de la práctica de las notificaciones debe hacerse de forma homogénea para todas ellas.

¹⁶⁰ Extremo criticado por la doctrina. SERRERAS CONTRERAS, P. L. (2004: 1834).

¹⁶¹ *Vid.* artículo 207 LH.

¹⁶² GARCÍA GARCÍA, J. A. (2018: 303).

¹⁶³ La RDGRN de 15 de marzo de 2016 —FJ 7.º— ha considerado válidos los informes que se hubieran emitido transcurrido el mes.

¹⁶⁴ CLEMENTE MEORO, M. (1997). *Doble inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad*. Valencia: Tirant monografías, 19. Del mismo modo, ARRIETA SEVILLA, L.J. (2008). Fe pública registral, doble inmatriculación y usucapión: comentario a la STSJ Navarra de 28 de abril de 2008 [RAJ 2009/306], *Revista Jurídica de Navarra*, [En línea], núm. 47, 193, disponible en: <http://dadun.unav.edu/handle/10171/14132> (última consulta: 28/09/2025).

¹⁶⁵ De similar forma lo ha interpretado el TS. Por todas, las SSTS Sala Primera, de lo Civil, 922/2004, de 11 de octubre de 2004 (Roj: 6376/2004 – ECLI: ES:TS:2004:6376), Sala Primera, de lo Civil, 342/2011, de 13 de mayo de 2011 (Roj: STS 2900/2011 – ECLI: ES:TS:2011:2900) o Sala Primera, de lo Civil, 408/2011, de 3 de junio de 2011 (Roj: STS 3575/2011 – ECLI:ES:TS:2011:3575).

¹⁶⁶ Artículo 243 LH.

¹⁶⁷ FANDOS PONS, P. (2014). *Los efectos jurídicos de la identificación y descripción gráfica de fincas registrales: la base gráfica registral*. Tesis doctoral. [En línea]. Valencia: Universidad de Valencia, disponible en: <http://roderic.uv.es/handle/10550/45662?show=full> (última consulta: 28/09/2025), 213.

¹⁶⁸ Debe estarse, en este caso, a lo previsto en los artículos 48 y siguientes del Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Conviene recordar, en este sentido, que tales artículos, como previamente se ha expuesto, regulan el procedimiento para la regularización registral de situaciones de doble inmatriculación.

¹⁶⁹ RDGRN de 22 de noviembre de 2016, ya citada, —FJ 5.º—,

¹⁷⁰ ARRIETA SEVILLA, L. J. (2018: 324–325).

¹⁷¹ ARRIETA SEVILLA, L. J. (2018: 324).

¹⁷² Punto séptimo, apartado segundo, letra b) de la Resolución de 26 de octubre de 2015, conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro, por la que se regulan los requisitos técnicos para el intercambio de información entre el Catastro y los Registros de la Propiedad.

¹⁷³ Ahora bien, tramitado este procedimiento y constatada por el registrador de la propiedad la posible invasión del dominio público o, en su caso, de un bien patrimonial, por superposición de la georreferenciación con la cartografía catastral la mera incomparecencia o la falta de presentación de alegaciones por la Administración pública titular que pueda verse afectada no implicará la aquiescencia a los efectos de practicar la correspondiente inscripción de la representación gráfica, de forma que deberá denegarse la inscripción hasta que se disipen las dudas originadas por dicha circunstancia (RDGSJFP de 21 de febrero de 2023 – BOE, núm. 63, de 15 de marzo de 2023).

¹⁷⁴ ALCÁNTARA MARTÍN, A. (2018: 252).

¹⁷⁵ Artículo 18.3 LPAP.

¹⁷⁶ Artículo 21.3 LPAP.

¹⁷⁷ Artículo 205 LH.

¹⁷⁸ Artículo 9. letra b) LH.

¹⁷⁹ Artículo 205 LH.

¹⁸⁰ Por todos, MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2018). La inmatriculación por doble título público. En: L.J. Arrieta Sevilla, M.^a E. Sánchez Jordán (dirs.). J. A. García García (coord.). *Estudios sobre la representación gráfica de las fincas registrales*. Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, pp. 280 y 283.

¹⁸¹ Por todas, la RDGRN de 15 de marzo de 2016 (BOE, núm. 83, de 6 de abril de 2016) —FJ 9.º— y la RDGRN de 12 de abril de 2016 (BOE, núm. 133, de 2 de junio de 2016) —FJ 5.º—.

¹⁸² Las RRDGRN, ya citadas en el número inmediato anterior.

¹⁸³ Así lo advirtió la RDGRN de 4 de septiembre de 2017 (BOE, núm. 28 de septiembre de 2017) —FJ 3.º—.

¹⁸⁴ ALCÁNTARA MARTÍN, A. (2018: 268).

¹⁸⁵ STS, Sala de lo Civil, 728/2025, de 12 de mayo de 2025 (Roj: STS 2175/2025 – ECLI:ES:TS:2025:2175) —F 5.º—.

¹⁸⁶ RDGRN de 19 de junio de 2018 (BOE, núm. 161, de 4 de julio de 2018) —FJ 9.º—.

¹⁸⁷ ALCÁNTARA MARTÍN, A. (2018: 266).

¹⁸⁸ RDGRN de 29 de noviembre de 2019 (BOE, núm. 7, de 8 de enero de 2020) —FJ 5.º—.

¹⁸⁹ RDGSJFP de 30 de julio de 2024 (BOE, núm. 256, de 23 de octubre de 2024) —FJ 6.º—. Téngase, en cuenta, además, que la falta de emisión del informe en el plazo previsto, «[...] *no puede implicar en modo alguno una resolución presunta de la Administración favorable a la pretensión del interesado*. [...]», puesto que «[...] *la técnica del silencio administrativo positivo no es aplicable en materia de validez o nulidad civil de los actos o contratos sujetos al derecho privado, y por tal hay que entender la pretensión de inscripción, vía inmatriculación, de un derecho de dominio, cuando en dicho procedimiento la intervención de una Administración Pública (en el caso debatido, un Servicio Hidrográfico) impuesta por la normativa hipotecaria o por la sectorial correspondiente lo es a título de mero informe, no de resolución de ningún procedimiento administrativo*. [...]». Vid. RDGSJFP de 26 de mayo de 2025, ya citada —FJ 5.º—.

¹⁹⁰ RDGSJFP de 30 de julio de 2024, ya citada, —FJ 8.º—.

¹⁹¹ RDGSJFP de 30 de julio de 2024, ya citada, —FJ 8.º—.

¹⁹² RDGSJFP de 28 de julio de 2023 (BOE, núm. 290, de 5 de diciembre de 2023) —FJ 4.º—.

¹⁹³ RDGRN de 12 de abril de 2016, ya citada —FJ 5.º—; respecto de este extremo, véase también lo dicho en la RDGSJFP de 26 de mayo de 2025, ya citada —FJ 5.º—.

¹⁹⁴ Artículo 10.1 LH.

¹⁹⁵ Artículo 9. letra b), párrafo noveno de la LH.

¹⁹⁶ ARRIETA SEVILLA, L. J. (2018: 324).

¹⁹⁷ Artículo 199.1 LH.

¹⁹⁸ RDGSJFP de 4 de noviembre de 2021 (BOE, núm. 283, de 26 de noviembre de 2021) —FJ 6.º—.

¹⁹⁹ Ha sido jurisprudencia reiterada que el principio de legitimación registral no se extiende a los meros datos descriptivos de las inscripciones registrales por constituir meras declaraciones de los propietarios carentes de efectos jurídicos. Por todas, la STS, Sala de lo Civil, de 30 de noviembre de 1991 (Roj: STS 10341/1991 – ECLI:ES:TS:1991:10341), al afirmar

también que «[...] *El principio de la fe pública registral atribuye a las inscripciones vigentes carácter de veracidad en cuanto a la realidad jurídica, pero no con carácter absoluto e ilimitado, ya que ampara datos jurídicos y opera sobre la existencia, titularidad y extensión de los derechos reales e inmobiliarios inscritos, no alcanzando la presunción de exactitud registral a los datos y circunstancias de mero hecho (cabida, condiciones físicas, límites y existencia real de la finca) [...] de tal manera que la presunción iuris tantum que establece el art. 38 de la Ley Hipotecaria, cabe ser desvirtuada por prueba en contrario, que acredite la inexactitud del asiento registral [...] en cuanto la realidad jurídica registral se acredite ser distinta a la que se expresa tabularmente. [...]*» —FJ 2.º— y la STS, Sala de lo Civil, 495/2008, de 2 de junio de 2008 (Roj: STS 2587/2008 – ECLI:ES:TS:2008:2557) —FJ 1.º—.

²⁰⁰ SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2023: 17).

²⁰¹ RDGSJFP de 30 de marzo de 2023 (BOE, núm. 92, de 18 de abril de 2023) —FJ 4.º—.

²⁰² ALCÁNTARA MARTÍN, A. (2018: 262).

²⁰³ A ello se refiere HORGUÉ BAENA, C. (2006: 63); SERRERA CONTRETAS, P. L. (2006: 1987–1993).

²⁰⁴ SANDOVAL CARO, E. (2022: 367).

²⁰⁵ Por todas, las RRDGSJFP de 5 de mayo de 2022 (BOE, núm. 126 de 27 de mayo de 2022) —FJ 8.º— y de 15 de febrero de 2023 (BOE, núm. 57, de 8 de marzo de 2023).

²⁰⁶ SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2023: 6).

²⁰⁷ RDGSJFP de 28 de julio de 2023, ya citada —FJ 4.º—.

²⁰⁸ Así lo expresó la RDGRN de 23 de enero de 2014 (BOE, núm. 38, de 13 de febrero de 2014) —FJ 9.º—.

²⁰⁹ ALCÁNTARA MARTÍN, A. (2018: 282) considera, a este respecto, que la exoneración de su posible responsabilidad por falta de dicha inscripción puede venir dada por el suministro de información territorial por parte de la Administración pública.

²¹⁰ RDGSJFP de 5 de mayo de 2022, ya citada —FJ 8.º—.

²¹¹ Artículo 9. letra b) LH.

²¹² ALCÁNTARA MARTÍN, A. (2018: 253).

²¹³ HERNÁNDEZ TORRES, E. (2018). La información asociada en la reforma de la Ley Hipotecaria. En L.J. Arrieta Sevilla, M.ª E. Sánchez Jordán (dirs.). J.A. García García (coord.). *Estudios sobre la representación gráfica de las fincas registrales*. Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, 123.

²¹⁴ Disposición adicional primera.

²¹⁵ HERNÁNDEZ TORRES, E. (2018: 133).

²¹⁶ Al efecto, se establece un plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la ley para proceder de esta forma.

²¹⁷ ALCÁNTARA MARTÍN, A. (2018: 254); FANDOS PONS, P. (2016). *Los efectos jurídicos de la identificación y descripción gráfica de las fincas registrales: la base gráfica registral*, Valencia: Tirant lo Blanch, 670.

²¹⁸ ALCÁNTARA MARTÍN, A. (2018: 267). *Vid.* por todas, la RDGSJFP de 24 de junio de 2025 (BOE, núm. 179, de 26 de julio de 2025).

²¹⁹ RDGRN de 4 de septiembre de 2019 (BOE, núm. 261, de 30 de octubre de 2019) —FJ 1.º—.

²²⁰ *Vid.* RDGSJFP de 30 de julio de 2024, ya citada —FJ 3.º—.

²²¹ Así se desprende, además, de los efectos de determinados deslindes, como sucede con las vías pecuarias o costas. El artículo 8.3 de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias (BOE, núm. 71, de 24 de marzo de 1995) establece expresamente que «*El deslinde aprobado declara la posesión y la titularidad demanial a favor de la Comunidad Autónoma, dando lugar*

al amojonamiento y sin que las inscripciones del Registro de la Propiedad puedan prevalecer frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados.»; en similares términos, el artículo 13 de la Ley 22/1988, de 28 de julio.

²²² STS, Sala de lo Civil, 596/1999, de 1 de julio de 1999 (Roj: STS 4715/1999 – ECLI:ES:TS:1999:4715) —FJ 1.º—.

²²³ *Vid.* Artículo 15 de la Ley 22/1988, de 28 de julio.

²²⁴ Artículo 16.1 de la Ley 22/1988, de 28 de julio.

²²⁵ Artículo 33 del Reglamento General de Costas.

²²⁶ *Vid.* Artículo 21.3 del Reglamento General de Costas.

²²⁷ RDGRN de 19 de junio de 2018, ya citada —FJ 8.º—; también la RDGSJFP de 8 de enero de 2025 (BOE, núm. 37, de 12 de febrero de 2025) —FFJJ 2.º y 3.º—.

²²⁸ Artículo 29.11 de la Ley 37/2015, de 29 de septiembre.

²²⁹ Artículo 30.7 de la Ley 37/2015, de 29 de septiembre.

²³⁰ Artículo 22 LM. En este sentido, SANDOVAL CARO, E. (2022: 374) considera que este silencio positivo únicamente sería aplicable en aquellos supuestos en los cuales no exista información territorial asociada, según la cual pueda advertirse la posible invasión, dado que si así sucediera podrá vulnerarse el principio de protección del dominio público.

²³¹ Artículo 40 LH.

²³² GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. (2006: 124–125).

²³³ *Ibidem.*

²³⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. (2006: 126).

²³⁵ Extremo éste criticado por un sector de la doctrina —por todos véase a SERRERA CONTRETAS, P. L. (2004: 1844)— quién considera que el verdadero título será la resolución de la autoridad administrativa que haya declarado la inexistencia del bien o reconocido la titularidad de un tercero, independientemente de que el título que acceda al Registro de la Propiedad lo sea mediante certificación administrativa expedida por el órgano administrativo correspondiente, que deberá estar acompañada del traslado íntegro de la resolución, la constancia de su firmeza, la notificación al interesado y el informe de la Abogacía del Estado, si se trata de bienes estatales.

²³⁶ Recuérdesse lo previamente indicado en la LM, a título de ejemplo, sobre la resolución definitiva aprobatoria del expediente de deslinde (artículo 21.8 LM).

²³⁷ Artículo 210.2 LH.

²³⁸ SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2023: 12).

²³⁹ Artículo 21.8 LM, al establecer que «*La resolución definitiva del expediente de deslinde es título suficiente, según el caso, para la inmatriculación del monte, para la inscripción de rectificación de la descripción de las fincas afectadas y para la cancelación de las anotaciones practicadas con motivo del deslinde en fincas excluidas del monte deslindado. Esta resolución no será título suficiente para rectificar los derechos anteriormente inscritos a favor de los terceros a que se refiere el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.*».

²⁴⁰ *Vid.* artículo 242.ter del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los títulos Preliminar, I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas (BOE, núm. 103, de 30 de abril de 1986).

²⁴¹ Artículo 95.3 del texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio (BOE, núm. 176, de 24 de julio de 2001).

²⁴² STS, Sala de lo Civil, 448/2007, de 25 de abril de 2007 (Roj: STS 2369/2007 – ECLI:ES:TS:2007:2369) —FJ 2.º—.

²⁴³ Esta postura la defiende GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. (2006: 135).

²⁴⁴ Artículo 13.2 de la Ley 22/1988, de 28 de julio y artículo 8.3 de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, respectivamente.

²⁴⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. (2006: 129).

²⁴⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. (2006: 135).

²⁴⁷ SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2023: 14).

El derecho etológico al uso eficiente de los recursos energéticos como facultad del dominio y el derecho real de aprovechamiento ambiental

The ethological right to the efficient use of energy resources as a right of ownership and the real right to environmental use

por

PEDRO FANDOS PONS

Registrador de la Propiedad y Mercantil

RESUMEN: Uno de los retos más importantes que se afrontan en el Siglo XXI es el de la sostenibilidad en el desarrollo económico, para que no se base sólo en el consumo de recursos naturales, propio de un modelo económico de carácter lineal, sino en el uso eficiente de los mismos, propio de un modelo económico de carácter circular. Uno de los pilares en los que debe basarse ese uso eficiente de los recursos naturales es el de la educación ambiental, para que las conductas humanas tomen conciencia del concepto de la eficiencia en el uso de los recursos naturales, especialmente los energéticos. Es esencial para ello la introducción de buenas prácticas y nuevas soluciones jurídicas, como el reconocimiento normativo del contenido económico del capital natural.

Por otro lado, la reciente crisis energética, derivada en parte de una planificación un tanto errática en la producción de energía, ha producido un aumento de costes, derivados de la dependencia energética de los países comunitarios de otros países no comunitarios, lastrando el desarrollo económico de los primeros, afectando a las pequeñas y medianas empresas y a las economías familiares. La

conceptuación y regulación de mercados alternativos, que permitan el autoconsumo y el ahorro se antoja una necesidad inaplazable.

El objetivo del presente artículo es introducir en la doctrina jurídica una nueva solución jurídica: la figura del derecho real al aprovechamiento, basado en el contenido económico que tiene la creación de un valor natural sobre una finca determinada, que permitirá desarrollar jurídicamente las necesidades económicas que la sociedad demanda.

Sin embargo, la aplicación de la doctrina tradicional basada en la producción de derechos subjetivos, derivados de las declaraciones de voluntad de las partes, en el seno de una relación jurídica de carácter patrimonial se revela insuficiente. Por ello, el Derecho debe de aportar nuevas soluciones jurídicas, como la basada en el reconocimiento de las situaciones y derechos etológicos, derivados en el reconocimiento del valor patrimonial del uso eficiente de los recursos naturales.

Este derecho no está basado en una relación jurídico real, con su lado activo por el cual su titular adquiere un poder directo e inmediato sobre una cosa ajena, en atención a una contraprestación y con su lado pasivo, por el cual el propietario debe destinar la finca a un uso compatible con el mantenimiento de la eficiencia en el uso del valor natural asignado. Está basado, por el contrario, en un comportamiento del titular del derecho de dominio sobre la finca, a la que se asigna el consumo de los recursos. Este debe hacer un uso eficiente, a través del uso de la tecnología, que permita su cuantificación o medición, cualidad a través de la cual puede otorgársele un reconocimiento patrimonial, como consecuencia de los beneficios que puede producir a la comunidad general.

ABSTRACT: One of the most important challenges facing us in the 21st century is that of sustainability in economic development, so that it is not based only on the consumption of natural resources, typical of a linear economic model, but on their efficient use, typical of a circular economic model, where the use of the resource is not exhausted, but rather regenerated or renewed to give it a new use. One of the pillars on which this efficient use of natural resources must be based is environmental education, so that human behaviour becomes aware of the concept of efficiency in the use of natural resources, especially energy. To this end, the introduction of good practices and new legal solutions is essential, such as the normative recognition of the economic content of natural capital.

On the other hand, the recent energy crisis, derived in part from the somewhat erratic planning of energy production, discarding some of its sources to promote others, has produced a sharp increase in costs, causing economic difficulties for families. The conceptualization and regulation of alternative markets, which allow self-consumption and savings seems an urgent need.

The objective of this article is to introduce into the field of legal doctrine one of these new legal solutions, which is the figure of the real right to ethological use, based on the economic content of the creation of a natural value on a given property, which will allow the legal development of the economic needs that society demands.

However, the application of the traditional doctrine based on the production of subjective rights, derived from the declarations of will of the parties, within a legal relationship of a patrimonial nature poses a series of difficulties. Therefore, the Law must provide new legal solutions, such as that based on the recognition of etiological situations and rights, as a legal solution to the recognition of the patrimonial value of the efficient use of natural resources.

This right is not based on a real legal relationship that combines the active side of the owner of the same, who acquires a direct and immediate power over another's thing, in attention to the consideration paid to acquire the title and the passive side, in that the owner must allocate the property to a use compatible with maintaining the efficiency in the use of the assigned natural value. It is based on the behaviour of a certain person, the owner of the right of ownership over the property, to whom the consumption of the resources is assigned. This must be used efficiently, through the use of technology, to enable its quantification or measurement, a quality through which it can be granted patrimonial recognition, as a consequence of the benefits it can produce for the general community.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL SUBSTRATO: EL DERECHO REAL DE PROPIEDAD INMOBILIARIA: 2.1. LA DIMENSIÓN INSTITUCIONAL DEL DOMINIO: FUNCIÓN SOCIAL Y AMBIENTAL. 2.2. EL DOMINIO COMO DERECHO SUBJETIVO DE CARÁCTER ABSTRACTO Y ELÁSTICO. 2.3. EL DOMINIO COMO DERECHO SOSTENIBLE.—III. EL USO EFICIENTE DE LOS RECURSOS COMO DERECHO ETOLÓGICO: 3.1. DERECHO DE PROPIEDAD SOSTENIBLE Y DERECHO DE APROVECHAMIENTO PARCIAL. 3.2. LA SITUACIÓN JURÍDICO-ETOLÓGICA FRENTE A LA SITUACIÓN JURÍDICA REAL. 3.3. LA TEORÍA ETOLÓGICA DEL DERECHO DE PROPIEDAD SOSTENIBLE. *A) Formulación de la hipótesis. B) El derecho de propiedad sostenible como derecho etológico.* a) Debe tratarse de un proceso. b) Debe realizarse por un sujeto. c) Debe implicar el desarrollo de una actividad. d) Actividad sobre materia cierta, determinada, participativa y perceptible y susceptible de ser integrada en un proceso. e) Dicha actividad debe producir un resultado. f) De dicha actividad deben poder obtenerse beneficios. h) La necesidad de reconocimiento legal.—IV. EL DERECHO ETOLÓGICO DE PROPIEDAD INMOBILIARIA: 4.1. CONCEPTO DEL DERECHO ETOLÓGICO DE PROPIEDAD INMOBILIARIA SOSTENIBLE. 4.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO ETOLÓGICO DE PROPIEDAD INMOBILIARIA. 4.3. LA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO ETOLÓGICO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. 4.4. CONTENIDO. 4.5. EXTINCIÓN.—V.

CONCEPTO DE DERECHO REAL DE APROVECHAMIENTO ETOLÓGICO: 5.1. CONCEPTO. 5.2. CARACTERES. 5.3. DIFERENCIACIÓN CON OTRAS FIGURAS. *A) La declaración de interés comunitario. B) El derecho de aprovechamiento urbanístico. C) El derecho real de usufructo y las servidumbres personales.* 4.4. ESTRUCTURA DEL DERECHO REAL DE APROVECHAMIENTO ETOLÓGICO. *A) El reconocimiento legal.* a) Los Bancos de Conservación de la Naturaleza. b) El uso eficiente de los recursos hídricos. c) La fijación de dióxido de carbono, mediante sumideros. *B) Elementos personales.* a) El sujeto activo del derecho real de aprovechamiento etológico. b) El sujeto pasivo del derecho real de aprovechamiento etológico. *C) Elementos reales.* a) Los bienes sobre los que puede recaer el derecho de aprovechamiento etológico. b) El aprovechamiento de que es susceptible el bien. c) El precio o contraprestación. *D) Elementos formales. E) Elementos temporales.* 4.5. CONTENIDO. 4.6. EXTINCIÓN.—CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho de propiedad privada, como derecho fundamental, según el art. 17 de la Declaración de los Derechos Humanos, además de cumplir con sus funciones propias, como la de ser elemento esencial para garantizar el desarrollo de la personalidad, ha de cumplir dos funciones: la función social y la función ambiental. Estas integran el ingrediente institucional del derecho de propiedad, delimitando el contenido esencial del derecho de propiedad, como derecho subjetivo, pero sin invadirlo. A ese ingrediente institucional, debe incorporarse un tercer componente: el de la sostenibilidad. Desde finales del siglo XX se ha desarrollado una línea legislativa que ha tratado de introducir el concepto de desarrollo sostenible en el desarrollo de las facultades dominicales, para armonizar la protección del Medio Ambiente con la explotación de los recursos económicos, sin que se quebrante el principio de solidaridad consagrado en los artículos 2 y 138 de la CE. Pero, se ha hecho sin responder a un plan de acción integral.

La introducción del factor sostenibilidad en la propiedad inmobiliaria debe responder a un planteamiento sistémico. Según la STS de 26 de Diciembre de 1989 en su fundamento de derecho sexto: *“todo sistema constituye una totalidad organizada en la que los distintos subsistemas que lo integran —vegetal, animal, hidrológico y mineral— se hallan íntimamente relacionados, de manera que cualquier decisión que afecte a uno de los subsistemas repercute, a la larga o a la corta, sobre los restantes subsistemas, todos los cuales se encuentran en un recíproco equilibrio dinámico”* y añadiendo que *“como también es propio de todo sistema, los distintos subsistemas han de sacrificar su optimización en beneficio del sistema global”*. Ese planteamiento se ha limitado, hasta hoy, en una

intervención legislativa limitativa, que ha sido percibida como una carga por los propietarios, al traducirse en una limitación de las facultades dominicales.

Pero, no se ha tenido en cuenta la posible ampliación de dichas facultades, expandiendo el núcleo esencial del contenido mínimo del derecho de propiedad, con un planteamiento sistémico, que contemple esa perspectiva positiva de fomento. Estas nuevas facultades no se conciben con relación a un propietario, en su aspecto estático, sino que derivan de su actitud activa: su comportamiento, el cual la Ley ha de promocionar. *Y lo hará* mediante el reconocimiento del contenido patrimonial de su comportamiento eficiente en el ejercicio sostenible de sus facultades dominicales. Ello requiere de un nuevo enfoque jurídico¹, que reconozca las consecuencias jurídicas de su comportamiento. La respuesta del Derecho a ese nuevo enfoque es la teoría jurídica de las situaciones y derechos etológicos², que no es contraria o contrapuesta a la teoría clásica que se ocupa de la transformación jurídica de las declaraciones de voluntad, sino que es complementaria pues su ámbito de actuación es distinto, referido a la transformación jurídica de los comportamientos.

En el presente artículo tratamos de aplicar la teoría de los situaciones jurídicas y derechos etológicos al derecho de propiedad inmobiliaria, como modo de incorporar al mismo el elemento sostenibilidad, como el tercer ingrediente de su dimensión institucional, junto con sus funciones social y ambiental, para situarnos en el tercer estadio de la teoría, que origina la aparición de derechos patrimoniales derivados, a su vez, de las situaciones y derechos etológicos y, por ende, de un determinado comportamiento.

II. EL SUBSTRATO: EL DERECHO REAL DE PROPIEDAD INMOBILIARIA

2.1. LA DIMENSIÓN INSTITUCIONAL DEL DOMINIO: FUNCIÓN SOCIAL Y AMBIENTAL

Las transformaciones económico-sociales y tecnológicas han propugnado, explícita o implícitamente, una profunda transformación de los ordenamientos jurídicos positivos, en el ámbito del Derecho Administrativo y del Derecho Privado de la contratación³, que se desenvuelve hoy en un ámbito eminentemente impersonal⁴, lo que también ha incidido en la configuración del contenido del poder, que el Ordenamiento Jurídico confiere al propietario.

Así, la función social del derecho de propiedad, reconocida en el artículo 33 de la CE, toma como centro al hombre en su entorno social; es decir, en las relaciones con los demás y con las Instituciones portadoras del interés público, delimitando las relaciones del propietario con la comunidad general. Dicha función social ha incidido decisivamente en la configuración de este derecho, al determinar que el ejercicio de sus facultades no tiene que realizarse solo

en beneficio del interés particular del propietario, sino teniendo en cuenta el interés general de la Comunidad. Así lo declaró la STC 37/87 de 26 de marzo declaró: *“la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración del derecho o intereses individuales que a este subyacen, sino que debe incluir la referencia a la función social, entendida no como límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del mismo derecho. Utilidad Individual y función social definen, por tanto, de modo inescindible, el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes”*.

Pero, la idea de la función social del derecho subjetivo de propiedad no ha resuelto decisivamente el problema de la relación del hombre con su entorno o ambiente, a pesar del derecho constitucional a disfrutar de un medio ambiente adecuado que reconoce, de modo lacónico, el art. 45 de la CE. La constitucionalización del Medio Ambiente puede entenderse como una potencial colisión con el derecho de propiedad privada. Así, hasta ahora se había planteado la protección ambiental como una limitación o carga del derecho de propiedad inmobiliaria. La STC 149/1991, de 4 de julio, declaró: *“es sin duda, la protección de la naturaleza la finalidad inmediata que persiguen las normas mediante las que se establecen limitaciones en el uso de los terrenos colindantes, a fin de preservar las características propias (incluso, claro está los valores paisajísticos) de la zona marítimo terrestre”* (Fundamento de Derecho 1.º).

Ello responde a una visión parcial del problema de la protección ambiental, que tiene en cuenta solo la restricción o limitación, pero olvida que el derecho de propiedad se incardina en un Medio Ambiente determinado en el que el propietario ha de ejercer sus facultades de un modo equilibrado, para no alterar el ecosistema en el que el inmueble se ubica. Y dicha conducta es la que el Ordenamiento Jurídico debe promocionar.

La función ambiental toma como centro al ecosistema, como valor constitucional reconocido, al que trata de preservar, delimitando el umbral de las acciones que el hombre no puede hacer. Es decir, fija la relación del hombre con su entorno global más inmediato, donde desarrolla su vida, su medio ambiente inmediato. Este está integrado, desde un punto de vista jurídico, por agua, aire, suelo, fauna, flora y paisaje cuya alteración influye en el desarrollo humano. Aunque esta acepción tiene un margen de indefinición, referida a conceptos tales como “el desarrollo del hombre” o “la calidad de vida”, desde un punto de vista objetivo se encuentra acotada al ámbito de los elementos citados⁵ y sobre los que puede incidir el hombre con su comportamiento. Es función del Derecho Medioambiental preservar del desarrollo económico un determinado capital natural crítico. Ello puede llevar a la imposición de restricciones en las facultades del propietario. Y para reprimir comportamientos insolidarios, es principio esen-

cial el de “*quien contamina paga*”, como acción represiva del Estado que busca la protección medioambiental.

Pero, también debe tratar de potenciar comportamientos humanos adecuados para lograr el equilibrio de los ecosistemas en los que los derechos de propiedad inmobiliaria privados se incardinan. En ese ámbito, ya no se toma como centro al ecosistema, sino a las conductas humanas. Nos situamos, no ante la protección medioambiental represiva, sino ante la educación ambiental como herramienta esencial para lograr el equilibrio de las conductas humanas de contenido económico con el ecosistema y conseguir, con ello, un crecimiento económico sostenible, sostenido y duradero. Es, entonces, cuando la legislación limitadora no puede cumplir su función. Y la Administración ha de desarrollar el aspecto positivo del ingrediente institucional sostenibilidad del derecho de propiedad inmobiliaria, potenciando los comportamientos eficientes y óptimos de los propietarios, con carácter complementario a la de reprimir el comportamiento no óptimo. Al aforismo represivo tradicional del Derecho Medioambiental de “*quien contamina paga*” se une el aforismo positivo de la sostenibilidad de “*quien no contamina se beneficia*”. De ese modo, se puede incardinar adecuadamente, con un molde jurídico concreto, la relación del hombre con el medio ambiente de su entorno.

2.2. EL DOMINIO COMO DERECHO SUBJETIVO DE CARÁCTER ABSTRACTO Y ELÁSTICO

Pero, aunque la dimensión institucional del derecho de dominio tiene una triple vertiente social, ambiental y sostenible, sigue siendo un derecho subjetivo de carácter privado. Y ello porque sigue manteniendo sus rasgos característicos, mediante la identificación de lo que se denomina su contenido mínimo. Ese contenido mínimo está integrado por el poder jurídico, abstracto y elástico, cuya actuación se confía al dueño o propietario, que ha de respetar en su ejercicio su dimensión institucional, sin alterar el ecosistema en el que se incardina su derecho de dominio sobre una finca concreta y determinada en un sector del territorio, siendo estos ingredientes institucionales externos al núcleo esencial del derecho de propiedad⁶, que la STS 467/2012 de 19 de julio de 2012 califica como el más paradigmático de todos los derechos reales. Y la STC 11/81 de 8 de abril definió como: “*aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses que dan vida al derecho resulten real, concreta y efectivamente protegidos*”.

Por tanto, el conjunto de facultades jurídicas concedidas por el Ordenamiento, son el núcleo centrípeto y elástico de la titularidad de una persona sobre una cosa, que abarca todas las posibilidades de actuación del hombre sobre ella.

Este poder, como declaró la STS de 24 de octubre de 2005, es de carácter absoluto, al atribuir a su titular el poder o señorío más amplio posible sobre su

objeto; exclusivo del propietario, sin impedir otros derechos sobre su objeto, constituidos con su consentimiento; perpetuo, lo que no impide que pueda limitarse⁷, independiente, pues existe sin necesidad de otro derecho; abstracto, con existencia independiente y absoluta de las vicisitudes de sus facultades⁸; y finalmente, elástico pues sus facultades pueden ampliarse o reducirse creando o extinguiendo derechos reales limitados⁹.

Por tanto, el dominio es un señorío abstracto y unitario y no una simple suma de facultades, las cuales son de difícil enumeración, dada su extensión y que tratan de agruparse por el artículo 348 del CC, en las de gozar, disponer libremente y reivindicar, englobando todas las posibles facultades del propietario sobre la cosa. Dentro de la facultad genérica de libre disposición, se integran las facultades de aprovechamiento, cuyas formas principales son la de usar, disfrutar y, en su caso, consumir la cosa, pero no en la de destruirla. El uso y disfrute pueden revestir diversidad de variedades, todas las cuales son las que pretende agrupar el denominado derecho real de aprovechamiento parcial. Pero, fuera de esas facultades, aparece un elemento que no ha sido ponderado todavía por la legislación; el comportamiento del dueño y los beneficios que del mismo se pueden derivar.

2.3. EL DOMINIO COMO DERECHO SOSTENIBLE

La sostenibilidad es el nuevo ingrediente del aspecto institucional del derecho de propiedad inmobiliaria, que las normas jurídicas han de tener en cuenta, contemplando el ejercicio sostenible de esas facultades. La sostenibilidad siempre va a derivar del comportamiento del propietario. Para ello, las directrices operativas de la sostenibilidad deben impregnar todas las ramas del Derecho y todas las normas jurídicas, mediante su configuración como principio jurídico o legal. Esas directrices operativas son: la utilización de recursos naturales renovables a ritmo inferior a su tasa de renovación y de los no renovables a uno equivalente a la tasa de sustitución por otros renovables; la reducción de emisión de residuos y contaminación, de modo que no excedan de la capacidad de asimilación y autodepuración de los ecosistemas; y el establecimiento de cautelas ante la incertidumbre de los cambios globales, mediante el establecimiento de estándares mínimos de seguridad para lograr el equilibrio de los sistemas ambientales y las necesidades de la población. Debe determinarse un capital natural crítico, con el carácter de mínimo, insustituible y no compensable patrimonialmente y unos niveles de coexistencia racional entre actividades económicas y servicios naturales¹⁰, sin la exacerbación actual del componente ecológico.

La integración de las directrices operativas de ese desarrollo sostenible en el ámbito jurídico ha de estar basada en cuatro pilares, señalados por SALAZAR MÁÑEZ¹¹:

1. El Pilar social, basado en la cohesión social, la justicia preventiva, la equidad, la transparencia, la participación ciudadana y su educación ambiental y en el derecho de acceso a la información pública de forma clara.
2. El pilar económico consistente en calcular el beneficio económico que sobre el bien tiene en la eficiencia en el uso de recursos naturales de forma integrada con el valor económico de los servicios proporcionados por los ecosistemas.
3. El pilar ambiental basado en una correcta gestión ambiental de los recursos naturales y de los ecosistemas, la identificación y minimización de los impactos sobre el medio sin sobrepasar la capacidad de carga de los ecosistemas.
4. El Pilar institucional, como envoltente de los otros tres y que se basa en la coordinación y organización institucional a través de la normativa necesaria, fundamental para que las políticas y estrategias sean efectivas. Desde esta perspectiva, el Derecho de Cosas, como parte del Ordenamiento Jurídico que regula la soberanía del hombre sobre los bienes, particularmente los inmuebles, entre los cuales se encuentra el suelo como recurso natural limitado, susceptible de propiedad privada, ha de experimentar una evolución en su contenido. Para ello, es necesaria la introducción de nuevos conceptos jurídicos que ayuden integrar estos aspectos en los procesos de contratación inmobiliaria, para poder crear una auténtica economía verde y circular.

Desde un punto de vista económico, la respuesta ha sido la aparición de una nueva línea de investigación sobre la economía de los ecosistemas y la biodiversidad (TEEB), a través de la cual se intenta reconocer, mediante su determinación, los beneficios que proporciona la biodiversidad, para demostrar su posible traducción en términos económicos. Muchos de los valores de la biodiversidad no son visibles en el momento de toma de las decisiones económicas ni se tienen en cuenta al fijar el precio de las cosas. Se trata de capturar en la propiedad individualizada el valor económico de los ecosistemas y la biodiversidad, introduciendo mecanismos que los incorporen en nuestros procesos de decisión, para que la eficiencia en el uso de los recursos sea económicamente visible, obligando a repensar la relación entre la naturaleza y la economía. Ello ha de provocar un cambio en nuestra conducta, considerando la posible integración del factor biodiversidad en el valor económico de nuestro derecho de propiedad inmobiliaria¹², sin que ello implique la creación de paraísos ecológicos, fuera de los espacios delimitados por Ley, por la priorización de la defensa ambiental sobre el progreso económico, pues se profundizaría en la desigualdad entre ciudadanos y territorios del Estado¹³. Para ello, es esencial la transformación del modelo económico lineal actual, basado en el sacrificio no controlado de recursos, a uno circular

basado en el uso eficiente y en la capacidad de renovación de los mismos, bajo los principios de cautela, acción preventiva, corrección de la contaminación en origen y en el principio ambiental de quien contamina paga¹⁴, complementado por el de “quien no contamina se beneficia”.

Desde un punto de vista jurídico, esa nueva configuración ha de incidir en el Derecho Civil, debiendo decidirse de qué forma los bienes se utilizan y se explotan, cual es su destino y, si este debe dejarse al libre arbitrio individual, o deben establecerse criterios o ‘módulos colectivos’¹⁵. Para ello, se propone la conceptualización de los derechos de propiedad sostenibles, mediante estrategias que estimulen a los propietarios a incrementar las inversiones sostenibles en sus fincas¹⁶, originando nuevos tipos de valores inmobiliarios, producidos cientos de miles de veces cada mes y susceptibles de ser transmitido miles de veces periódicamente. El objeto de transmisión no serán los derechos, en si mismos considerados, sino los consumos de recursos naturales, como agua, luz, o gas, medibles y cuantificables, derivados de un excedente al que la legislación reconoce valor patrimonial, para premiar la conducta sostenible del propietarios. Pero, también producirá otros bienes intangibles que revierten en nuestra salud, como el silencio, la calidad lumínica, el paisaje, un valor natural, recursos naturales que nacen, atraviesan o se consumen en el territorio¹⁷.

La configuración de ese nuevo ingrediente de la vertiente institucional del derecho de dominio no deriva de su configuración como una suma de facultades reconocidas por el Ordenamiento Jurídico *ab initio*, con carácter estático y elástico, sino que deriva de un comportamiento o conducta activa del propietario, a la que el Ordenamiento Jurídico le reconoce un contenido económico. Es decir, esa nueva configuración del derecho de dominio sostenible no deriva de un derecho real tradicional, aplicando la teoría clásica de la relación jurídica, sino que deriva del comportamiento concreto de cada propietario en el uso de los recursos. Por tanto, el origen de ese nuevo catálogo de derechos reales, que proponemos en el presente artículo, es el comportamiento del propietario que tiene por objeto el uso eficiente de recursos energéticos. Deriva por tanto de una situación de naturaleza etológica, al fundarse en el comportamiento activo del propietario, como esencia para integrar nuevas facultades en su derecho de dominio.

III. EL USO EFICIENTE DE LOS RECURSOS COMO DERECHO ETOLÓGICO

3.1. DERECHO DE PROPIEDAD SOSTENIBLE Y DERECHO DE APROVECHAMIENTO PARCIAL

La configuración del derecho de propiedad sostenible, como derecho generado por el comportamiento de un propietario, que el Ordenamiento Jurídico trata

de proporcionar, debe diferenciarse de figuras tradicionales del derecho real, con las que puede compartir alguna similitud, pero sin que exista identidad esencial, como los derechos reales de aprovechamiento parcial.

Estos derechos reales limitados derivan del carácter elástico de las facultades que integran el contenido esencial del derecho de propiedad. Los derechos derivados de la configuración del derecho de propiedad inmobiliaria como sostenible no se integran en ese contenido mínimo del derecho de propiedad, sino que derivan de un comportamiento del propietario, teniendo un origen no patrimonial, sino etológico. En el primer caso, el propietario tiene la posibilidad de constituir derechos de aprovechamiento parcial, de un modo estático, por el mero hecho de ser propietario. En el segundo caso, se requiere una conducta determinada del propietario, por lo que nos situamos en una vertiente dinámica.

Desde un punto de vista doctrinal, NAVAS NAVARRO ha definido el derecho real de aprovechamiento parcial *como aquel que se constituye en favor de una o varias personas simultáneamente, o sucesivamente, en virtud del cual se otorga la facultad de extraer una concreta utilidad de una finca ajena*¹⁸. Desde un punto de vista legal, el art. 563-1 del Código Civil Catalán describe el derecho real de aprovechamiento parcial como *«aquel de carácter real a favor de una persona sobre una finca ajena, sin ninguna relación entre las fincas»*. De esa definición se extraen una serie de características:

1. Que se establezca con carácter real, manifestando claramente los constituyentes su voluntad de otorgar carácter real al derecho constituido, ya sea de modo expreso o de modo tácito. Es decir, presupone la relación entre dos personas, el propietario, por el hecho de ser propietario, sin más y quien adquiere ese derecho real.
2. Que conste por documento escrito, sin necesidad de que sea público, si no se quiere inscribir en el Registro de la Propiedad, que requiere forma documental pública.
3. Debe recaer sobre una finca concreta o sobre varias fincas, pero con carácter indivisible y su contenido consiste en la extracción de una utilidad.

El derecho real de aprovechamiento parcial carece de regulación expresa en el Derecho Común¹⁹, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Catalán y Aragonés. Por ello, en ámbito de Derecho Común, estaríamos ante uno de los denominados derechos atípicos, admisibles por la teoría del *numerus apertus*, como ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sentencias como la STS 773/2013, de 10 de diciembre, cuando declara que la constitución de un derecho real limitado, (tradicionalmente denominado “sobre cosa ajena”) exige el cumplimiento de una serie de requisitos, añadiendo que su especial trascendencia, dadas las características de inmediatez y absolutividad, exigen, en primer lugar, que sea objeto de constitución precisa y categórica,

sin que pueda presumirse. Añadiendo: «*Asimismo, y enlazando con lo anterior, la utilidad en que consista el derecho real, las facultades que se conceden a su titular, y la consiguiente limitación del dominio que conlleven, han de quedar adecuadamente precisadas. No son admisibles derechos reales de contenido impreciso que sometan el dominio a limitaciones genéricas, indeterminadas y susceptibles de interpretaciones extensivas, y respecto de los que los terceros no puedan conocer con precisión su alcance y duración y, por tanto, los contornos de su deber de respeto*».

Por su parte, la RDGSJFP de 18 de marzo de 2016, declaró que en nuestro Ordenamiento Jurídico rige el sistema de «*numerus apertus*» en materia de derechos reales, permitiéndose la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente tipificadas. Pero, el ejercicio de esta libertad no es omnímodo, como ocurre en materia contractual, sino que debe ajustarse a determinados límites, respetando las normas estructurales imperativas del estatuto jurídico de los bienes, por su significado económico-político y la trascendencia «*erga omnes*» de los derechos reales. Así la autonomía de la voluntad debe satisfacer determinadas exigencias, tales como:

1. La existencia de una razón justificativa suficiente para la configuración de una situación jurídica como situación jurídica real.
2. La determinación precisa de los contornos del derecho real, con los deberes y facultades que integran la posición jurídica de la persona respecto de la cosa, siendo sus caracteres principales, su carácter inmediato, pues el poder jurídico del titular se ejercita de una manera directa sobre el bien, sin intermediación de persona alguna; y su carácter absoluto, pues el titular del derecho ejercita su poder, no solo frente a un especial sujeto pasivo, concreto y determinado, sino también frente a terceros (eficacia *erga omnes*), o frente a cualesquiera personas que puedan encontrarse en relación con la cosa, siempre que goce de publicidad registral y se cumpla el principio de especialidad y transmisible.
3. La inviolabilidad del principio de libertad del tráfico, el cual no puede estar sometido a más restricciones que las legales que tengan una justificación.
4. Que la situación jurídica que se quiera configurar como derechos real tenga la auténtica estructura de un derecho real y no contradiga el orden público económico.
5. Que se fije un plazo de duración del derecho real limitado, para no contravenir el principio de libertad de tráfico, como entendió la RDGSJFP de 26 de abril de 2019.
6. Que la finca sobre la que se constituye el derecho real se individualice o describa con todas las circunstancias exigidas por la Ley, si quiere ins-

cribirse en el Registro de la Propiedad, por aplicación del principio de especialidad.

7. Que se cumplan los requisitos de forma exigidos por la Ley, si se pretende su inscripción registral, conforme a los artículos 1280 del CC y 3 de la LH.
8. Que cumpla una determinada función económico-social, lo que previamente exige un juicio sobre la necesidad de una específica tutela jurídica, a través de la creación de un derecho real, de los intereses de las partes.

Este derecho real de aprovechamiento parcial contempla una de las facultades que integran el dominio, por su propia configuración de derecho subjetivo: la facultad de uso y disfrute, que puede desgajarse en diversas posibilidades de aprovechamiento. Sin embargo, las facultades que nacen del uso sostenible que hace el propietario de sus facultades, no derivan del contenido esencial del propio derecho subjetivo, sino de su comportamiento y del reconocimiento legal de su contenido patrimonial, porque el legislador quiere fomentar dichos comportamientos.

3.2. LA SITUACIÓN JURÍDICO-ETOLÓGICA FRENTE A LA SITUACIÓN JURÍDICA REAL

Los esquemas de la doctrina jurídica clásica son insuficientes para explicar la esencia de los derechos o facultades que derivan del comportamiento del propietario. La situación debe estudiarse desde un nuevo enfoque jurídico: el etológico. La relación jurídica clásica y la jurídico-etológica no son figuras antagónicas, pues pueden existir relaciones entre ellas, pero existen una serie de diferencias entre ellas²⁰.

En primer lugar, ambas se diferencian por su origen. Así la relación jurídico real clásica se crea a partir de un acto jurídico de constitución del derecho subjetivo, de carácter lineal, que determina su nacimiento, ejercicio y extinción, como fases de ese procedimiento lineal, acumulativo y reiterativo. En la relación jurídico-etológica, las situaciones jurídicas no nacen de una declaración de voluntad, sino de la actividad del sujeto que integra la situación jurídica etológica, que no es lineal sino circular o esférica, puesto que la misma existía antes del comportamiento del sujeto y continuará existiendo cuando este haya aprovechado los beneficios derivados de su comportamiento.

En segundo lugar, en la relación jurídico real el concepto de hecho o acontecimiento se propone como punto de partida de toda regulación posterior, teniendo un origen fáctico. En la relación jurídico-etológica, el proceso no comienza con los acontecimientos o hechos materiales u objetivos, sino que se remonta a un estadio anterior relativo a la naturaleza de la necesidad a la que obedecen tales hechos o acontecimientos. Tiene un origen tanto fáctico, al derivar de un com-

portamiento y jurídico: la aspiración de lograr justicia o seguridad para poder ser objeto de transformación jurídica.

En tercer lugar, frente al concepto de acto jurídico como hecho jurídico derivado de un acto voluntario de la doctrina clásica, en la etológica se habla de comportamiento jurídico, cuando la manifestación de una necesidad jurídica se ejercita mediante una conducta continuada del individuo, sin necesidad de declaración de voluntad.

En cuarto lugar, frente los derechos subjetivos clásicos de la relación jurídico-real, que nacen de una exteriorización voluntaria de la voluntad del sujeto, hasta ese momento interna, en la relación jurídico-etológica los comportamientos son naturalmente externos y perceptibles, produciendo efectos jurídicos con independencia de la voluntad activa o pasiva del individuo, siendo imposible su interiorización o ignorancia jurídica.

En quinto lugar, frente a la relación jurídico-real de la que nacen los derechos subjetivos, los derechos etológicos nacen del comportamiento, percibiéndose dentro de una situación jurídica. La relación jurídica clásica genera derechos y obligaciones para los sujetos activo y pasivo, contando con una dimensión activa y pasiva. No existen en lo etológico derechos subjetivos activos y pasivos del tipo. La conducta del sujeto consiste en una actividad general, encuadrada dentro de un comportamiento, que no puede considerarse sinalagmático, pero tampoco rigurosamente unilateral. Las características de permanencia, adecuación y reconocimiento del comportamiento humano, unido a las características de la tecnología digital avanzada, determinan que la concepción tradicional de las relaciones jurídicas no sea útil respecto a las necesidades etológicas. Porque en lo etológico no hay comunicación o relación, existe accesibilidad. Las características de modo, tiempo, lugar y forma ya no son puntuales y lineales sino globales.

En sexto lugar, se diferencian porque frente a la prestación que integra el contenido del derecho subjetivo clásico, el derecho etológico sitúa el concepto de aprovechamiento derivado, no de alguna de las utilidades de la cosa, sino del comportamiento del propietario. A diferencia de la prestación, consistente en una conducta de usar, abusar o destruir un derecho real, el aprovechamiento es una actitud de la conducta del ser humano distinta de la de usar, abusar y destruir tradicionales de los derechos reales. Una actitud que produce efectos jurídicos, produciendo utilidad en quien la ejercita, en aras de su beneficio y sostenibilidad sobre elementos, valores o recursos. En el derecho etológico, no se originan prestaciones recíprocas entre partes, sino que se origina un beneficio, creado legítimamente del que cabe aprovecharse, siendo preciso verificar su reconocimiento por la técnica jurídica para que produzca efectos inmediatos.

En séptimo lugar, frente a la intermediación jurídica de la relación jurídica tradicional, en lo etológico prima la inmediatez, pues el acceso al beneficio eco-

nómico generado es consustancial a la figura, siendo su obtención inmediata y automática por parte del sujeto sin necesidad de ejercitar facultad alguna.

En octavo lugar, frente a la dualidad del derecho subjetivo clásico, el derecho etológico opone la nota de neutralidad, pues los derechos etológicos son subjetivamente neutros, abarcando los aspectos activo y pasivo de la dualidad del derecho subjetivo, fundiéndolos en una única neutralidad sin exclusión de ninguno.

En noveno lugar, frente al carácter instrumental del derecho subjetivo clásico, en el etológico es esencial el componente tecnológico, imprescindible para el manejo de la situación jurídico-etológica, tanto para su percepción, como por la complejidad de las situaciones en que los comportamientos jurídicos pueden verse envueltos, hasta el punto de no poder ser apreciados si no lo es a través de funciones informáticas²¹.

En décimo lugar, frente a la posibilidad de existencia de derechos subjetivos de carácter no patrimonial de la doctrina jurídica clásica, el reconocimiento de la teoría de las situaciones jurídico-etológicas donde se integran los derechos etológicos supone el reconocimiento del tratamiento jurídico de este tipo de comportamientos para que se patrimonialicen, sean objeto de mercado y transacción, por la atribución de valor económico.

La insuficiencia de la doctrina tradicional para reconocer las consecuencias jurídicas derivadas del comportamiento del propietario, basadas en ejercicio sostenible de las facultades que implican el consumo de recursos energéticos, nos lleva a defender la configuración del derecho de propiedad sostenible como un derecho etológico.

3.3. LA TEORÍA ETOLÓGICA DEL DERECHO DE PROPIEDAD SOSTENIBLE

A) *Formulación de la hipótesis*

La situación jurídica que tratamos de deslindar, es decir, el uso eficiente de los recursos, está mediatizada por el lugar en el que se produce o consume el recurso, es decir, la finca. Pero, depende en último término del comportamiento del propietario, que usa eficientemente el recurso. Ello presenta características que difícilmente se encuadran en el esquema de un derecho real, en cuanto que alude a determinadas posibilidades de comportamiento del titular del derecho subjetivo, que puede producir determinadas consecuencias jurídicas. Por tanto, el comportamiento del propietario se sitúa en una fase posterior a la adquisición del su derecho de propiedad.

Esas posibilidades de actuación son difícilmente encuadrables en las situaciones que generan una «acción real» o que producen un «efecto real» o tienen

«*trascendencia real*», aun sin nombre propio en Derecho, si «*modifican, desde luego, o en el futuro alguna de las facultades del dominio*» (cfr. art. 7 del RH), como estatuto jurídico de un determinado bien, mueble o inmueble, que se traslada a los sucesivos adquirentes, de manera que quedan o bien obligados o bien sometidos a tal situación²². Términos cuya separación o deslinde frente al concepto genuino de derecho real importa destacar²³.

Los motivos que pueden llevar a la creación de un derecho real de aprovechamiento parcial pueden ser diversos, desde razones de carácter personal hasta de protección o defensa del medio ambiente, del patrimonio natural, del paisaje²⁴, pero la gestión eficiente de los recursos naturales, dentro de cuya finalidad podría incardinarse el derecho real al aprovechamiento sostenible, depende de un comportamiento activo del dueño y del poder legislativo que le atribuye consecuencias jurídico-patrimoniales. Ese reconocimiento consistirá en la posibilidad de ingresar una nueva facultad en el contenido mínimo del derecho de propiedad. Solo entonces podrán celebrarse sobre esa nueva facultad relaciones jurídicas de carácter patrimonial. Quizás estemos ante la primera aplicación de la teoría de las situaciones y derechos etológicos.

En la doctrina jurídica clásica, el proceso de transformación jurídica parte del concepto de hecho, natural o jurídico, continúa con el concepto de acto jurídico, sigue con el análisis de la relación jurídica para llegar al concepto de derecho subjetivo, del que surgen, derivan o participan el resto de las categorías jurídicas (negocios jurídicos-actos jurídicos; derechos obligacionales-derechos reales y las futuras categorizaciones).

Hasta ahora, el Derecho no se había dedicado a estudiar las consecuencias jurídicas de un comportamiento humano, como las decisiones del propietario sobre las inversiones que realiza en su finca para consumir menos agua, almacenarla con calidad, producir energías renovables y reducir su consumo mediante infraestructuras adecuadas. Ello debe producir efectos para el propietario, que ahorra costes y aumenta el valor de inversión de su finca, pero también para los demás, que pueden compensar su déficit etológico con el superávit generado por el propietario sostenible, a cambio de una contraprestación. La parte de la ciencia jurídica destinada a estudiar los derechos derivados del comportamiento, como algo diferente de la expresa manifestación puntual de la voluntad, es la que VÁZQUEZ ASEÑO denomina teoría de las situaciones y derechos etológicos²⁵. Ello lo logra mediante la transformación de una necesidad que aspira a obtener una satisfacción de sus ansias de seguridad jurídica. Ese proceso de transformación atraviesa tres fases:

1. Una fase de entrada o tratamiento inicial del hecho jurídico exteriorizado mediante un acto jurídico en el marco de una relación jurídica. En esta fase deben distinguirse el hecho natural, sin participación humana, del

hecho jurídico como hecho o acontecimiento que produce efectos jurídicos, y el acto jurídico como hecho jurídico producido por la voluntad humana declarada.

2. Una fase central, que subsume el supuesto de hecho en la norma jurídica positiva, mediante abstracción en una norma positiva, transformando las anteriores figuras jurídicas.
3. Una fase final, donde aparecen las categorías jurídicas de la relación jurídica entre personas, como exteriorización del acto jurídico, con carácter patrimonial y podrán ser jurídico-obligacionales o jurídico-reales, según su contenido y el derecho subjetivo, como conjunto de poderes o facultades jurídicas que el Derecho reconoce a una persona, para la satisfacción de sus necesidades jurídicas. Su titular podrá utilizar las facultades para la satisfacer la necesidad origen del procedimiento²⁶.

La doctrina jurídico-etológica distingue las denominadas *situaciones y derechos etológicos*, partiendo de un nuevo enfoque jurídico, paralelo en cuanto a su escalonamiento a la tradicional consideración de hechos, actos, relaciones y derechos subjetivos, pero con una nueva dimensión. Frente a los hechos naturales, se requiere su materialización con intervención de la voluntad del propietario; frente a los hechos jurídicos, las situaciones y derechos etológicos aspiran a lograr justicia y/o seguridad para poder ser objeto de transformación jurídica; frente al concepto de acto jurídico, la categoría de comportamiento jurídico requiere que la necesidad jurídica se materialice mediante conducta continuada del individuo y no mediante una declaración de voluntad; como complementos de los derechos subjetivos clásicos surgen derechos etológicos, caracterizados por el tipo de necesidad jurídica que satisfacen, la forma en que se manifiestan y los diferentes efectos que se producen; y, finalmente, frente a las relaciones jurídicas de las que emanan los derechos subjetivos, aparece el concepto de situaciones jurídicas-etológicas, donde se integran los diferentes derechos etológicos. Solo el reconocimiento estatal de su contenido patrimonial permitirá el establecimiento de relaciones jurídico-patrimoniales de carácter real y obligacional. Es en ese momento en el que aparecerá el derecho real al aprovechamiento sostenible.

Surge entonces la cuestión de si podemos considerar que el excedente energético, ya sea por producción propia o ahorro generado por el comportamiento de la persona, puede configurarse como derecho etológico, al que dotar de contenido económico y repercusión jurídica. Para ello, hemos de analizar si dicha situación derivada del comportamiento humano, basada en el ahorro energético, cumple con los requisitos que permiten la aplicación de la teoría de las situaciones y derechos etológicos.

B) El derecho de propiedad sostenible como derecho etológico

Para calificar el uso eficiente de los recursos naturales como situación jurídico-etológica es esencial que el mismo sea susceptible de generar riqueza, que le dote de una vertiente jurídico-patrimonial. Para que ese comportamiento se configure como situación jurídica etológica requiere de unos requisitos²⁷:

a) Debe tratarse de un proceso

A diferencia de lo que ocurre con los derechos subjetivos, donde el comportamiento implica un silogismo simple donde el acto se coteja con la regla para producir una serie de consecuencias previstas por la regla, en el caso de lo etológico, el comportamiento jurídico habitual provoca en sí mismo la satisfacción de necesidades jurídicas, siendo el propio sujeto quien reclama cuantos beneficios puedan derivarse de su conducta por haber encajado en la producción de riqueza, lo que lo integra en el circuito jurídico. En el presente caso, el proceso deriva de un comportamiento basado en la toma de decisiones sobre la instalación de la infraestructura necesaria. Esas infraestructuras han de ubicarse en las fincas, como objeto de derecho de propiedad privada y deben ser susceptibles de aumentar la producción de un recurso o disminuir su consumo, reducir las emisiones que se producen en una finca o preservar o crear un valor natural.

b) Debe realizarse por un sujeto

El comportamiento es propio de personas físicas vivas o jurídicas vigentes, por lo tanto, el sujeto de derechos etológicos debe tener voluntad actual, decayendo el derecho cuando la persona física fallece o la jurídica se extingue. Ese sujeto se caracteriza por configurarse como persona en sociedad, contemplando al individuo como pieza del engranaje que satisface sus propias necesidades jurídicas, lo que matiza el concepto clásico de sujeto, pues se permite atribuir el carácter activo y pasivo del derecho a una misma persona. El dualismo entre individuo y sociedad queda superado mediante la integración de la cuestión en un solo concepto, el de la situación de la persona en sociedad y en el entorno ambiental global²⁸. En nuestro caso, los recursos energéticos de una finca deben ser un beneficio para el propietario del suelo, que solo podrá obtener, si los mantiene en condiciones de poder ser aprovechados, mediante las inversiones e infraestructuras necesarias. Por tanto, en la situación jurídico-etológica, el titular del derecho etológico ambiental tiene, al mismo tiempo, una posición activa y pasiva en su comportamiento.

c) Debe implicar el desarrollo de una actividad

El contenido del derecho etológico va referido a actividades, que requieren continuidad de ejecución o tracto sucesivo y no de actos o acciones. La diferencia no solo se encuentra en la necesidad de continuidad de la actuación del sujeto, ni en la natural exteriorización que las situaciones etológicas han de mantener para ser consideradas como tales, sino también en el carácter participativo de la actividad o conducta, desdoblándose en un aspecto interno, adaptándose al funcionamiento del resto de situaciones jurídicas concurrentes en el proceso y externo, es decir, sin necesidad de ser humanamente reiterado, debe ser susceptible de utilización simultánea en varios procesos diferentes. En nuestro caso, la actividad consiste en el mantenimiento por el propietario de las condiciones que permitan la pervivencia del proceso que implica la situación etológica, manteniendo o renovando las infraestructuras que permiten generar el excedente que va a entrar en el tráfico jurídico, cuando tenga reconocimiento legal.

d) Actividad sobre materia cierta, determinada, participativa y perceptible y susceptible de ser integrada en un proceso

En el presente caso, la materia sobre la que incide la situación jurídico-etológica es el uso eficiente de los recursos naturales, integrando la sostenibilidad ambiental jurídica, como instrumento para dotar de seguridad al individuo, tanto en el aspecto negativo, consistente en la imposición de cargas u obligaciones a los titulares de los derechos patrimoniales sobre el inmueble, en aras de la conservación del Medio Ambiente, como en el aspecto positivo, como es el de constituir un posible elemento de riqueza patrimonial a conservar y que determina la necesidad jurídica del reconocimiento del derecho etológico.

e) Dicha actividad debe producir un resultado

De los beneficios pueda participar directamente el sujeto que actúa en la situación etológica. En nuestro caso, la actividad determina un uso eficiente de los recursos, que genera un excedente; dicho excedente es apto para el tráfico jurídico y puesta a disposición de los demandantes del recurso, como consecuencia de la actividad continuada del titular del derecho etológico. En la medida en que ese comportamiento produce un aumento en la producción de recursos naturales, o generan excedente, como consecuencia del ahorro, circunstancias que en todo caso proceden del comportamiento del individuo, deben producir también un enriquecimiento.

f) De dicha actividad deben poder obtenerse beneficios

Y esos beneficios van estructurados en una triple vertiente:

1. Para el individuo a quien se le premia su actitud o comportamiento conservador o adecuadamente positivo, castigándose comportamientos ambientales reprobables, mediante la correspondiente figura tributaria, sobre la base del principio del Derecho Ambiental de «quien contamina paga». De ese modo, el ciudadano conoce que comportamientos van a ser premiados o castigados por la sociedad²⁹, dotando de seguridad jurídica a la situación jurídico-etológica. El individuo beneficiado será el dueño, ya individualmente o en cualesquiera de los regímenes de comunidad admitidos.
2. Para la sociedad, interesada en la un mercado de recursos energéticos estable y equilibrado, la preservación ambiental y la conservación del capital natural crítico y del patrimonio histórico-artístico como valor común, cuya estimulación producirá unos beneficios de carácter patrimonial, en forma de exacciones fiscales o micro tributos, imperceptibles para el titular del derecho, debiendo determinarse claramente dónde están los límites de actuación particular o económica sobre el medio ambiente en beneficio de la sociedad. Ese beneficio para la sociedad se manifiesta en la autorización administrativa para poner en el tráfico el posible excedente producido por las infraestructuras instaladas por el propietario en su propiedad.
3. Para los agentes económicos, cuya razón de existencia principal es la obtención de ganancia, ánimo de lucro, que estará marcado o limitado por las disposiciones de la Ley³⁰. Los agentes económicos tendrán seguridad en el conocimiento del posible excedente, con el que puedan completar el paquete energético ofertado al mercado.

g) La necesidad de reconocimiento legal

A todas las características anteriores añadimos la del reconocimiento legal del valor patrimonial de la situación jurídico-etológica concreta, derivada del beneficio que para el interés común tiene el comportamiento del propietario, siendo el elemento *más esencial de la situación* jurídico-etológica. La Ley ha de reconocer que el propietario, cumplidos unos requisitos, recibe como premio la atribución de un derecho etológico, que deriva de su comportamiento y al que reconoce contenido patrimonial, implicando la ampliación de las facultades del derecho de dominio inmobiliario, cumpliendo unos requisitos, que pueden ser: la solicitud del propietario, la certificación técnica de las infraestructuras incor-

poradas a su finca, para producir el recurso, medirlo o cuantificarlo, tanto para su autoconsumo, como para el posible excedente generado y la determinación de la resolución de concesión de esa ampliación de las facultades.

IV. EL DERECHO ETOLÓGICO DE PROPIEDAD INMOBILIARIA

4.1. CONCEPTO DEL DERECHO ETOLÓGICO DE PROPIEDAD INMOBILIARIA SOSTENIBLE

Podemos definir este derecho etológico de propiedad inmobiliaria sostenible, como aquel que, por reconocimiento estatal, concede al propietario, que ejercita sosteniblemente las facultades de su derecho dominical y lo acredita, un valor patrimonial al excedente creado por su conducta, pudiendo ser objeto de tráfico jurídico.

De esta definición podemos extraer su principales características:

1. Deriva del reconocimiento legal, como elemento esencial del componente etológico del derecho de propiedad inmobiliario.
2. Desde el punto de vista subjetivo, en principio corresponde al propietario y no a cualquier otro titular de derecho sobre el inmueble. Es, por tanto, una relación entre el propietario como persona privada y el Estado, que le premia por contribuir con su conducta a una función que es de carácter público: conseguir el equilibrio entre el adecuado desarrollo económico y el ecosistema natural en el que se incardina el objeto de derecho, para que el primero sea circular y duradero en el tiempo. Pero, nada obsta a que el propietario pueda ceder temporalmente a tercero, mediante la relación jurídica patrimonial adecuada la posibilidad de originar el derecho etológico de propiedad inmobiliaria sostenible sobre una finca de su propiedad, a cambio de contraprestación, correspondiendo al cesionario los beneficios derivados de la creación de la situación etológica. Se distinguiría en este caso la relación de cesión, de carácter patrimonial y real, siendo el derecho de superficie la relación jurídico real que mejor se adapta a esa situación, de la de creación del contenido sostenible de ese derecho de propiedad, que es de carácter etológico, al depender del comportamiento del titular del derecho real.
3. La conducta del propietario o cesionario, como componente etológico, ha de ser descrita, incluyendo la susceptibilidad de medición y acreditada.
4. La consecuencia legal de esa conducta ha de ser la ampliación del haz de facultades del derecho, con atribución de valor patrimonial al excedente generado por la conducta del titular, que ha de ser susceptible de tráfico jurídico.

4.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO ETOLÓGICO DE PROPIEDAD INMOBILIARIA

Su naturaleza real es carácter bifronte, pues podemos diferenciar dos fases:

1. Una primera fase de nacimiento del derecho etológico, mediante reconocimiento legal, que crea esa facultad de aprovechamiento económico del excedente, en atención al ejercicio sostenible de su derecho. Desde un punto de vista jurídico, estamos ante una expectativa de aumento del valor económico del derecho, pero que todavía no da nacimiento al derecho real propiamente dicho.
2. Una segunda fase en la que esa facultad de aprovechamiento es objeto de tráfico jurídico y es susceptible de transmitirse a tercero, ya como auténtico derecho real y no como derecho etológico, atribuyendo un poder directo e inmediato sobre finca ajena por un determinado periodo de tiempo, o de liquidación, pudiendo existir varios periodos de liquidación dentro del ciclo de duración del derecho.

4.3. LA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO ETOLÓGICO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Reconocido legalmente este derecho etológico, derivado de la conducta del propietario o cesionario, quienes ejercitan de modo sostenible las facultades de su derecho, la consecuente ampliación del haz de facultades del derecho real por concesión estatal, siempre que se mantengan esas condiciones, determina que el derecho etológico se patrimonialice, concediendo un poder al propietario o titular del derecho real sobre su objeto inmobiliario, que aunque de origen etológico, se integra en el derecho real paradigmático, mientras el titular del derecho mantenga su conducta.

Del reconocimiento de la posibilidad de tráfico jurídico del excedente deriva la posibilidad de su inscripción en el Registro de la Propiedad en el folio abierto a la finca en la que se ubican las infraestructuras. Por tanto, será susceptible de que sobre él se constituyan relaciones jurídico-reales clásicas, como el derecho real al aprovechamiento etológico, tratado en el siguiente epígrafe, a través de una estructura de mercado regulado, que denominaremos mercado de transacciones energéticas (MERTRA), que trataremos en otro artículo. En el caso del cesionario, que traiga causa del propietario, deberá inscribir su derecho en el Registro de la Propiedad, como causa habilitante, que le permita la creación del derecho de componente etológico, por aplicación del principio hipotecario de tracto sucesivo. Dicha relación jurídico real viene delimitada por dos características esenciales: la voluntad del propietario de que sea otro quien cree el derecho etológico de propiedad inmobiliaria y el carácter temporal de esa cesión, extinguida la cual, será decisión del propietario seguir manteniendo ese derecho etológico o extinguirlo.

Su inscripción registral garantiza la exteriorización de la ampliación del contenido del derecho inscrito. Así configurado, el derecho de propiedad sostenible es susceptible de inscripción registral, mediante el correspondiente título público en el que se describirá la conducta del propietario o cesionario, las infraestructuras que determinan el reconocimiento legislativo su capacidad de medición y las demás circunstancias exigidas por la legislación hipotecaria. Dicha inscripción tiene carácter complementario de la inscripción dominical. La reiteración de la conducta del propietario necesitará que la inscripción del derecho etológico de propiedad sostenible se renueve durante el plazo que fije la Ley, pues no es de carácter estático, como el derecho real cásico, sino que tiene un carácter dinámico y circular, al depender del comportamiento del propietario o cesionario.

Solo el propietario o cesionario podrá exteriorizar ese derecho etológico, carente de realidad aparente, por derivar de una conducta o comportamiento, mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad. Si es una persona física, se rige por las reglas generales de capacidad de todo negocio jurídico. Si son varios los propietarios, en caso de comunidad, si esta fuere romana, estaríamos ante un acto de administración que requiere la mayoría del artículo 398 del CC; si fuere propiedad horizontal se requiere la mayoría del art. 17.1 de la LPH, si es una propiedad horizontal. Si la titularidad corresponde a una persona jurídica, podrán solicitar su inscripción quien ostente la administración y representación de la persona jurídica, previo acuerdo de la Junta General, que decidirá iniciar y mantener ese comportamiento.

La inscripción, previa la correspondiente calificación registral, requerirá el correspondiente título público, conforme al artículo 3 de la LH, solicitando la inscripción de un derecho etológico, consistente en la ampliación de las facultades del señorío, como premio a una determinada conducta del propietario o cesionario.

Dicho título deberá recoger las manifestaciones de los otorgantes sobre las circunstancias de la inscripción de los artículos 9 de la LH y 51 del RH. En cuanto a la finca, deberá tener su georreferenciación inscrita, para que su ubicación y delimitación geográfica sea indubitada. Si no lo estuviere deberá solicitarse la inscripción de su georreferenciación en el título. En el título se describirán, para su constancia en la inscripción, todas las infraestructuras incorporadas por el propietario a la finca, con sus características técnicas y ubicación. Si se asentasen en una parte del suelo de la finca, se expresarán además las coordenadas de la superficie de la finca ocupada por la infraestructura, por aplicación analógica del art. 202 de la LH, sobre la inscripción de las obras nuevas. Y finalmente, el notario protocolizará la resolución administrativa de concesión del derecho etológico, con expresión de su tiempo de duración, pudiendo el propietario solicitar su renovación, si sigue cumpliendo con esa conducta sostenible.

Inscrito este componente etológico del derecho de propiedad inmobiliaria es posible reconocer la susceptibilidad de su tráfico jurídico, donde va a ser esencial la delimitación del concepto de derecho real de aprovechamiento etológico, que podemos calificar como el derecho filial del derecho matriz que es el derecho etológico de propiedad inmobiliaria.

4.4. CONTENIDO

El contenido del derecho etológico se integra por las facultades y obligaciones que tiene el propietario o cesionario, como titular del derecho. Siendo un derecho de naturaleza etológica, la principal obligación es el mantenimiento de su comportamiento o conducta. Ello determina que el plazo sea esencial en la concesión de este Derecho, cuya inscripción ha de renovarse en el plazo que fije la Ley, una vez acreditado el mantenimiento de la conducta, que posibilita el mantenimiento del reconocimiento legal de su valor patrimonial. Su derecho será el de poner en el tráfico jurídico el excedente generado, con valor patrimonial legalmente reconocido y obtener la contraprestación pactada por la partes, dentro de los límites fijados en el mercado de transacciones.

4.5. EXTINCIÓN

El derecho etológico de propiedad inmobiliaria se extinguirá cuando cese la conducta del propietario o cesionario, ya sea por un acto de la voluntad del mismo, solicitando la correspondiente cancelación de su inscripción, o por su inacción, si una vez transcurrido el plazo de duración del derecho, no ha solicitado su renovación. En ese caso, será la Administración competente la que comunique al Registro competente esta situación y ordene la cancelación del derecho, como consecuencia de la inacción. Lo que se cancela es la facultad reconocida legalmente, sin afectar a la propiedad inscrita.

El transcurso del plazo pactado en la relación jurídico-real, por la que se cede a tercero la facultad de originar el derecho etológico de propiedad sostenible, no extingue el derecho necesariamente, si el propietario declara fehacientemente su voluntad de continuar la conducta del cesionario, asumiendo el mantenimiento de las condiciones e infraestructuras que lo permiten.

V. CONCEPTO DE DERECHO REAL DE APROVECHAMIENTO ETOLÓGICO

5.1. CONCEPTO

Podemos definir este derecho real de aprovechamiento etológico, como aquel derecho subjetivo patrimonial, de carácter real, que tiene por objeto el

aprovechamiento por tercero de una facultad dominical, reconocida por la Ley, consistente en el consumo eficiente del excedente de los recursos naturales, asignados a una finca concreta y determinada, generando un aumento de valor en cambio de la cosa, que permite su individualización y atribución a persona distinta del titular, que adquirirá un poder jurídico, directo e inmediato, mediante la integración del disfrute de esa facultad en su esfera patrimonial³¹, siempre que se mantenga la conducta del propietario.

El objeto de tráfico son los beneficios derivados de la conducta del propietario o cesionario, ya sean los consumos, susceptibles de ser contados o medidos, el mantenimiento de un valor natural, o la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, susceptibles de medición y negociación. No hay un poder directo e inmediato sobre la cosa, sino sobre los recursos que la misma produce por la conducta sostenida y sostenible del dueño.

5.2. CARACTERES

De esta definición extraemos sus caracteres:

1. Es un derecho subjetivo, a diferencia del derecho etológico dominical, porque confiere a su titular un determinado poder jurídico sobre una facultad, integrada en el derecho subjetivo de otra persona y, concretamente, sobre un producto producido en la finca, que se puede contar y medir, y que por tanto es susceptible de tráfico, merced al reconocimiento legal del derecho etológico, que es realmente el que lo patrimonializa.
2. Es un derecho de carácter patrimonial, porque esa nueva facultad, integrada en un derecho de dominio, pone el centro de atención en la producción constante de recursos en el inmueble, que pueden consumirse por terceros, aspecto esencial para lograr la eficiencia en el uso de recursos y emisiones, a cambio de un precio.
3. Es un derecho real, porque confiere a una persona un poder directo e inmediato, ejercido exclusivamente, sobre el excedente de un recurso natural producido en una finca ajena, ejercido eficientemente por el propietario o cesionario. No existen tipos rígidos e intemporales de derechos reales. En esta materia, como en otros campos jurídicos, hay una ley de variabilidad histórica que pone en correlación la tipificación de los derechos con las finalidades que el orden económico-social pretende conseguir y con las líneas maestras de la organización social y de la política jurídica³².
4. Siempre será un derecho real típico, sin que sea posible la existencia de un derecho real del aprovechamiento sostenible atípico, pues es el

reconocimiento legal de las consecuencias jurídicas de la conducta del propietario es la que permite patrimonializar el excedente del recurso. Pero, a pesar de ese carácter típico, derivado de su reconocimiento legal expreso, queda a la voluntad de las partes las decisiones referentes a su tráfico jurídico, siempre que se cumplan los requisitos estructurales para que el derecho sea apto para el tráfico jurídico. Es decir, es la ley la que ha de reconocer el contenido económico derivado de un ejercicio sostenible del derecho de propiedad inmobiliaria y la posibilidad de su tráfico. Pero, es su titular quien decide su puesta en circulación en el tráfico jurídico, relacionándose con los terceros.

5. Su objeto es la parte de recurso producida en la finca ajena y no consumida por su titular, gracias a su gestión eficiente, dotada de valor patrimonial, que la hace susceptible de tráfico jurídico. Por ello, si atendemos al poder jurídico que concede, estamos ante un derecho de aprovechamiento, configurado como derecho real limitado sobre cosa ajena, integrado por el producto derivado del ejercicio sostenible de una facultad dominical, en virtud de un acto de voluntad de su propietario o cesionario. Es decir, el objeto del derecho al aprovechamiento sostenible consistirá en los consumos no ejercitados en la finca, calificados como excedente del ejercicio sostenible de la facultad, como factor etológico del derecho de propiedad sostenible.
6. Puede constituirse a título oneroso o gratuito, según exista o no contraprestación.
7. Es un derecho real con eficacia erga omnes, si goza de publicidad registral, mediante inscripción en el Registro de la Propiedad. El molde jurídico del derecho real es el más adecuado para que el tráfico de los consumos sea seguro, vinculando el excedente a la propiedad de la finca donde se produce, siendo el Registro de la Propiedad, en su modalidad de registro de derechos o de tráfico, el instrumento que vertebrará la seguridad de su tráfico jurídico³³, mediante su inscripción obligatoria, que deriva del reconocimiento legal, que tiene carácter constitutivo.

Y es que, ante una realidad social nueva, el Derecho ha de suministrar soluciones institucionales y organizativas que hagan posible la contratación a bajo coste de esos nuevos objetos de derecho, para protegerlos y reducir las asimetrías informativas que pueden surgir entre quienes intercambian dichos bienes³⁴, suministrando al adquirente la seguridad que necesita, al nivel más próximo a una sentencia firme, con la agilidad que reclama y con un coste de transacción explícito-dinero-e implícito-tiempo compatible con las exigencias del mercado. Y la mejor solución jurídica para lograr estos objetivos, posiblemente, es la de la conceptualización del derecho

real al aprovechamiento etológico y su acceso al Registro de la Propiedad que garantiza la seguridad de su tráfico jurídico.

8. Es indivisible pues, aunque puede recaer sobre varias fincas, no por ello debe darse un ejercicio separado del derecho. Si se constituye sobre varias fincas, el derecho al aprovechamiento etológico deberá gravar cada una de ellas por separado, con expresión del volumen de consumo que representan y si se inscribe en el Registro de la Propiedad, debe hacerse constar en el folio registral de cada una de las fincas. En caso de división, segregación, agrupación o agregación, si alguna de las fincas resultantes no es apta para continuar generando aprovechamiento etológico, este se extingue por imposibilidad sobrevenida parcial, que afectaría al título constitutivo, a petición de su titular registral.

5.3. DIFERENCIACIÓN CON OTRAS FIGURAS

A) La declaración de interés comunitario

No debemos confundir este derecho real de nuevo cuño con otras figuras similares, pero que presentan diferencias de base, como la declaración de interés comunitario, regulada, entre diversas leyes autonómicas, como, por ejemplo, la Ley de Ordenación del Territorio y Paisaje de la Comunidad Valenciana 5/2014 de 25 de Julio, arts. 202 y ss.

No existe aquí una ampliación del contenido mínimo del derecho de propiedad inmobiliaria, derivada de una conducta humana, sino que hay un acto de autoridad relativo a determinada actividad, con vocación de integrarse en un derecho de dominio concreto y determinado, por su carácter elástico, ampliando el contenido del haz de facultades del propietario sobre su cosa, en virtud de la cesión temporal de la Administración autorizante, a cambio de una contraprestación o canon a la citada Administración.

Pero, a diferencia de lo que ocurre con el derecho de aprovechamiento sostenible, en la Declaración de Interés Comunitario no hay una previa conducta del propietario para la satisfacción de necesidades jurídicas reconocidas por el Estado, sino que se trata de la autorización administrativa para determinados usos y aprovechamientos en suelo no urbanizable, que por su potencial impacto ambiental, no puede realizarse sin dicha autorización. Por tanto, asigna a la finca, en suelo no urbanizable, un uso o aprovechamiento que no está incluido en el haz de derechos y facultades del propietario de suelo no urbanizable, obediendo más al ingrediente institucional función social del derecho de propiedad, que, al ingrediente institucional referido a la sostenibilidad de cada derecho de propiedad, individualmente considerado.

Ciertamente se integran en ese concreto contenido por un acto de autoridad, que puede fundarse en una valoración positiva de la actividad solicitada; la necesidad de emplazamiento en el medio rural; la mayor oportunidad y conveniencia de la localización propuesta frente a otras zonas del medio rural y la utilización racional del territorio. Pero, el acto de autoridad se fija en la naturaleza del suelo y no en la conducta del propietario, por lo que la Declaración de Interés Comunitario no tiene componente etológico.

B) El derecho de aprovechamiento urbanístico

El aprovechamiento urbanístico es la utilidad que se le concede a un suelo a efectos de su edificabilidad por la normativa urbanística, siendo un valor patrimonial generado por la actuación urbanística de la Administración, que lo utiliza como técnica para lograr la justa equidistribución de beneficios y cargas derivados de la actuación urbanística. Por tanto, el aprovechamiento urbanístico supone la atribución efectiva de los usos e intensidades susceptibles de adquisición privada al propietario afectado por una actuación urbanística, cumplidos los deberes de cesión, equidistribución y urbanización, que se expresan en unidades de aprovechamiento susceptibles de transacción³⁵, reconocida por una disposición normativa, en la forma que determinen las partes de relación jurídico real.

Los aprovechamientos urbanísticos son bienes jurídicos de contenido patrimonial actual e independiente, y no simples derechos expectantes a concretar en un fundo determinado, siendo transmisibles de forma aislada, como ha declarado la RDGSJFP de 26 de junio de 2006. Por ello, las STS de 15 de diciembre de 2010 y la de 21 de enero de 2016 diferencian entre el régimen de adquisición del aprovechamiento urbanístico subjetivo o patrimonializable (condicionada al cumplimiento de los deberes y al levantamiento de las cargas urbanísticas) y la adquisición dominical de la edificación materializada en determinada parcela (cuyo régimen no puede ser otro que el civil de adquisición de derechos reales). Pero, el beneficio no se ha generado por una conducta del propietario, sino por la acción de la propia Administración que es la que crea ese valor patrimonial. Y esa es la diferencia radical entre el derecho de aprovechamiento urbanístico, con contenido patrimonial generado por la Administración Urbanística y que puede ser una alternativa a las expropiaciones pagadas con dinero y el derecho al aprovechamiento etológico, donde el valor patrimonial se genera por el comportamiento del propietario.

Además, como ha declarado la RDGSJFP de 4 de mayo de 2022, registralmente, el aprovechamiento urbanístico se configura como finca especial a la que se le abre folio, diferenciándose el negocio civil de transmisión, sujeto a las nor-

mas civiles, del negocio de transferencia como técnica de equidistribución entre fincas, sujeto a las normas autonómicas, que se concretará cuando se ejecute la edificación en la finca determinada. Sin embargo, la existencia y mantenimiento del derecho al aprovechamiento etológico, su existencia depende de la conducta del dueño, que se constituye como obligación, al transmitir el derecho real al aprovechamiento etológico.

C) El derecho real de usufructo y las servidumbres personales

El derecho al aprovechamiento sostenible no puede confundirse con el derecho de usufructo, que concede a su titular el derecho a percibir los frutos de una cosa, sin alterar su forma y su sustancia, puesto que en el usufructo los frutos se producen por un movimiento de dentro a fuera de la cosa usufrutuada, mientras que el ejercicio eficiente de una facultad de aprovechamiento inserta en el derecho de dominio, responde a un movimiento de fuera (una asignación) a dentro (que se recibe en una finca, como lugar concreto y determinado en el que la facultad se va a ejercitar). Además, el derecho de usufructo puede recaer sobre cosas muebles o inmuebles, mientras que el derecho real al aprovechamiento sostenible solo puede tener por objeto una facultad creada y reconocida legalmente a un inmueble, pero por una conducta de su propietario, o cesionario de este.

Tampoco puede confundirse con las servidumbres personales, figura poco utilizada, por su escasa regulación normativa. La servidumbre personal es la que se establece sobre un predio en provecho de una o más personas, o de una comunidad, a quienes no pertenezca la finca gravada. No es una relación entre dos predios en relación de subordinación, sirviente y dominante, sino entre una persona y una finca, que no pertenece a la persona en cuyo favor se constituye. La constitución de una servidumbre personal, como derecho real, permite que su beneficiario pueda hacer valer su derecho al uso parcial frente a cualquiera de los futuros adquirentes del fundo gravado. En definitiva, atribuir a una persona alguna utilidad concreta, determinada y parcial sobre finca ajena, con eficacia real. Como servidumbre voluntaria, la extensión de la facultad atribuida a la persona favorecida por la servidumbre se define el título constitutivo, en el modo y forma que bien le pareciere al propietario (art. 594 del CC), siendo esencial la voluntad de los constituyentes, pues las normas del CC son dispositivas, en defecto de pacto³⁶. Son, en principio, perpetuas y en principio serán vitalicias, o de duración indefinida, salvo pacto en contrario, como reconoció la STS de 30 de noviembre de 1908.

Así configurada la servidumbre personal, se aprecian unas diferencias con el derecho al aprovechamiento sostenible, pues deriva de un previo derecho etoló-

gico, que requiere un reconocimiento legislativo y el aprovechamiento no deriva de la finca inmediatamente, sino de una conducta o comportamiento de su propietario, que crea un excedente, que se asigna mediatamente a la finca. Respecto a la duración, el derecho real al aprovechamiento sostenible tiene carácter temporal, debiendo fijarse el plazo de duración, dividido en períodos de liquidación, que puede renovarse, si se mantiene la conducta o comportamiento sostenible del propietario.

4.4. ESTRUCTURA DEL DERECHO REAL DE APROVECHAMIENTO ETOLÓGICO

Como en todo derecho real, distinguimos unos elementos personales, reales y formales, todos mediatizados por la necesidad de reconocimiento legal del contenido económico derivado del ejercicio sostenible del derecho, o conservación de valor natural.

A) El reconocimiento legal

La tutela del Medio Ambiente y la lucha contra su progresivo deterioro se realiza hoy, principalmente por vía administrativa³⁷. Sin embargo, ello puede ser insuficiente, pues los recursos de la misma tampoco son ilimitados, sino se conciencia o se hace partícipe de esa defensa a los ciudadanos en general y a los propietarios en particular. Para ello, sería conveniente incentivar las prácticas que lo permitan, dejando de considerar la protección ambiental y el ejercicio sostenible de los derechos reales inmobiliarios como una carga, para pasar a verlos como una oportunidad de creación de riqueza. La intervención legislativa determina la promoción de esas conductas. Y la forma de lograrla es el reconocimiento legal de los derechos etológicos y de sus consecuencias jurídico-patrimoniales.

No existe, hoy en día, normativa legal alguna que reconozca estos derechos etológicos y sus consecuencias jurídico-patrimoniales. Pero, podemos vislumbrar una incipiente etapa legislativa hacia el reconocimiento del contenido económico que tiene la conservación de valores naturales o el uso eficiente de los recursos en situaciones heterogéneas, desde una perspectiva sectorial. El criterio que puede dar unidad a todas estas situaciones es el de derivar, en último término, del comportamiento de una persona, el propietario de un bien inmueble. Así podemos hablar de:

a) Los Bancos de Conservación de la Naturaleza

Su reconocimiento se contiene en la Disposición Adicional 8.^a de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. Dice la Exposición de Mo-

tivos de esta Ley: *“Los bancos de conservación de la naturaleza son un mecanismo voluntario que permite compensar, reparar o restaurar las pérdidas netas de valores naturales”*(...) *“podrán ser comercializados en condiciones de libre mercado directamente a: entidades que los requieran en el ámbito de cualquier actividad que produzca una pérdida neta inevitable e irreparable de valores naturales –especialmente en el caso de medidas compensatorias de impacto ambiental, reparadoras complementarias y reparadoras compensatorias de daño medioambiental–; entidades sin ánimo de lucro; y las propias Administraciones públicas”*. Para ello, los Bancos de Conservación de la Naturaleza se configuran como *“conjunto de títulos ambientales o créditos de conservación otorgados por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente y, en su caso, por las comunidades autónomas, que representan valores naturales creados o mejorados específicamente”*. El Banco se crea por resolución administrativa del Ministerio, que además crea los créditos.

Por tanto, los títulos de conservación se atribuyen al promotor del Banco de Conservación, sea o no propietario de los terrenos, por realizar unas actuaciones sobre las mismas, descritas e identificadas en la solicitud, que son las que crean o conservan ese determinado valor natural reconocido por la Administración mediante la entrega de los títulos. Así se configura el componente etológico del derecho. El reconocimiento legal consiste en la posible atribución de los títulos de conservación, a los que se dota de un contenido patrimonial, que determina que puedan ser objeto de tráfico jurídico por parte de quien los recibe. Cuando los mismos entren en circulación, el propietario o quien ostente el derecho real, que permite la realización de las actuaciones de preservación de un valor natural, tiene que soportar una carga frente al titular del crédito de conservación: destinar la finca a usos compatibles con la preservación del valor ambiental creado.

b) El uso eficiente de los recursos hídricos

El principio de gestión eficiente ya se encuentra en la mente del legislador territorial. Así, por ejemplo el artículo 9 párrafo primero de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunidad Valenciana. Con base en este artículo, los Organismos de Cuenca, en caso de agua destinada a riego o a usos industriales, o los Ayuntamientos, para el agua destinada a uso doméstico, pueden reglamentar el establecimiento de mercados voluntarios territoriales de transacciones de excedentes de ahorro de agua, en su respectivo ámbito territorial, para mejorar la eficiencia en su gestión. El reconocimiento del valor patrimonial de la conducta del propietario o usuario que reduce el consumo de agua constituye el componente etológico del derecho, al que la disposición le-

gal le va a atribuir valor patrimonial, permitiendo su tráfico jurídico, a través del molde conceptual del derecho de aprovechamiento etológico. Ello transformaría el actual sistema, basado en un consumo lineal, por la obtención del beneficio que se obtiene por las tasas del consumo, sin tener en cuenta su carácter limitado, más en una etapa de sequía como la actual, a un sistema basado en el consumo circular, basado en el ahorro de consumo y en la regeneración del recurso.

c) La fijación de dióxido de carbono, mediante sumideros

El Título III de la Ley de Economía Sostenible 2/2.011 de 4 de Marzo lleva por rúbrica Sostenibilidad Ambiental y su Capítulo II trata de lograr la “*reducción de emisiones*”, dentro del cual, para lo cual, conforme a los arts. 89.1 y 2, las Administraciones *«adoptarán las acciones oportunas para incentivar la participación de los propietarios públicos y privados y el sector forestal en el aumento de la capacidad de captación de CO² de los sumideros españoles»*. Para ello, el Gobierno, en colaboración con el resto de las Administraciones Públicas, *diseñará y desarrollará un sistema de información ágil para conocer y determinar el carbono absorbido por las actividades de uso de la tierra, cambio de uso de la tierra y silvicultura, que se actualizará periódicamente, teniendo carácter público y accesible*. Y ello para promover el aumento y mejora de sumideros, vinculados al uso forestal sostenible y el uso de biomasa forestal en el marco de generación de energía renovable. El componente etológico de la situación se reconoce en el art. 90.1 y 2, que permiten a las empresas y personas físicas, que lo deseen, el poder compensar sus emisiones de *«CO₂ a través de inversiones en incremento y mantenimiento de masas forestales, programas agrarios de reducción del CO₂ y otros programas que se establezcan por la Administración General del Estado, en colaboración con las Comunidades Autónomas»*. Por tanto, depende la una conducta o comportamiento humano y no directamente de una relación jurídica.

En desarrollo de esta Ley, se dicta el RD 163/2014 de 14 de marzo, que regula el Registro de Huella de Carbono, compromisos de compensación y proyectos de absorción de dióxido de carbono, hoy derogado por el RD 214/2025, de 18 de marzo. Dicho Registro, de carácter administrativo, se configura como un Registro de personas físicas y jurídicas determinadas en su art. 3. A las mismas se les abre un archivo que consta de tres secciones: La sección a) relativa a la huella de carbono y compromisos de reducción de emisión de gases de efecto invernadero (art. 6); la sección b) de proyectos de absorción de dióxido de carbono (art. 7); La sección c) de compensación de la huella de carbono. Es decir, se inscribe en este Registro la materialización de la conducta del sujeto inscrito destinado a la reducción de emisiones de dióxido de carbono, lo que constituiría el componente etológico del derecho. En su Disposición Adicional Segunda

prevé la coordinación de este Registro con el de la propiedad, pues permite que los titulares registrales del dominio u otros derechos reales podrán hacer constar en el Registro de la Propiedad la inscripción en la sección b) de los proyectos de absorción de CO₂ generados en territorio nacional, por medio de nota marginal en el folio abierto a la finca o fincas afectadas, mediante certificación expedida por el registro administrativo, que caducará y se cancelará por caducidad transcurridos cinco años desde la fecha de la inscripción del proyecto en el registro de huella de carbono, o mediante certificación acreditativa de la baja del proyecto en el registro administrativo.

Falta el reconocimiento legal del valor patrimonial de ese componente etológico, que se conseguiría permitiendo negociar con la capacidad de fijación del dióxido de carbono que tiene el proyecto de absorción inscrito con aquellos que no han cumplido con los planes de emisión correspondientes, de acuerdo con los parámetros técnicos, aprobados normativamente, que concederá los correspondientes derechos a compensar una emisión, conceptuando la situación del titular de la absorción como un derecho real al aprovechamiento sostenible y la obligación de mantener destinada la finca a un uso, que permita continuar con la fijación, que permite a las partes ponerse de acuerdo, mediante la correspondiente relación jurídico real.

B) Elementos personales

Distinguimos el titular del derecho de propiedad, como titular del derecho etológico, en una situación de deber, cual es el mantenimiento de su derecho etológico, como contraprestación al reconocimiento de la posibilidad de su tráfico jurídico y el adquirente del derecho real de aprovechamiento etológico, lado activo de la relación jurídica, en situación de poder³⁸.

a) El sujeto activo del derecho real de aprovechamiento etológico

Está en una situación de poder para exigir del transmitente una determinada conducta de mantenimiento o conservación del valor sobre la finca a la que se asigna el recurso, destinándola a un uso compatible con el mantenimiento del valor que puede utilizar mediante el disfrute del excedente no consumido del recurso.

Puede ser una persona física o jurídica y pueden ser una o varias. En los supuestos de cotitularidad activa del derecho real al aprovechamiento sostenible, podrá establecerse en el título constitutivo que esta sea simultánea o sucesiva. Si es simultánea deberá determinarse la cuota correspondiente a cada titular, como

comunidad romana, que deberá expresarse en su inscripción, conforme al art. 54 del RH. Si es sucesiva, deberá determinarse el orden de disfrute del excedente del recurso, hasta su agotamiento, en cada periodo de liquidación. Si se constituye en favor de un matrimonio en régimen de comunidad, la naturaleza germánica del régimen económico impregna al derecho y no se requiere la fijación de cuotas, pero la nulidad, separación o divorcio determina la necesidad de atribuirlo a uno de los dos cónyuges en la liquidación del régimen.

La capacidad del sujeto activo se rige, por tanto, por las reglas generales, debiendo ser capaz para contratar. Pero, es rasgo definitorio del sujeto activo encontrarse en una situación de déficit en cuanto al consumo de un determinado recurso, o la compensación de un valor natural, como consecuencia de la actividad onerosa por él desempeñada.

b) El sujeto pasivo del derecho real de aprovechamiento etológico

Es aquel cuya conducta ha originado el reconocimiento de un valor patrimonial, hasta entonces inexistente. Dicho sujeto pasivo, titular del derecho etológico, está en una situación de deber respecto al adquirente del derecho real de aprovechamiento etológico, cual es el de mantener la determinada conducta, que permitió, en su día, el reconocimiento legal su derecho etológico en las mismas condiciones. El titular del derecho etológico ha de tener capacidad para disponer del excedente que va a poner en el tráfico jurídico.

Una especial consideración merece la situación en la que el titular del derecho etológico es una comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal. En ese caso, debe ser la misma, a través de sus órganos de representación, quien transmita el derecho real de aprovechamiento etológico y defina el destino de los fondos que se obtengan. Por ello, en artículo anterior al presente, defendíamos la necesidad de que el legislador reconozca expresamente la personalidad jurídica de la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal.

A los sujetos activo y pasivo de esta relación se refiere indirectamente el número 3 de la DA 8.^a, al aludir a los Bancos de Conservación de la Naturaleza, cuando dispone: “3. *Los titulares de los terrenos afectados por los bancos deberán conservar los valores naturales creados o mejorados, debiendo estos terrenos solo destinarse a usos que sean compatibles con los citados valores naturales, de acuerdo con lo que disponga la resolución de creación de cada banco de conservación de la naturaleza. Esta limitación del dominio se hará constar en el Registro de la Propiedad en la inscripción de la finca o fincas en las que se haya realizado la mejora o creación de activos naturales. A tal efecto, será título suficiente para practicar esta inscripción el certificado administrativo de*

que la actuación de creación o mejora del activo natural está registrada en el correspondiente banco de conservación de la naturaleza”.

Por esa conducta se le otorga la posibilidad de obtener un rendimiento económico mediante la transmisión a tercero, en régimen de libre mercado, de los títulos de crédito de conservación de la naturaleza, lo cual lleva aparejado un deber: *“solo pueden destinarse a usos que sean compatibles con los citados valores naturales”*. Y ese es el poder que tiene el adquirente del derecho real de aprovechamiento etológico, exigir del titular del terreno y del promotor, en su caso, la conservación de ese uso, limitación que puede constar en el Registro de la Propiedad, mediante nota marginal.

Para ello, es preciso que al titular del terreno le siga siendo atractivo mantener el uso que permita el mantenimiento del valor natural, una vez vendido el título de conservación. Ello requiere arbitrar fórmulas de recargar ese contenido económico, ya incluyendo en el precio una cantidad por mantenimiento a pagar periódicamente, al final de cada periodo de liquidación o cualquier otra, dentro de unos parámetros sostenibles.

Para ello, la publicidad registral abarcará los dos aspectos que completan esa relación jurídico real y el derecho del titular del crédito de conservación de la naturaleza ha de configurarse como un derecho real sobre finca ajena, siendo su origen un derecho etológico. Para el seguro tráfico de los mismos, la legislación competente habrá de regular los mercados de transacciones, como mejor medio de gestionar recursos limitados y de relación entre el lado activo y pasivo del derecho real de aprovechamiento etológico, como tratamos en otro artículo.

C) Elementos reales

En los elementos reales del derecho real de aprovechamiento ambiental, hemos de atender a tres aspectos: los bienes sobre los que este derecho real puede recaer, el aprovechamiento de que puede ser susceptible y el precio o contraprestación que el adquirente satisface al transmitente, si se constituye a título oneroso.

a) Los bienes sobre los que puede recaer el derecho de aprovechamiento etológico

Vienen mediatizados por la conducta que los genera. Por tanto, atendemos al lugar en los que se van a traducir los resultados de la conducta, que no puede ser otro que el de la finca donde el dueño ejerce sus facultades, de un modo sostenible, permitiendo la generación de un excedente de recurso energético negociable

o la preservación de un valor natural, o la emisión de oxígeno a la atmósfera. Y una finca con una titularidad depurada, siendo por tanto registral.

Esa finca registral, como bien inmueble por naturaleza, debe ser además ajena al titular del derecho real de aprovechamiento ambiental. Su naturaleza puede ser rústica o urbana, en cuanto a la generación del excedente energético. Pero, respecto a los Bancos de Conservación de la Naturaleza, en él se integran determinadas fincas sobre las que se asienta un valor natural creado, parece requerir la naturaleza rústica de las mismas.

b) El aprovechamiento de que es susceptible el bien

Depende de la elección del propietario respecto a la conducta a desarrollar para generar el valor añadido. El sujeto pasivo del derecho de aprovechamiento etológico, desarrollará una conducta, ya sea instalando las infraestructuras adecuadas para la producción del excedente, o creando o conservando un determinado valor natural, como en el caso de los Bancos de Conservación de la Naturaleza, respecto de los que la DA 8.^a citada dispone que en la resolución por la que se crea este *“se describirán las actuaciones, identificando las fincas en las que se realiza, con indicación de su referencia catastral y, en su caso, del número de finca registral; asimismo constará la atribución del número de créditos que la dirección general del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente competente en materia de medio natural otorgue, o el órgano que al efecto determine la correspondiente comunidad autónoma, a los titulares de los terrenos, de acuerdo con los criterios técnicos que se establezcan en la resolución por la que se crea cada banco de conservación”*.

c) El precio o contraprestación

Es la cantidad de dinero que el adquirente está dispuesta a pagar al transmitente por la adquisición del derecho real de aprovechamiento ambiental y que es libremente convenida por las partes dentro de una horquilla, para evitar la especulación, que podrá ser distinto dentro de cada periodo de liquidación. Todo ello se determinará en la normativa de los mercados de transacciones ambientales, como mercados regulados.

D) Elementos formales

En este punto, no debemos confundir el título formal de constitución del derecho real de aprovechamiento etológico del título administrativo del que

resulta del reconocimiento de la integración de una facultad nueva del derecho de propiedad, que deriva de la conducta que el Legislador trata de promover, ya sea la integración de la finca en un banco de conservación de la naturaleza, o en un proyecto de absorción de CO², o la generación de un excedente energético.

El título constitutivo de estos derechos, como reales que son, solo puede derivar de la voluntad de las partes, mediante el correspondiente contrato. Por tanto, el derecho real de aprovechamiento etológico, constituido por la voluntad de las partes en acto inter vivos, se origina por regla general, en virtud de un contrato, que vamos a denominar de transacción ambiental, que es, bilateral, recíproco, normalmente oneroso, en el que el titular del derecho de propiedad, o el cesionario de la creación de su componente etológico, transmite a otra persona no titular el uso de la facultad de disfrutar del excedente de recurso no consumido y asignado a la finca, fijando los derechos y obligaciones de las partes, o de un valor natural o de una reducción en la emisión de CO².

El contrato de transacción ambiental, a diferencia del derecho etológico de propiedad sostenible, ha de constar por escrito, sin necesidad de que sea público.

Decíamos anteriormente que los derechos de origen etológico estaban caracterizados por la importancia que en ello tiene el componente tecnológico. Ello unido a la necesidad de promover estas conductas llevan a la conveniencia de que su contratación se realice mediante documento electrónico firmado con la firma electrónica reconocida de cada contratante, que se genera en una aplicación informática, como puede ser el geoportal registral, como punto de conexión de oferentes y demandantes del derecho, a través de puntos de georreferenciación sobre la finca, a los que se asociará el consumo concreto perfectamente cuantificado, mediante aparatos contadores, con los requisitos que se determinen legalmente, que estarán enlazados con la aplicación informática del artículo 9 de la LH, que gestiona el sistema de bases gráficas de cada distrito hipotecario. Ello permitirá su visualización en el geoportal registral, como tablero que pone con relación a los oferentes y demandantes del recurso concreto. El registrador, territorialmente competente será quien transcriba, como “*minero*”, la transacción, utilizando tecnología “*blockchain*”

El contrato, una vez generado, se remitirá también para su constancia en un libro especial y auxiliar, asociado al folio electrónico de la finca, haciéndose constar su apertura por nota al margen de la inscripción del derecho etológico de propiedad sostenible, siendo su característica principal la generación de millones de contratos, de modo automatizado y sin intervención manual repetitiva, con una micro repercusión arancelaria derivada de su registración en un folio electrónico auxiliar.

E) Elementos temporales.

Par cumplir con los requisitos estructurales exigidos por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, hay que fijar un plazo de duración del derecho real, que no puede ser de carácter indefinido. En este derecho real de aprovechamiento etológico, el elemento temporal adquiere una dimensión esencial, puesto que dentro de ese plazo de duración del derecho real, condicionado al mantenimiento de la conducta del propietario, deben reconocerse también los periodos de liquidación, dentro de los cuales las partes pueden acordar los contratos de transacción ambiental, con lo que se consigue la recarga del contenido económico en cada período de liquidación, por la que se implique al propietario transmitente en el mantenimiento del derecho, mediante la permanencia de su conducta, pues es un derecho real basado en la sostenibilidad en el ejercicio de este derecho real inmobiliario, que constituye su componente etológico.

4.5. CONTENIDO

Serán derechos mínimos del adquirente del derecho real que el transmitente garantice el consumo pacífico del aprovechamiento transmitido y que realice las actividades oportunas para seguir disfrutando del derecho real de aprovechamiento etológico en cada periodo de liquidación. Si el aprovechamiento etológico transmitido está documentado en cualquier clase de título, como los títulos de crédito de conservación de la naturaleza, el adquirente de este derecho real tendrá derecho a la entrega de dichos títulos acreditativos.

Son obligaciones del adquirente del derecho real el pago del precio o contraprestación pactada por el consumo del recurso asignado en la cuantía transmitida y en el periodo de liquidación pactado. Son derechos de propietario de la finca la percepción del precio convenido; la cesación del aprovechamiento transmitido, transcurrido el periodo de liquidación pactado y agotado el recurso transmitido, siendo sus obligaciones el ejercicio de las actividades necesarias para que el aprovechamiento transmitido pueda disfrutarse por su adquirente y el mantenimiento y conservación de la instalación de los aparatos contadores, que permitan medir los consumos y ahorros transmitidos.

4.6. EXTINCIÓN

El derecho real al aprovechamiento etológico se agota en cada periodo de liquidación pactado por el consumo del excedente adquirido, a cambio del precio. Pero, se recargará en el periodo de liquidación siguiente. Por tanto, se ex-

tinguirá por el transcurso del plazo pactado, sin liquidación, requiriendo que el propietario comunique dicha situación al Registro, solicitando la cancelación del derecho real, lo que permitirá que pueda volver a transmitirse, si se mantiene su conducta. Y también se extinguirá por la cesación de la conducta del propietario, que determine la cancelación del derecho etológico de propiedad sostenible, como derecho matriz, del cual el derecho real al aprovechamiento etológico es derecho filial.

CONCLUSIONES

1. El derecho de propiedad inmobiliaria tiene un componente de sostenibilidad, integrado en su dimensión institucional, junto a las funciones social y ambiental.
2. El componente de sostenibilidad debe penetrar en las normas jurídicas, por el interés estatal en lograr el equilibrio entre el desarrollo económico y el ecosistema natural.
3. Ese componente de sostenibilidad no depende de una declaración de voluntad, sino de la conducta del propietario, que el legislador quiere promover mediante el reconocimiento legal de sus consecuencias jurídico-patrimoniales.
4. La doctrina clásica de las relaciones jurídicas se revela insuficiente para resolver las cuestiones que plantea esta nueva necesidad, por lo que la situación jurídica debe abordarse desde un nuevo planteamiento: el etológico, donde devienen esenciales el reconocimiento legal y la conducta del propietario.
5. Reconocido el derecho etológico de propiedad sostenible, es cuando el mismo es susceptible de patrimonializarse y de que sobre él puedan constituirse relaciones jurídico-obligacionales y jurídico-reales.
6. El molde conceptual del derecho real es el más adecuado para movilizar ese nuevo objeto de tráfico, derivado de una conducta del propietario, la estructura económica de mercado es el mejor medio para gestionar la escasez..
7. Como derecho real, su acceso al Registro de la Propiedad se revela como mejor forma de conseguir que estos nuevos objetos puedan ser objeto de tráfico jurídico seguro, configurada la institución como un Registro de Derechos, premiándose por el Estado la decisión del propietario de publicar su titularidad.
8. Como derecho real, con un componente etológico, su tráfico estará basado en la tecnología, a través de la configuración del geoportal como

herramienta de gestión de ese mercado, Smart Contracts con tecnología blockchain e inteligencia artificial, firma electrónica y archivo registral electrónico, como mejores herramientas para la confección y registración de estos contratos, pero no con un intermediario o minero de carácter privado, sino de carácter público, designado por el Estado: el registrador de la propiedad, con su calificación registral de los documentos presentados.

ABREVIATURAS

art.:	artículo
CC:	Código Civil
CE:	Constitución Española
CO ² :	Dióxido de carbono
LH:	Ley Hipotecaria.
LOTUP:	Ley de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje
LPH:	Ley de Propiedad Horizontal
MERTRA:	Mercado de Transacciones
N.º:	Número
RD:	Real Decreto
RDGSJFP:	Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública
RH:	Reglamento Hipotecario
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo

JURISPRUDENCIA

Sentencias del TC

- 11/81 de 8 de abril
- 37/87 de 26 de marzo de 1987
- 149/1991, de 4 de julio de 1991

Sentencias del TS

- 30 de noviembre de 1908
- 4 de junio de 1964
- 26 de diciembre de 1989
- 24 de octubre de 2005
- 15 de diciembre de 2010.
- 19 de julio de 2012.
- 10 de diciembre de 2013

- 21 de enero de 2016
- Resoluciones de la DGSJFP
- 25 de abril de 2005
 - 12 de febrero de 2016
 - 18 de marzo de 2016
 - 26 de abril de 2019
 - 21 de febrero de 2022

BIBLIOGRAFÍA

- ARGUDO PERIS, J. L. (2010): «Derechos reales de aprovechamiento parcial en la Ley de Derecho Civil Patrimonial», *Revista de Derecho Civil Aragonés*, N.º XVI, 2010, p. 177 y ss.
- ARRUÑADA, B. (2004): *La Contratación de los derechos de propiedad: un análisis económico*, Colegio de Registradores.
- ARRUÑADA, B. (2011): *Instituciones del intercambio impersonal. Teoría y método de los registros públicos*, Civitas Thompson Reuters.
- AUTIO, A. (2011): «United Nations Environment Programme Economics and Trade Branch. Towards Green Economy», 1.ª Conferencia Internacional sobre Servicios Ambientales y Seguridad Jurídica, Barcelona 7 de Julio de 2011, publicada en Cuadernos Ambientales de Propiedad, N.º1 extraordinario, Decanato de los Registradores de Cataluña.
- BASTIDA AGUILAR, A. (2010): «Experiencias relacionadas con la gestión de la protección al medio ambiente y al desarrollo sustentable», ababas@prodigy.net.mx.
- DÍEZ PICAZO, L. (2008): *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, t. III*, V Edición, *las relaciones jurídico-reales, el Registro de la Propiedad. La Posesión*, Aranzadi.
- FERNÁNDEZ DE GATA, D. (2014): «El VII Programa General de Acción de la Unión en Materia de Medio Ambiente», trabajos OPAM para el CORPME 2014, publicados en la web www.registradores.org.
- JIMÉNEZ HERRERO, L. M. (2001): «Desarrollo sostenible y la Agenda 21 Local», III Conferencias sobre Medio Ambiente, municipio y urbanismo, CES.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (2008): «Estado, propiedad y mercado», *RCDI* N.º 708, julio-agosto 2008.
- MONTÉS PENADÉS, V. (1990): *Comentarios al Código Civil*, Tomo V, Vol. 1.º, artículos 333 a 391 2.ª ed., 2008.
- MORO ALMARAZ, M. J. (1993): *Medio Ambiente y función social de la propiedad*, *RCDI* N.º 617, julio-agosto 1993.
- NAVAS NAVARRO, S (2007): *El derecho real de aprovechamiento parcial*. Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores. Madrid 2007.
- OSORIO MORALES, J. (1936): *Las servidumbres personales*, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1936.
- PÉREZ PÉREZ, E. (1995): *Propiedad, comunidad y finca registral*, Colegio de Registradores.

- RODE J. (2011): The Economics of Ecosystems and Biodiversity. 1.^a Conferencia Internacional sobre Servicios Ambientales y Seguridad Jurídica, Barcelona 7 de julio de 2011, en Cuadernos Ambientales de la propiedad N.º extraordinario, Decanato de los Registradores de Cataluña.
- RUIZ-RICO RUIZ, G. (2005): *Medio Ambiente y Propiedad Privada: La dimensión constitucional y legislativa de una relación conflictiva*, en *Propiedad y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Registrales.
- SALAZAR MAÑEZ, J. L. (2007): «El derecho de acceso a la información ambiental. Desarrollo sostenible y Registro de la Propiedad», *Revista Registradores* N.º 39, III Época, mayo-junio 2007.
- SANTOS BRIZ, J., SIERRA GIL DE LA CUESTA, J., GONZÁLEZ POVEDA, P., MARTÍNEZ PEREDA, J. M., PAZ RUBIO, J. M. (2003), *Tratado de Derecho Civil, teoría y práctica*, t. 2, *Derecho de Cosas*, Cap. 1.º, Bosch.
- VÁZQUEZ ASENJO, O. G. (2015): «Los Bancos de Conservación de la Naturaleza, una vía para elevar el valor de los recursos naturales», *La Vanguardia* 16 de enero de 2015. «Receta para salir de la crisis», *Efe verde* publicado el 20 de enero de 2015.
- VÁZQUEZ ASENJO, O. G. (2023): *Régimen jurídico de las situaciones y los derechos etológicos*, tesis doctoral 2.023, pendiente de publicación, consultada versión PDF, facilitada por el titular.
- YANGUAS MONTERO, G. (2006): *El daño patrimonial en el Derecho del Medio Ambiente*, Aranzadi Thompson Civitas.

NOTAS

¹ Entiende VÁZQUEZ ASENJO O. G. que la aparición de las necesidades jurídicas nacidas directamente de la personalidad humana, a través del comportamiento del individuo y no mediante su declaración de voluntad evidencian que el contenido de las figuras clásicas se encuentra en su evolución agotado y resulta insuficiente. En una fase inicial o de entrada se distinguen varias figuras jurídicas: el hecho natural, ajeno a la participación humana; el hecho jurídico, como acontecimiento dotado de efectos y el acto jurídicos, que es el hecho jurídico producido por la voluntad humana declarada. En una segunda fase de transformación estas figuras jurídicas se transforman preparándolas para una tercera fase de salida, donde aparecen las relaciones jurídicas, entendidas como el efecto jurídico producido en otra u otras personas y/o en una cosa, como consecuencia de la exteriorización del contenido del acto jurídico; el derecho subjetivo como conjunto de poderes o facultades jurídicas que el Derecho Subjetivo reconoce a una persona para la satisfacción de sus necesidades jurídicas y una serie de categorías en las que se descompone el derecho subjetivo, como las relaciones personales y reales, los actos y negocios jurídicos (op. cit. p. 13 y 14).

² Esa nueva teoría que propugna VÁZQUEZ ASENJO O. G. pretende añadir para el supuesto de los comportamientos jurídicos una estructura paralela en sus fases a la tradicional, pero diferente en sus contenidos y figuras. En la fase inicial aparecen las necesidades jurídicas, o aspiraciones del ser humano a alcanzar la justicia o la seguridad en los hechos jurídicos en los que la misma se materializa para ser percibida; el hecho jurídico, como todo hecho o acontecimiento de la naturaleza donde exista participación humana y el comportamiento jurídico, como actividad o conducta continuada que es susceptible de ser apreciada por la sociedad para que el sujeto pueda aprovechar los beneficios que se produzcan en una situación jurídica en la que quede engranada. En la fase central, la operación de transformación es pura y no se aprecia, como en la estructura tradicional, figura jurídica específica alguna. Y en la fase final aprecia dos figuras específicas y una clasificación posterior: la Situación Etológica, como escenario interactivo que en cada momento ocupa un comportamiento dentro de uno o varios procesos de creación de flujos económicos beneficiosos para el sujeto que se comporta y para la sociedad; el Derecho Etológico, como resultado que surge de un proceso de naturaleza jurídica con un sujeto que desarrolla una actividad sobre una materia que conlleve beneficios de los que ha de participar el mismo sujeto; y una clasificación posterior de los derechos etológicos en ambientales y derechos etológicos de carácter personal, según se refieran al comportamiento del hombre con la naturaleza o del hombre con la sociedad.

³ En este sentido SANTOS BRIZ, J., SIERRA GIL DE LA CUESTA, J., GONZÁLEZ POVEDA, P., MARTÍNEZ PEREDA, J. M., PAZ RUBIO, J. M., Tratado de Derecho Civil, teoría y práctica, t. 2, Derecho de Cosas, Cap. 1.º, Bosch. Sabadell (Barcelona), p. 9.

⁴ Como dice ARRUNADA, B., (op. cit.) la contratación inmobiliaria se caracteriza hoy por ser un sistema de intercambio impersonal, donde una parte no conoce a su contraparte, y en muchas ocasiones no tienen un conocimiento directo del objeto sobre el que contratan, lo que determina que sea necesaria una confianza plena en las instituciones que garantizan la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario (p. 8 y ss).

⁵ En este sentido, YANGUAS MONTERO, G. (op. cit., pp. 35 y 36). Es decir, que ese ecosistema en el que se incardina cada derecho de propiedad inmobiliaria está integrado por los diferentes elementos necesarios para que el propietario pueda dar cumplimiento a ese derecho a un medio ambiente digno, entre ellos los diferentes recursos naturales cuyo uso o consumo

se asignan al titular del derecho, por ser propietario de la finca, como una concreta porción de suelo, que es también un recurso natural limitado.

⁶ Como dice MONTÉS PENADÉS, (op. cit.) el dominio sigue siendo «una situación de poder», cuya actuación o realización se confía al arbitrio del titular. No importa la constatación de cada vez más restricciones, límites o limitaciones, según de qué tipo de bienes estemos hablando o en función de las personas o colectividades de las que se predique hallarse en tal situación. En general, seguimos pensando, para hablar de «propiedad» hay que hablar, en general y en abstracto, del poder de utilización de una determinada cosa para las finalidades u objetivos que se proponga (libremente) el titular». (op. cit. primer párrafo del epígrafe I comentario a los artículos 348 y 349, consultado en <https://app.vlex.com/search/jurisdictio:ES/>).

⁷ Según MONTÉS PENADÉS, su perpetuidad significa «de una parte, que el derecho de propiedad tiende a durar tanto como su objeto: es la duración física de la cosa la que determina la duración del derecho. Y aún más, si la cosa perece por efecto del tiempo o por accidente —dirán los autores— el carácter perpetuo del derecho tiene como consecuencia que el derecho recaiga sobre los vestigios de la cosa. En segundo lugar, y respecto del sujeto del derecho, esta nota de perpetuidad produce el efecto de la distinción respecto de otros derechos reales que, como el usufructo, el uso y la habitación, viven tanto como su titular. En este sentido, se pone de relieve que, a través de la disposición *monis causa*, el derecho sobrevive al sujeto». (op. cit. párrafo segundo del epígrafe 3 b Caracteres de la propiedad. b) perpetuidad, consultado en <https://app.vlex.com/search/jurisdictio:ES/>).

⁸ MONTÉS PENADÉS (op. cit.) la denomina ilimitación de las facultades «o, si se prefiere, generalidad y abstracción de las facultades que pueden comprenderse en el contenido de la propiedad», en el sentido de entender que «ilimitación, pues, quiere decir indeterminación de las facultades, de los posibles modos de goce, de las diversas utilidades que pueden obtenerse del objeto del dominio» (op. cit. párrafo primero del epígrafe 3 Caracteres de la propiedad d) ilimitación de las facultades consultado en <https://app.vlex.com/search/jurisdictio:ES/>).

⁹ Para MONTÉS PENADÉS la propiedad es, además, «unitaria o, si se quiere mayor claridad, y al objeto de distinguir esta nota del llamado «carácter unitario del poder», la propiedad es unívoca. Hay un solo tipo de dominio, que se corresponde con una sola categoría de personas. Ello no quiere decir que la propiedad no sea susceptible de diversos contenidos, en función de la variedad de las «desmembraciones» o derechos reales limitados que puede soportar la propiedad. Pero son variantes en concreto, que no niegan el tipo único, no son variantes institucionales. En términos escolásticos diríamos que mudan los accidentes, pero no la esencia». (op. cit. párrafo segundo del epígrafe 3 Caracteres de la propiedad. a) unidad, consultado en <https://app.vlex.com/search/jurisdictio:ES/>).

¹⁰ Así lo entiende BASTIDA AGUILAR, A. (op. cit.):

¹¹ SALAZAR MÁÑEZ, J. L.: «El derecho de acceso a la información ambiental. Desarrollo sostenible y Registro de la Propiedad», Revista Registradores n.º 39, III Época, mayo-junio 2007, p. 14.

¹² RODE J.: «The Economics of Ecosystems and Biodiversity. 1.ª Conferencia Internacional sobre Servicios Ambientales y Seguridad Jurídica», Barcelona 7 de julio de 2011, publicada en Cuadernos Ambientales de la propiedad n.º extraordinario, Decanato de los Registradores de Cataluña, pp. 45 y ss.

¹³ RUIZ-RICO RUIZ, G.: *Medio Ambiente y Propiedad Privada: La dimensión constitucional y legislativa de una relación conflictiva*, en *Propiedad y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Registrales, Madrid 2005, p. 282.

¹⁴ FERNÁNDEZ DE GATA, D.: «El VII Programa General de Acción de la Unión en Materia de Medio Ambiente», trabajos OPAM para el CORPME 2014, publicados en la web www.registradores.org.

¹⁵ DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. III, V Edición, *las relaciones jurídico-reales, el Registro de la Propiedad. La Posesión*, Aranzadi, Navarra 2008, p. 54.

¹⁶ AUTIO, A.: «United Nations Environment Programme Economics and Trade Branch. Towards Green Economy», 1.ª Conferencia Internacional sobre Servicios Ambientales y Seguridad Jurídica, Barcelona 7 de Julio de 2011, publicada en Cuadernos Ambientales de Propiedad, n.º extraordinario, Decanato de los Registradores de Cataluña, pp. 73 y ss.

¹⁷ En este sentido ver VÁZQUEZ ASENJO, O. G.: «Receta para salir de la crisis», Efe verde publicado el 20 de enero de 2015.

¹⁸ NAVAS NAVARRO (*op. cit.*) considera que dicho derecho se describe en el artículo 563.1 de la Ley 5/2006 de 10 de mayo, del Libro V del Código Civil de Cataluña, cuando dispone: «*los derechos de aprovechamiento parcial establecidos con carácter real a favor de una persona sobre finca ajena sin ninguna relación entre las fincas*». (*op. cit.* p. 122).

¹⁹ También la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho Civil Patrimonial de Aragón, configura los ademprios como «derechos reales de aprovechamiento parcial» en su art. 48 y en el art. 19 conceptúa legalmente tales derechos como reales, estableciendo su régimen jurídico, describiéndolos en su art. 531 como derechos reales de goce parcial en finca ajena constituidos sobre alguna de sus utilidades concretas, en beneficio de una o varias personas determinadas, o de una comunidad, con total abstracción o independencia de cualquier relación predial.

²⁰ Sobre el particular ver VÁZQUEZ ASENJO O. G. (*op. cit.* p. 71 a 81).

²¹ Según VÁZQUEZ ASENJO O. G., la estructura clásica de los derechos subjetivos «*obedece a una época donde la dimensión del derecho era analógica, nada podía efectuar la tecnología que, con mayor o menor esfuerzo o tiempo, no pudiera ser realizado por el ser humano. La electrónica e incluso la informática solo facilitaban la labor: hacían más rápido el proceso y establecían un nivel de seguridad no sometido al factor humano del error; pero no producían efectos jurídicos diferentes esencialmente a los que a lo largo de la historia se han venido produciendo*». Sin embargo, en el tratamiento jurídico de lo etológico, la tecnología es un componente esencial «*puesto que la magnitud, frecuencia y precisión que acompañan a la apreciación de lo etológico, quedarían fuera del alcance humano de no contar con estos medios*» (*op. cit.* p. 193).

²² DIEZ PICAZO, L., *op. cit.*, p. 86.

²³ DIEZ PICAZO, L., *op. cit.*, p. 81.

²⁴ Así lo entiende NAVAS NAVARRO, S. *op. cit.*, p. 123.

²⁵ Según VÁZQUEZ ASENJO el Derecho Etológico tiene por objeto: «*estudiar qué tipo de comportamientos determinan qué tipo de consecuencias para llegar al estudio de cuáles son las reglas y técnicas jurídicas más adecuadas para reprimir los comportamientos inadecuados o contra natura y favorecer en cambio los comportamientos adecuados propios de la naturaleza del ser humano. En definitiva, se trata de estudiar las causas del comportamiento que apoyan un determinado tipo de arquitectura jurídica necesariamente innovadora*». Régimen jurídico de las situaciones y los derechos etológicos p. 8.

²⁶ Como dice VÁZQUEZ ASENJO, en su tesis doctoral *Régimen jurídico de las situaciones y los derechos etológicos*: «*El Derecho es una herramienta o instrumento producto de la personalidad humana que cada individuo utiliza para satisfacer necesidades de tipo jurídico (es decir aquellas necesidades que aspiran o pretenden obtener justicia y seguridad). Esta herra-*

menta consiste en un proceso de transformación compuesto de tres fases (...). La construcción técnica jurídica tradicional ha demostrado su éxito y utilidad a lo largo del tiempo en la atención de necesidades jurídicas clásicas y por ello debe ser mantenida y mejorada en muchos de sus aspectos susceptibles de ello. Sin embargo, la aparición de necesidades jurídicas nacidas directamente de la personalidad humana a través del comportamiento del individuo y no a través de su declaración de voluntad evidencian que el contenido de las figuras clásicas se encuentra en su evolución agotado y resulta insuficiente. Con la intención de cubrir la carencia apreciada, la teoría que propongo pretende añadir, para el supuesto de los comportamientos jurídicos a los que no se extiende la postura clásica, una estructura paralela en sus fases a la tradicional pero diferente en sus contenidos y figuras. Dicha estructura resulta ser la siguiente: En la fase inicial o de entrada apreciamos. — Necesidades jurídicas: aspiraciones del ser humano a alcanzar la justicia o la seguridad en los hechos jurídicos en los que la misma se materializa para ser percibida. — Hecho jurídico: todo hecho o acontecimiento de la naturaleza donde exista participación humana directa o indirecta. — Comportamiento jurídico: actividad o conducta continuada que es susceptible de ser apreciada por la sociedad para que el sujeto pueda aprovechar directamente los beneficios que se produzcan en la situación jurídica en la que quede engranada. En la parte central la operación de transformación es pura y no se aprecia, como en la estructura tradicional, figura jurídica específica alguna. Y en la fase final o de salida apreciamos dos figuras jurídicas específicas y una clasificación posterior. — Situación etológica. Escenario interactivo que en cada momento ocupa un comportamiento dentro de uno o varios procesos de creación de flujos económicos beneficiosos para el sujeto que se comporta y para la sociedad. — Derecho etológico. El resultado que surge de un proceso de naturaleza jurídica con un sujeto que desarrolla una actividad sobre una materia que conlleve beneficios de los que ha de participar el mismo sujeto. — Clasificación posterior. La principal distinción entre los derechos etológicos es la que los clasifica entre derechos etológicos ambientales y derechos etológicos de carácter personal, según se refieran al comportamiento del hombre en la naturaleza o del hombre en sociedad» (p. 13 a 15).

²⁷ Dichos requisitos han sido delimitados por VÁZQUEZ ASEÑO. Régimen jurídico de las situaciones y los derechos etológicos p. 50 a 61.

²⁸ En este sentido, dice VÁZQUEZ ASEÑO: «Ya no hay que preservar el medio ambiente del depredador humano (esa actitud no ha dado resultado); hoy nos hemos dado cuenta de que en realidad el hombre se puede convertir en su mejor agente. El comercio se ha de basar en el respeto al individuo, el ánimo de lucro descarnado ha de dar paso al comercio justo» (op. cit. p. 55).

²⁹ En este sentido habla VÁZQUEZ ASEÑO de la teoría de la triple ganancia: «En realidad, se trata de seguir la teoría de la triple ganancia (...). Parece lógico pensar que, si todos pretenden ganar, alguno acabará perdiendo puesto que todos aspiran a lo máximo. El éxito del secreto de la triple ganancia, en la que gana el ciudadano, gana el empresario y gana la sociedad, se encuentra en una situación en la que todos pierden o ganan según se mire, porque la ganancia o la pérdida que se produzca habría de ser repartida entre todos proporcionalmente o incluso por igual. La sociedad verá cómo con esfuerzo y trabajo las relaciones entre ciudadanos y empresas se armonizan y confunden en un afán común. Los ciudadanos verán una retribución económica contante en su propio bolsillo, pero este beneficio será reducido en unos casos e incluso negativo en otros (pero incluso en este segundo caso, quienes hayan mantenido un comportamiento reprochable recibirán un castigo menor dentro de la relación etológica que estudiamos). Por último, los empresarios habrán de conformarse con ganancias moderadas, pero en todo caso, seguras y perdurables a lo largo de los años. Y los administradores públicos habrán cumplido

con el papel dialéctico que les otorga su propia función». Régimen jurídico de las situaciones y los derechos etológicos p. 60.

³⁰ Es lo que VÁZQUEZ ASENJO llama la teoría de la triple ganancia, cuando dice: «*En realidad, se trata de seguir la teoría de la triple ganancia: sistemas y figuras jurídicas donde a cada sujeto ambiental se le garantice un premio por su comportamiento ambiental adecuado, a la sociedad a través de la política, la máxima preservación ambiental posible y a los empresarios, que obtengan. (...) El éxito del secreto de la triple ganancia, en la que gana el ciudadano, gana el empresario y gana la sociedad, se encuentra en una situación en la que todos pierden o ganan según se mire, porque la ganancia o la pérdida que se produzca habría de ser repartida entre todos proporcionalmente o incluso por igual*». (Op. cit., p. 59).

³¹ NAVAS NAVARRO entiende que «*el tipo de conducta o fenómeno social del derecho real de aprovechamiento parcial está formado por una serie de elementos que, a través del mecanismo que supone la tipicidad se convierte en un tipo jurídico. La concreción que significa la abstracción del tipo jurídico se hace a través de toda una serie de datos que son los denominados índices del tipo que pueden ser generales y especiales. En esta dirección, frente al tipo jurídico "derecho real", mediante la tipicidad, tendremos el tipo "derecho real limitado" (...). Los generales contribuirán a la descripción de cada uno de los derechos reales limitados, junto con los especiales. Estos son aquellas notas que una vez determinado el tipo de "derecho real de aprovechamiento parcial" tienden a su identificación. Se trata de aquellos datos que justifiquen la existencia de una regulación diversa del derecho real de aprovechamiento parcial respecto a otros derechos reales limitados*», op. cit. pp. 105 y 106.

³² Díez PICAZO, L.: op. cit., p. 111.

³³ MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P.: «Estado, propiedad y mercado», *RCDI* n.º 708, julio-agosto 2008, p. 1531.

³⁴ ARRUÑADA, B.: *La Contratación de los derechos de propiedad: un análisis económico*, Colegio de Registradores, Madrid 2004, p. 31.

³⁵ Sobre el particular ver PAREJO ALFONSO, L.: «La ordenación y la gestión urbanística: un balance crítico», *Ciudad y Territorio*, enero-junio 1984.

³⁶ Sobre el particular, OSORIO MORALES, J.: *Las servidumbres personales*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936.

³⁷ Díez PICAZO, L., op. cit., p. 232.

³⁸ Díez PICAZO, L., op cit., p. 165.

¿Puede el Registro prescindir de la causa?

Can the Registry disregard the cause?

por

DANIEL ENRIQUE FERRÁN DEL VILLAR
Registrador de la Propiedad

DIEGO VIGIL DE QUIÑONES OTERO
Registrador de la Propiedad

RESUMEN: la causa de la atribución patrimonial es imprescindible en nuestro sistema registral, que pende de la exigencia de causa en el negocio jurídico. Se mire a donde se mire (donaciones *mortis causa*, pactos comisorios, garantías atípicas, atribuciones patrimoniales exorbitantes, normas de Derecho autonómico y un largo etcétera), la causa siempre aparece para resolver problemas prácticos que van surgiendo en la realidad. Aparece como elemento fundamental a considerar para inscribir una atribución patrimonial. Aparece, además, como elemento clave a la hora de determinar los efectos de una atribución ya inscrita (así, las mayores o menores facultades dispositivas del titular registral). En todo caso, hay que tener cuenta que la causa aparece a través del vehículo material y formal de que la misma se sirve: el negocio. Por tanto, prescindir de la causa, haría mucho más complejo que las funciones de la misma se siguieran cumpliendo, y dificultaría el cumplimiento de dichas funciones a que hoy sirve la calificación registral.

ABSTRACT: *The cause of the transfer of assets is essential in our registration system, which depends on the requirement of the cause in the transaction. Wherever you look (donations mortis causa, forfeiture clauses, atypical guarantees, exorbitant transfers of assets, regional law regulations, and a long list of others), the cause always appears to resolve practical problems that arise in reality. It appears as a fundamental element to be considered when registering a property attribution. It also appears as a key element when determining the effects of an already registered*

attribution (thus, the greater or lesser powers of disposal of the registered owner). In any case, it must be borne in mind that the cause appears through the material and formal vehicle that it uses: the contract. Therefore, disregarding the cause would make it much more complex for its functions to continue to be fulfilled and would hinder the fulfilment of those functions that the registration qualification currently serves.

PALABRAS CLAVE: Causa, contrato, calificación, fe pública registral

KEYWORDS: Cause, contract, qualification, public faith registration

SUMARIO: I. LA CAUSA COMO ELEMENTO (IM) PRESCINDIBLE PARA EL DERECHO REGISTRAL 1. LA CAUSA, CONCEPTO EN CRISIS. 2. LA CAUSA, ¿ELEMENTO PRESCINDIBLE? 3. LA CAUSA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—II. ALGUNOS CASOS QUE MUESTRAN LA NECESIDAD DE LA CAUSA. 1. EL PROBLEMA DE LA CAUSA EN LA CALIFICACIÓN DE NEGOCIOS CON PACTO COMISORIO. 2. ADJUDICACIONES PATRIMONIALES SIN SUFICIENTE CAUSA: EL PROBLEMA DE LAS ADQUISICIONES POR SUBASTA EN EJECUCIÓN FORZOSA. 3. EN PARTICULAR, EL EJEMPLO DE LAS DONACIONES MORTIS CAUSA. 4. CUESTIÓN RELACIONADA: ¿EL DIFERENTE CONTENIDO DE LA CAUSA EN LOS DERECHOS CIVILES AUTONÓMICOS? 5. EL LEGADO DE COSA ENAJENADA, Y LA CAUSALIDAD DEL MISMO. 6. CUANDO LA CAUSA DETERMINA EL DERECHO: LA REVERSIÓN EXPROPIATORIA.—III. LA CAUSA Y LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS. 1. ¿PODRÍA FUNCIONAR EL REGISTRO SIN LA CAUSA? EL PRINCIPIO DE CONSENTIMIENTO COMO EXCEPCIÓN. 2. LA CAUSA DE LA ADQUISICIÓN DEL TITULAR REGISTRAL Y LOS TERCEROS DE BUENA FE: LA ABSTRACCIÓN DE LA TITULARIDAD AL ACCEDER AL REGISTRO. 3. CAUSA, FORMA E INSCRIPCIÓN.—IV. LA CUESTIÓN EN EL DERECHO REGISTRAL DE PERSONAS: 1. LA CAUSA Y EL MATRIMONIO.—V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA CAUSA COMO ELEMENTO (IM) PRESCINDIBLE PARA EL DERECHO REGISTRAL

1. LA CAUSA, CONCEPTO EN CRISIS

En el tema de la causa, se discute todo o casi todo: desde si es o no elemento del negocio jurídico hasta su propio concepto¹. En efecto, de un tiempo a esta parte, la causa como requisito del negocio ha perdido consideración por ser visto por muchos como un concepto oscuro, y pensarse que buena parte de sus funciones puede cumplirlas el consentimiento (por ejemplo, en la donación, el ánimo de liberalidad del donante) o el objeto de los contratos (por ejemplo, en la compraventa, la contraprestación que espera recibir el vendedor del comprador y

viceversa). Ello ha llevado a la supresión de la causa como requisito del contrato en Francia y a que se postule la supresión de la misma tanto por el Proyecto de libro IV del Código civil elaborado por la Comisión General de Codificación como por la propuesta de Código de la Asociación de Profesores de Derecho civil², siguiendo ambas la ola europea que prescinde de la causa en el Marco común de referencia y los Principios del Derecho europeo de contratos³.

Ahora bien, la causa, además de un elemento del negocio, suele ser determinante de las atribuciones patrimoniales en un sistema causalista de transmisión de derechos como el nuestro. Una causalidad de la atribución patrimonial que, pese a poder independizarse de la causa del negocio, actúa junto con la misma⁴.

Ello hace necesario plantearse si la causa es o no prescindible⁵. Para responder a la pregunta, comenzaremos por tomar en consideración la opinión que cuestiona la necesidad de la causa, recordaremos el papel de la causa en la calificación registral (lo que permitirá ver el vacío que podría dejar la ausencia de la misma), y analizaremos algunos casos al efecto (como las transmisiones forzosas con causa insuficiente o las donaciones *mortis causa*⁶, mencionando otros casos como el de la eficacia *ex causa* del legado de cosa enajenada por el causante), para plantearnos luego la prescindibilidad de la causa en el Derecho hipotecario. Todo para contribuir al debate abierto sobre el tema, que dista de ser pacífico.

2. LA CAUSA, ¿ELEMENTO PRESCINDIBLE?

Para responder a esa pregunta, podemos partir de la opinión que aboga por la supresión de la causa, y lo que dicen sus partidarios (detractores de la causa) acerca de las funciones que la causa debe cumplir:

MORALES MORENO ha ofrecido recientemente su explicación de la propuesta de la Comisión General de codificación de suprimir la causa del Código civil en su proyecto de libro IV del Código (abreviado como PM-23)⁷. Se trata de un trabajo muy sólido y autorizado, pudiendo en lo demás contar con las fuentes que en mismo se citan.

En el trabajo de MORALES MORENO se afirma:

1.º “Los modelos de regulación, tanto globales (UNIDROIT Principles) como europeos (PECL, DCFR), han suprimido la causa como exigencia del contrato, sin que ello haya supuesto que dejen de cumplirse sus funciones, especialmente la de control de licitud del contrato”⁸.

2.º “Siendo la causa de una atribución patrimonial algo diferente de la causa del contrato, el hecho de que la PM-23 suprima la exigencia de causa para la perfección del contrato no determina que las atribuciones patrimoniales basadas en ese contrato queden desvinculadas de él (de su validez, de su contenido), que

sean abstractas. Tampoco determina el carácter abstracto del sistema de transmisión de la propiedad y demás derechos sobre los bienes⁹". En este sentido, hay que poner de relieve que la PM-23 no pretende modificar un precepto básico en la ordenación del sistema traslativo español: el artículo 609 CC, que exige para transmitir un derecho contrato y tradición, que en realidad es más bien causa y entrega (título y modo)".

En el ámbito registral, no cabe duda de que la postura de MORALES MORENO se asemeja a la reflexión que hacía don Jerónimo GONZÁLEZ acerca de la expresión o no de la causa en el título inscribible. Según este autor, una cosa es que la causa exista y otra muy distinta que sea necesario expresarla en el título presentado a inscripción, como tendremos ocasión de examinar¹⁰.

3.º "El desarrollo que en el moderno Derecho de contratos ha tenido la regulación del error, la resolución por incumplimiento y la cláusula *rebus sic stantibus*, figuras construidas, en época anterior, a partir de la causa subjetiva del negocio jurídico (una de sus acepciones). Este desarrollo normativo es bastante más completo y preciso y hace que no sea necesario construir el régimen jurídico de estas figuras a partir de la causa (falta de realización o caída de la causa)"¹¹.

4.º En cuarto lugar, el Prof. MORALES destaca que la causa cumple una función como causa extrínseca y que será exigible la conexión causal entre negocios (garantías o poderes). "Son supuestos muy variados y complejos. Algunos exigen una regulación especial aplicable a los mismos. Esa regulación no puede construirse, con la adecuada seguridad jurídica, a partir de un principio general como el de exigencia de causa del contrato."¹²

Dejando el problema específico del *rebus sic stantibus*, que sería harina de otro costal¹³, procede comenzar por señalar (respecto de las afirmaciones primera, segunda y cuarta) que la causa ha cumplido y cumple un importante papel en la defensa del deudor frente a atribuciones patrimoniales injustificadas (como veremos después al explicar cómo actúa la calificación registral de la causa). Como dijera DE CASTRO, la causa ha sido "medio para delimitar la esfera de la autonomía de la voluntad y evitar así que la protección jurídica se ponga al servicio de algo que repugne a la conciencia social"¹⁴. ¿Y cuál es la máxima expresión de la autonomía privada? Efectivamente, el negocio jurídico¹⁵.

En relación con la primera afirmación de MORALES, creemos que la supresión de la causa como categoría general puede tener consecuencias negativas a la hora de controlar la licitud de los negocios jurídicos en el Derecho de Familia y no sólo en el Derecho de Patrimonial. Sobre ello, volveremos más adelante¹⁶.

Centrándonos en la causalidad de la atribución patrimonial (que el propio autor e incluso los detractores de la causa siguen considerando necesaria y vigente), hay que tener presente que la misma suele depender de un negocio jurídico.

Siendo esto así, oscurecer en el mismo la causa puede dificultar el cumplimiento de la función de control de ilicitud de la atribución que se venía realizando hasta ahora causa mediante (por más que algunos civilistas consideren que esto se consigue ya por vía del Art. 6.3. CC¹⁷). No compartimos por tanto la idea de CARRASCO (a quien MORALES toma como apoyo) de que la causa de la atribución no tenga que ver con la causa del contrato¹⁸. Basta ver los casos en que la Dirección General de los Registros juzga el problema de la causa para percatarse de que el control de la *causa adquirendi* condiciona la propia admisibilidad del contrato con el que la atribución se persigue. Hay una vinculación título-modo tan grande (la *traditio* se produce *ex iusta causa*, y la causa viene determinada por la causa del contrato de finalidad traslativa¹⁹) que pensamos que sin causa del negocio será mucho más complicado hacer jugar a la causa su papel respecto de la atribución patrimonial.

Por ejemplo, si dejáramos de lado la causa del negocio jurídico de donación (que, en las donaciones, es el *animus donandi*), ¿qué motivo habría para denegar la inscripción de una donación *mortis causa*²⁰?

Otro ejemplo: si ignoráramos la causa de la transmisión forzosa (que, en los procedimientos de ejecución se puede extender, como veremos²¹, a la justicia de la adjudicación), ¿qué razón habría para denegar la inscripción de una adjudicación por un precio netamente inferior al valor de tasación del bien?

En suma, la idea que subyace en nuestro pensamiento es la siguiente: la causa “más relevante” es la de la atribución patrimonial —aquí coincidimos con los detractores de la causa—, si bien defendemos que aquella causa no se puede desligar de la causa del negocio que fundamenta la atribución, ya que la finalidad, en último término, es juzgar con mayor facilidad la licitud y suficiencia de dicha atribución patrimonial.

Por otro lado, el propio MORALES afirma que “el hecho de que la PM-23 suprima la exigencia de causa para la perfección del contrato no determina que las atribuciones patrimoniales basadas en ese contrato queden desvinculadas de él”. Ahora bien, sin que el contrato tenga causa, será muy complicado analizar la causalidad de la atribución patrimonial, pues como dijera DE CASTRO, si la causa era de la atribución patrimonial y no del contrato “sería difícil encontrar para la figura de la causa del negocio un apoyo en el Derecho positivo”²².

Además, en el ámbito de la propiedad inscrita, la posición de MORALES —entre otros detractores de la causa— podría dar lugar a que la inscripción llegase a suplir a la tradición, tal y como estudiaremos con posterioridad²³.

Admitimos la idea de MORALES de que los supuestos de causa extrínseca son muy variados y en los que un principio general tal vez pueda resultar oscuro. Pero pensamos que prescindir de ese principio general, de la idea de causa como requisito, hace mucho más complejo cumplir sus funciones (cuya necesidad no

es cuestionada por el autor) a través de otros mecanismos. En efecto, creemos que el desarrollo normativo de ciertas figuras (por ejemplo, del error o de la cláusula *rebus sic stantibus*) no es bastante para destruir el origen de la institución en que se fundan. En el tema que nos ocupa, la causa del negocio jurídico.

Además, no vemos que tal desarrollo normativo sea incompatible con la enunciación de la causa como principio general, al objeto de informar todo nuestro ordenamiento. Sin ir más lejos, en nuestro Derecho inmobiliario registral, los principios que informan la legislación hipotecaria sirven habitualmente como fundamento jurídico de las decisiones que toma el Registrador a la hora de resolver los distintos problemas que se plantean en la realidad y que, sin embargo, no siempre encuentran solución en un precepto concreto del ordenamiento jurídico español.

Y es que, como veremos más adelante al comentar la calificación registral de causas conexas (frecuente en las garantías), ¿qué sería del deudor desprotegido sin la causa del contrato de financiación en conexión con el cual se crea una garantía que le puede resultar abusiva? Como veremos²⁴, la Dirección General, en los últimos años, ha tendido a admitir licitud y suficiencia de la *causa garantiae* para adquirir, si bien el Centro Directivo matiza que “sólo mediante un análisis pormenorizado de cada supuesto se podrá determinar la admisibilidad o inadmisibilidad del pacto en cuestión” (RDGSJFP de 12 de diciembre de 2023).

Tanto con carácter general, como cuando hay causa extrínseca de relaciones conexas, se echará siempre en falta una idea general de qué es la causa para poder juzgar si despliega sus funciones. Y si dicha causa no va a existir, debería quedar más claro cómo puede operar la exigencia de causalidad de las atribuciones sin la causa del negocio.

En este sentido, pensamos que sería conveniente trabajar en introducir una regulación expresa de la causa de la atribución patrimonial, antes de defender la supresión de la causa como requisito del negocio jurídico.

3. LA CAUSA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Lo que venimos reflexionando sobre la causa, tal vez se comprenda mejor si ofrecemos la visión que de ella tenemos desde la función registral, para lo cual conviene repasar el valor de la causa para las inscripciones.

Para comprender la relación entre la causa y la inscripción hemos de partir de que el español es un sistema civil causal²⁵: los negocios jurídicos lo son con justa causa y la falta de la misma es determinante de nulidad, actuando la necesidad de causa como límite a la autonomía de la voluntad (Art. 1274-77 CC). Con mayor precisión, el sector causalista de la doctrina civilista afirma que, el nego-

cio jurídico, sin causa, más que nulo, es inexistente, al faltar uno de los elementos esenciales a que se refiere el artículo 1261 CC. El causalismo, relacionado además con la teoría del título y el modo, implica la necesidad de justa causa, no sólo del negocio, si no del derecho que se adquiere. De modo que la explicación de VON THUR según la cual la causa es de la atribución patrimonial cobra una especial importancia en el Registro, aunque como venimos diciendo no parece que sea sencillo desligarla de la causa contractual. No estamos hablando, por tanto, únicamente de la causa del título, sino también de la causa del derecho real (que, al tener eficacia *erga omnes*, se rige por un estatuto donde pesa más la ley imperativa, y menos la autonomía de la voluntad).

Ello contrasta con el origen germánico de buena parte de los preceptos de nuestra Ley hipotecaria, ya que el sistema germánico se caracteriza por la existencia de actos reales abstractos, actos dispositivos que son los que propiamente se inscriben. En España la causa alcanza mayor trascendencia real y, de ahí, que no sólo se califique (artículo 18 LH), sino que también se inscriba (artículos 9 g) LH y 51. 10.ª RH). Ahora bien, como veremos, se establece una protección para el tercero subadquirente del titular registral en términos parecidos a la protección del sistema germánico (artículo 34 LH). Dicha limitación de efectos de la causa a solo las partes, hace que MÉNDEZ afirme que en la protección del tercero convergen el sistema español y el germánico, cuestión que abordaremos más adelante.

Para el Registro, por tanto, la causa importa como causa de la atribución patrimonial en que consiste el derecho que se inscribe, como *causa traditionis* del mismo, como título por el cual se adquiere. Sin causa, la inscripción no protegerá al adquirente (artículo 33 LH). No importa en cambio como determinante de la pérdida del derecho cuando hay un subadquirente totalmente inocente y que haya podido hacer abstracción, respecto del cual importa únicamente la adquisición “*de quien en el Registro aparece con facultades bastantes para transmitir*” (artículo 34 LH) el derecho de que se trate. ¿Pero la constancia de la causa en el Registro no influye también enormemente en las facultades dispositivas del titular registral y, por tanto, en la buena fe de los terceros? En efecto, no es lo mismo que el titular registral lo sea por título de dación en pago o que lo sea por título de cesión de bienes para pago. Del mismo modo, no es lo mismo que el titular registral tenga una titularidad dominical plena o una titularidad fiduciaria, que *per se*, es limitada.

En todo caso, la importancia de la causa suscita una serie de cuestiones teóricas y prácticas de gran calado que nos permiten ver hasta qué punto puede resultar necesaria:

1.º Se ha discutido tradicionalmente si es imprescindible la expresión de la causa en todo título formal que se presenta a inscripción. En principio la doctrina

clásica lo ha exigido por las propias características del sistema (artículos 609 y 1261 CC), en tanto los Registradores deben calificar la validez del acto dispositivo que se inscribe (artículo 18 LH). Ello es lo que permite llevar a cabo una calificación acerca de la suficiencia, adecuación y licitud de la causa²⁶. Pero, además, considerado el diferente juego de la autonomía de la voluntad respecto a los derechos reales, es lo que permite controlar la adecuación del derecho que se inscriba a la estructura institucional de derechos reales existente en nuestro ordenamiento.

2.º La calificación registral entra en la anomalía, inadecuación y tipicidad de las causas. En efecto, el Registro ha sido un mecanismo desde el cual se ha combatido el problema de la anomalía de las causas: a lo largo del tiempo se ha denegado la inscripción de aquellas atribuciones patrimoniales en las cuales no había causa suficiente, o esta se consideraba ilícita, tales como las adjudicaciones derivadas de un pacto comisorio o las ventas en función de garantía, sean estas como tales (R. de 30 junio de 1987), con pacto de retro (R. de 18 de octubre de 1994) o bien opciones en garantía (R. de 2 de septiembre de 1992) —sobre las cuales volveremos más adelante—, casos en los cuales la anomalía de la causa ocasiona la denegación de la inscripción²⁷.

Por otro lado, el Registro ha servido para controlar la inadecuación de las causas: en un contexto de progresiva tendencia a la objetivación de la causa, no se permite adquirir un derecho real, ni diseñar uno nuevo, si no por las causas y con las modalidades²⁸ típicas²⁹.

De modo que la autonomía de la voluntad no sólo queda constreñida por la necesidad ineludible de causa, sino también por la exigencia de tipicidad de la misma³⁰. En caso de falsedad, ilicitud, inadecuación³¹ de la causa³², el Registrador debe denegar la inscripción. Si, pese a ello, se llega a practicar el asiento, entrará en juego el artículo 33 LH, sin perjuicio de responsabilidad del Registrador por el error cometido en el desempeño de su función calificadora.

3.º Pese a que se ha entendido dicha necesidad³³ de expresión³⁴, y pese a que así lo ha dicho la DGRN en diferentes ocasiones³⁵, no podemos olvidar que, junto a la causalidad sustantiva de nuestro sistema, el mismo admite una cierta “abstracción procesal” o “abstención de la mención de la causa” (DE CASTRO³⁶). Ello llevó a LACRUZ y SANCHO en cierto momento a decir que, aunque se exija causa, no es precisa la mención específica de la misma por ser inscribibles todos los actos que implican una mutación jurídico real y por la presunción de causa (artículos 2 LH y 1277 CC), si bien más tarde limitó esto a los negocios sobre el rango hipotecario (artículo 241 RH).

Junto a ello hay que tener en cuenta que la protección del tercero subadquirente se supedita a que haya adquirido a título oneroso (artículo 34 LH), lo cual lleva a la DGRN a exigir que al menos el carácter de la adquisición quede claro en si es oneroso o gratuito³⁷.

4.º En caso de que haya contradicción al expresar la causa, calificando el negocio jurídico a veces de una manera y otras de otra (por ejemplo, compensación unas veces y otras, condonación), se suspenderá la inscripción por falta de claridad. Y no solo por afectar a la validez (lo cual se derivaría del principio de legalidad), si no por no estar claro lo que se inscribe, lo cual se deriva de las exigencias del principio de especialidad (artículo 9 LH).

5.º Si la calificación del negocio es diferente de su contenido, siempre que no haya duda de su verdadera naturaleza, se practicará la inscripción conforme a su contenido. Y ello porque la determinación del contenido de la inscripción no es algo que dependa de la voluntad de las partes ni tampoco del Notario (por más que el artículo 156.10 RN hable de “la calificación del acto o contrato”). En efecto, la calificación depende del Registrador, dado el carácter independiente de la función registral.

Lo normal, con todo, será advertir de qué se va a inscribir, para permitir que las partes puedan decidir si inscriben o no lo que tal vez está mal otorgado. Pero a falta de claridad cabe exigir la correcta expresión de la causa³⁸.

6.º Finalmente, no podemos dejar de mencionar la simulación negocial. Normalmente no se podrá apreciar dicha imperfección, y se practicará la inscripción conforme a la causa expresada (sin perjuicio de su posible impugnación—artículos 40 y 82 LH). El ejemplo paradigmático es la donación encubierta bajo el otorgamiento de una escritura de venta. Otro ejemplo que podemos destacar es la venta en función de garantía o cualesquiera otros negocios fiduciarios en los que la fiducia o confianza entre las partes no resulta de lo expresado, sino de acuerdos secretos que no se pueden conocer. Ahora bien, cuando sí se pueden conocer, la DG admite la denegación por la detección del mecanismo, aun con otras palabras³⁹. Algo para lo cual hay que admitir que la calificación registral no debe limitarse a lo que se lee, sino a la intención evidente de las partes (de acuerdo con el artículo 1281 CC). En estos supuestos, la DG exige que el Registrador haga en la calificación una importante motivación de por qué deniega la inscripción. En este sentido, conviene traer a colación la reciente RDGSJFP de 30 de julio de 2024⁴⁰.

II. ALGUNOS CASOS QUE MUESTRAN LA NECESIDAD DE LA CAUSA.

1. EL PROBLEMA DE LA CAUSA EN LA CALIFICACIÓN DE NEGOCIOS CON PACTO COMISORIO.

Uno de los casos en los que la anomalía e ilicitud de las causas ha generado mayores problemas ha sido el del pacto comisorio. A decir de la Dirección General «el pacto comisorio, configurado como la apropiación por el acreedor de la finca objeto de la garantía por su libérrima libertad ha sido siempre rechazado,

por obvias razones morales, plasmadas en los ordenamientos jurídicos, al que el nuestro nunca ha sido ajeno, bien como pacto autónomo, bien como integrante de otro contrato de garantía ya sea prenda, hipoteca o anticresis (artículos 1859 y 1884 CC), rechazo que se patentiza además en la reiterada jurisprudencia sobre la materia tanto del Tribunal Supremo⁴¹ como de este Centro Directivo» (R. de 8 de abril de 1991). En aplicación de esta regla, la DG ha rechazado la inscripción de otros derechos cuando se usaban en función de garantía pretendiendo eludir la prohibición de pacto comisorio mediante negocios indirectos⁴², como es en ocasiones el derecho de opción de compra⁴³. Sin embargo, en una resolución de 9 de enero de 2024, se admitió el pacto por el que pueda adjudicarse al acreedor o venderse a un tercero el bien objeto de la garantía (instrumentada a través de un derecho de opción) siempre que se establezca un procedimiento de valoración del mismo que excluya la situación de abuso para el deudor. Con anterioridad (R. de 12 diciembre de 2023), el Centro Directivo consideró que “deben admitirse aquellos pactos o acuerdos que permitan un equilibrio entre los intereses del acreedor y del deudor, evitando enriquecimientos injustos o prácticas abusivas, pero que permitan al acreedor, ante un incumplimiento del deudor, disponer de mecanismos expeditivos para alcanzar la mayor satisfacción de su deuda”⁴⁴.

Se observa, por tanto, una tendencia de evolución y apertura habiendo equilibrio de intereses. Y se limita de algún modo la calificación registral si la simulación negocial o la construcción del negocio indirecto no se desprenden claramente del expediente⁴⁵. Sin embargo, en esa evolución se va produciendo un desdibujamiento de la causa *adquirendi* de los derechos inscritos. No es cuestión simplemente de que el deudor haya consentido (lo cual siempre es posible como dación en pago causa *credendi*) o de que haya equivalencia de prestaciones⁴⁶, lo cual seguramente sería válido si el consentimiento fuera lo único relevante, sino de que la adquisición con *causa garantiae* no sea ilícita y sobre todo de que sea suficiente para adquirir. Y abrir la mano a operaciones de ingeniería jurídica que buscan el acceso al préstamo de quienes más difícil lo tienen en el circuito bancario, lo único que va a producir es un incremento de los prestamistas y unos daños que nos devolverán a las buenas razones por las que el ordenamiento ha limitado tradicionalmente el pacto comisorio. Por ello, la DG suele admitir estas operaciones cuando ambas partes intervinientes son empresarios no consumidores (en este sentido se pronuncia la R. de 15 de marzo de 2021 para un supuesto de opción de compra en garantía de deuda).

En todo caso, las razones anteriores no tardaron en ser ponderadas, dentro del mismo año, por el centro directivo: a partir de la Resolución de 9 de septiembre de 2024, varias resoluciones (por todas, RR. de 12 de febrero y 26 de marzo de 2025) corrigen en parte los excesos de las anteriores, incidiendo precisamente en el problema de la causa.

Este vaivén doctrinal bien podría resolverse con una regulación más clara acerca de cuándo admitir la *causa garantiae* como causa lícita y suficiente para adquirir⁴⁷, ya que mientras se admite algo, se van quedando derechos inscritos que podrían en el futuro producir efectos comisorios indeseados. La propia DG (R. de 5 marzo de 2025) ha resuelto que el derecho de opción indebidamente inscrito debe surtir efectos, pese a su nulidad manifiesta, en tanto no sea anulado por los tribunales con base en el principio de salvaguarda judicial que consagra el artículo 1.3 LH. No cae en que, más allá de que el derecho constituido fuera declarable nulo, hay un problema de fondo de insuficiencia de *causa adquirendi* que permitiría rechazar los comisos indebidos por mucho que gocen de prioridad registral.

Visto el caso concreto, no cabe sino preguntarse si el papel de tutela de los deudores frente a construcciones que vulneran la prohibición de pacto comisorio serían o no combatibles a través de la calificación registral sin la causa como piedra angular de los derechos que se inscriben (que actúa normalmente a través de los contratos de finalidad traslativa que les sirven de título). Por tanto, la causa del negocio no es prescindible, sino que, al contrario, calificar la misma se torna indispensable. Y como he señalado en otro lugar, se trata de un tema importante en el papel que el Registro está llamado a desempeñar en el problema de la vivienda⁴⁸.

2. ADJUDICACIONES PATRIMONIALES SIN SUFICIENTE CAUSA: EL PROBLEMA DE LAS ADQUISICIONES POR SUBASTA EN EJECUCIÓN FORZOSA

Mención aparte merece el problema de si las adjudicaciones patrimoniales inscritas en el Registro contienen un enriquecimiento sin causa. Un tema que está evidentemente detrás de lo que hemos comentado respecto del pacto comisorio y las figuras que pretenden burlar su prohibición. Un tema que, además, se manifiesta de modo especialmente virulento en relación con las adjudicaciones hipotecarias. Respecto de las mismas, a finales de la década pasada surgió la polémica por cuanto el artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permitía la adjudicación al acreedor, en caso de falta de postores, por el 50% del valor de tasación o por lo que se le deba por todos los conceptos. En un caso recurrido ante la Dirección General, se adjudicó por el importe de la deuda y dicho importe representaba el 23% del valor de tasación. La Registradora, procurando evitar la injusticia, realizó una aplicación conjunta de dicho precepto con el artículo 651 de la misma Ley⁴⁹ y exigió que la adjudicación no se hiciera por menos del 50% (lo cual implica en muchos casos consignar la diferencia, algo que naturalmente no suele interesar al acreedor⁵⁰). La Dirección General dio la razón a

la Registradora (R. de 15 de noviembre de 2018, que repite el criterio seguido en la R. 20 de septiembre de 2017). En su fundamentación, resulta interesante que considera que la calificación registral se puede extender a la justicia de la adjudicación como parte de la calificación de la congruencia del mandato con el procedimiento (con base en la doctrina del Tribunal Supremo –STS 625/2017, 21 de noviembre—, y con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el equilibrio de intereses en el procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados –STC 113/2011 y las que en la misma se citan—).

Admitida la competencia para calificar el asunto, y analizando los criterios interpretativos de la norma, afirma el Centro Directivo que “la interpretación de una norma no puede amparar el empobrecimiento desmesurado y sin fundamento de una parte, y el enriquecimiento injusto de la otra”. Es decir, que invoca la causa de la atribución patrimonial como extremo fundamental que el Registrador puede calificar, incluso en documentos judiciales, por su relación con la congruencia procesal⁵¹.

Naturalmente, dicha causa de la atribución está relacionada con la causa del negocio que se ha de inscribir (en este caso la venta forzosa). Se considere o no que el negocio tiene causa, la causa de la atribución patrimonial existirá y deberá juzgarse. Pero si se prescinde de la recta razón del negocio que es la causa, será más difícil de apreciar la justicia del caso, con riesgo de dañar a los perjudicados. En efecto, el empobrecimiento del deudor y el enriquecimiento del ejecutante deben tener causa, no habiéndola cuando sean desmesurados. Aquí se puede observar claramente cómo la calificación registral de la causa es imprescindible para garantizar una de sus funciones: la justicia en los procedimientos de ejecución.

Hay que recordar que, en las transmisiones onerosas de carácter voluntario, como la compraventa, el precio no ha de ser necesariamente justo (salvo en las de VPO). Por ello, si no tenemos en cuenta que la adjudicación al acreedor deriva de un procedimiento de ejecución forzosa por incumplimiento de una obligación, la justicia no quedaría garantizada y se podría admitir una adjudicación por precio netamente inferior al valor de tasación.

3. EN PARTICULAR, EL EJEMPLO DE LAS DONACIONES MORTIS CAUSA.

Un ejemplo que merece mención, y que nos permite ver con claridad la importancia de la causa, tanto para el negocio jurídico como para la atribución patrimonial, es el de las donaciones *mortis causa*⁵². La inscripción de las mismas está expresamente excluida por la Dirección General de Seguridad jurídica y Fe Pública y su antecesora la DGRN precisamente por la falta de atribución de un derecho siquiera en expectativa⁵³.

Vale la pena traer aquí la explicación del insigne jurista catalán Ramón María ROCA SASTRE, quien recuerda que, en la donación *mortis causa*, la muerte no es mero motivo subjetivo cómo podría serlo en una donación *inter vivos* relacionada con la muerte (también llamada donación con eficacia *post mortem*) sino que aquí la muerte “se objetiviza y se incorpora a la donación como causa, actuando en ella como condición (elemento) esencial”⁵⁴. Siendo esencial, no hay verdadera liberalidad del bienhechor, porque puede revocar, y es por ese fallo causal por lo que no se permite la inscripción de las donaciones *mortis causa*.

Una regla que tiene, como tantas otras cosas, excepciones forales. Pues como he destacado en otro lugar⁵⁵, determinados pactos sucesorios⁵⁶ admitidos en el Derecho catalán⁵⁷ propician la anomalía de que se admita el reflejo registral de una atribución revocable y en mera expectativa. Algo que no necesariamente repugna a los fundamentos del Derecho registral, pues hay derechos en expectativa que se reflejan en el Registro (v.gr. el derecho de viudedad aragonés en fase expectante⁵⁸ o la adquisición bajo condición suspensiva del artículo 23 LH), pero dichas situaciones constituyen una excepción a la regla general, o una particularidad del contenido de la causa en el Derecho foral, lo cual nos lleva a otro problema:

4. ¿EL DIFERENTE CONTENIDO DE LA CAUSA EN LOS DERECHOS CIVILES AUTONÓMICOS?

Y es que la denegación de la inscripción de las donaciones *mortis causa* y situaciones equivalentes como la comentada se basa fundamentalmente en que las mismas no tienen causa bastante, necesaria siempre para la inscripción⁵⁹. Ahora bien, siendo que las donaciones *mortis causa* tienen por tanto una peculiaridad causal, y siendo que las mismas están admitidas en el Derecho catalán (artículos 432-1 a 5 CCCat), cabe defender perfectamente que la definición de lo que la causa sea en el Derecho catalán debe ser diferente a lo que, con carácter común, establece el Código civil español en su artículo 1274.

Al caso de la donación *mortis causa* hemos de unir la venta en función de garantía⁶⁰ (artículo 621-55) o la rescisión *ultradimidium*⁶¹ que hace que la prestación o promesa que sirve de base al contrato no sea el precio sino el valor (artículo 621-45). También habría que añadir que en el artículo 622-36 CCCat la irrevocabilidad del poder pende de la causalidad⁶². Sin un elemento como la causa, quedaría cojo el tema y sería complejo de explicar.

Esas normas no pueden tener como fundamento sino una idea de causa que no es la misma del artículo 1274 CC: no estamos hablando ni de la pura liberalidad ni de la prestación o promesa de la otra parte, pues aquí se permiten atribuciones patrimoniales exorbitantes de la conmutatividad de prestaciones que toma el artículo 1274 CC como base del contrato.

Esta interpretación abierta a la novedad autonómica es coherente con lo resuelto por el Tribunal Constitucional: el FJ 6.º de la STC 132/2019 entiende que los requisitos del contrato forman parte de las bases de las obligaciones que actúan como límite de la legislación autonómica (artículo 149.1.8 CE). Los requisitos. No el concepto de causa ni su contenido, que pueden variar de un territorio a otro.

Ahora bien, si se suprimiese la causa como requisito del contrato, ¿se saldría una legislación autonómica causalista de dichas bases? Seguramente sí. Y por ello cualquier reforma legislativa del Código estatal sería una materia en la que los representantes de los territorios con Derecho civil propio deberían hacer cuestión, pues tocar el requisito de la causa sería un duro golpe al Derecho civil catalán y navarro y tal vez a los demás, dada la cuestión del pacto sucesorio que permite atribuir bienes de manera revocable y sin transmisión presente.

5. EL LEGADO DE COSA ENAJENADA, Y LA CAUSALIDAD DEL MISMO.

Otro supuesto que permite una reflexión a este respecto, es el del legado de cosa propia del testador que fue enajenada con posterioridad. El caso ya se planteaba en el Derecho Romano: enajenando voluntariamente el testador la cosa legada, quedaba extinguido el legado. La regla pasó al viejo Derecho castellano, si bien en las Partidas se afinó un poco el criterio: el legado quedaba extinguido si la enajenación de la cosa legada era gratuita. Siendo onerosa (y aquí ya empieza la causa a hacer de las suyas), si el testador recuperaba luego la cosa se mantenía el legado, pues se podía interpretar que una enajenación onerosa se debía a una necesidad y no a una voluntad deliberada de deshacerse de la cosa. En el supuesto es evidente que hay una causalidad muy grave, tanto de la transmisión gratuita u onerosa de que se trate, como de las atribuciones patrimoniales a que los mismos puedan dar lugar (que como de costumbre aparecen unidos y hasta cierto punto inseparables).

El Código civil español, recogiendo la tradición, afina más todavía: el artículo 869.2.º CC permite tener por extinguido el legado cuando la cosa sale del patrimonio del testador, aunque después la recupere. Únicamente salva un caso: que la recuperación se lleve a cabo por medio de un derecho de retracto que se haya reservado el testador. Es decir, que no haya verdadera voluntad deliberada de deshacerse de la cosa, o que se exhiba la voluntad de recuperarla. Ello podría pensarse, en una visión anticausalista, que se canaliza a través del consentimiento y su contenido. Pero se comprende mejor si recurrimos a la causa: el legado pende de que se preserve la pura liberalidad del testador, y de que se mantenga alguna conexión causal entre la enajenación y la recuperación de la cosa legada.

Una conexión que evidentemente descansa en la razón de ser, base del negocio transmisivo en el que se pacta el retracto. MANRESA entiende que, naturalmente, todos los otros casos de reservas, reversiones, transmisiones limitadas (censos, usufructos, superficies) que impliquen la recuperación de derechos por parte del testador siguen la misma regla⁶³.

Visto el problema desde el Registro, el reflejo que se hará de la *causa contractus* y de la *causa tradendi* (venta+pacto de retro) deberá ser claro y expreso, conforme al principio de especialidad. En este caso, como en los otros, prescindir de la categoría de la causa no hará las cosas más fáciles, pero sí podría complicar las interpretaciones y la resolución de los conflictos.

6. CUANDO LA CAUSA DETERMINA EL DERECHO: LA REVERSIÓN EXPROPIATORIA

En el Derecho Administrativo, existe un negocio formal que ocasiona la transmisión de fincas de los particulares al Estado y que recibe el nombre de expropiación forzosa. Merece la pena considerarlo como negocio jurídico que es, por forzoso que resulte, y la importancia que en el mismo tiene la causa⁶⁴. Una causa que es la determinante, no sólo de los derechos de la Administración, sino también de los del particular, entre los cuales se halla el poder recuperar el bien cuando no se cumplen los fines que justificaron la utilidad pública de la expropiación o derecho de reversión.

Dicho derecho de reversión debe hacerse constar expresamente en el Registro. Una constancia que, como explica GARCÍA GARCÍA, es de su fase de expectativa⁶⁵ (o fase latente, en expresión de la Dirección General⁶⁶). Con anterioridad a la versión que dio al artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa la Ley 38/1999, dicho derecho no se expresaba como tal. Simplemente surtía efecto legal por el hecho de que la *causa adquirendi* que constaba en el Registro fuera expropiatoria. Y no cabía decir por parte de ningún tercero que la causa de resolución del derecho del titular a efectos del artículo 34 LH no constaba, pues constaba la causa⁶⁷, y ella determinaba el derecho⁶⁸ (artículo 37 LH). Precisamente para evitar inseguridades se modificó la ley y se pidió la constancia expresa como carga. Pero la ratio del derecho de reversión, su causa, es precisamente la *causa adquirendi* expropiatoria. Algo que, prescindiendo de la causa como requisito del negocio (en este caso expropiatorio), no sería ni mucho menos tan claro.

Además, la causa de la readquisición del dominio por parte del reversionista (causa de la atribución) se vuelve a conectar con la causa de la expropiación (causa del negocio), ya que la concurrencia de cualquiera de los presupuestos mencionados en el artículo 54.1 LEF habilita al expropiado a ejercitar el derecho de reversión. Esta concurrencia, junto con la restitución del justiprecio (artículo

55 LEF), ha de ser calificada por el Registrador para inscribir la readquisición y cancelar la inscripción del derecho de reversión⁶⁹.

III. LA CAUSA Y LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS

1. ¿PODRÍA FUNCIONAR EL REGISTRO SIN LA CAUSA? EL PRINCIPIO DE CONSENTIMIENTO COMO EXCEPCIÓN

De los apartados anteriores, bien se puede ver que la ausencia de la causa en el negocio sería problemática para el Registro en lo que pueda afectar a la atribución patrimonial que en el mismo se inscribe.

Ahora bien, no queremos dejar de plantear, como ya hemos hecho antes, la hipótesis de que el Registro español sea menos causalista de lo que parece. Algo que se plantean en general los autores para ponderar si es o no admisible el consentimiento abstracto para realizar modificaciones registrales, y si del mismo cabría deducir una hipotética vigencia en nuestro sistema del principio de consentimiento formal.

Y es que, en efecto, en el Registro hay una serie de actos para los cuales únicamente se requiere el consentimiento del titular (sin preguntar por su causa). Normalmente son actos modificativos del derecho (por ejemplo, alterar una servidumbre o extinguirla, cancelar una hipoteca o modificar su rango) o del objeto del mismo (por ejemplo, reducir la cabida registrada de una finca)⁷⁰. Sin embargo, en ocasiones, como en el caso de las cancelaciones⁷¹, se trata de verdaderos actos de extinción de los derechos que implican una adquisición por parte de otra persona: el titular gravado pasa a ser titular libre. Y si ello es así en estos casos, y si en última instancia todo derecho es renunciable dentro de los límites legales, no puede extrañar que don Jerónimo GONZÁLEZ⁷² especulase con la posible existencia en España de un “principio de consentimiento” en virtud del cual, dada la cierta germanización y abstracción de nuestro Derecho registral, se pueden hacer operaciones registrales sin más requisito ni causa que el consentimiento del titular registral que va a quedar perjudicado por el asiento que se va a practicar.

Por ejemplo, la legislación urbanística contempla una serie de operaciones registrales que se pueden hacer, y que convierten a alguien en titular registral, tales como la cesión en virtud de convenio. No se pide en cambio causa ninguna de dicho convenio (tal vez considerando la legislación que la realización del plan urbanístico es causa *per se*), pero lo cierto es que esa causa objetiva y general siempre tendrá una causa de las partes en el convenio (sigamos la teoría objetiva o subjetiva de la causa) que nadie pide, si no que basta el consentimiento. Del mismo modo, los negocios sobre el rango siempre tienen una causa, pero ni se pide ni se inscribe (artículo 241 RH⁷³).

Lo que vale para esos casos, ¿admite acaso analogía, pese a la regla general de adquisición con causa? Admitir una extensión de la excepción alteraría el sistema. Lo cierto es que, si en la práctica un titular viene a consentir un cambio de titularidad sin causa, sea por renuncia⁷⁴ o no, podría haber casos en que se le admita: pensemos por ejemplo en que una sociedad aporta una rama de actividad a otra que la absorbe, y que en dicha rama se aporta una finca que luego en realidad se juzga que no era de la rama si no de otra unidad de negocio de la misma sociedad. ¿Cómo deshacer la inscripción? El procedimiento causalista más puro nos llevaría a una novación del negocio de fusión con aportación de rama de actividad. La práctica, en cambio, nos permite un consentimiento formal (de ambas partes afectadas) a la cancelación que ocasiona la “resurrección” de una titularidad cancelada por mero consentimiento que tiene los mismos efectos traslativos que tendría el negocio de novación, pero sin pedir causa (que la habrá, nadie lo duda, y es la aportación y su corrección), sino solo consentimiento. Así ocurre en el artículo 16 del RD 1093/1997 en relación a la inscripción de operaciones urbanísticas cuando el adjudicatario de la finca de resultado era transmitente o causante del titular actual, que por la inscripción de la operación ve cancelado su derecho (este precepto regula la llamada cancelación formal, denominada así al no operar la presunción del artículo 97 LH). Dicha transmisión tiene ciertamente la causa del negocio que ocasionó la adquisición de la finca de origen por el causahabiente (o la de la aportación deshecha del otro ejemplo), pero para la operación registral no se pide esa causa, si no sólo consentimiento. Si admitimos soluciones así para casos no previstos, y el legislador va extendiendo poco a poco los supuestos de excepción a nuevas necesidades, entonces el sistema estaría más afectado por el principio de consentimiento de lo que parece.

En efecto, si haciendo una ficción, admitiésemos que la legislación hipotecaria recoge supuestos de consentimiento formal, la principal consecuencia sería que la sola voluntad unilateral del titular registral daría lugar a una *desinscripción* que seguramente perjudicaría a los titulares de derechos inscritos con posterioridad. Esta situación ficticia nos llevaría a preguntarnos si reviviría la inscripción inmediatamente anterior a la cancelada sin necesidad de contar con el consentimiento de quien en dicha inscripción anterior aparecía como titular, algo que no parece en absoluto admisible en un sistema de carácter casualista como el nuestro.

Ahora bien, otro ejercicio intelectual interesante para un civilista puede ser valorar si la abstracción traditoria del Derecho registral español, leída a la luz de las doctrinas que defienden que respecto de la propiedad inscrita la inscripción suple a la tradición (amparadas en los artículos 608 y 1537 CC)⁷⁵, no estarían dando al traste con el sistema causal civil de transmisión del dominio. En el ámbito de la propiedad inscrita, la supresión de la causa determinaría la abstracción de nuestro

sistema traslativo e implicaría una modificación o incluso derogación tácita del artículo 609 CC, algo en lo que no parecen reparar los detractores de la causa.

Verdaderamente, defender una descausalización del sistema produciría, para la propiedad inscrita, que la inscripción supliría a la tradición. ¿Sería ello mejor para la agilidad del tráfico? Es probable, pero se generaría también cierta inseguridad jurídica. El equilibrio entre seguridad del tráfico y seguridad jurídica tal vez se alcanza con la abstracción respecto de terceros que ve cierta doctrina en el Art. 34 LH y del que tratamos a continuación.

2. LA CAUSA DE LA ADQUISICIÓN DEL TITULAR REGISTRAL Y LOS TERCEROS DE BUENA FE: LA ABSTRACCIÓN DE LA TITULARIDAD AL ACCEDER AL REGISTRO

Aun cuando la *causa adquirendi* es por tanto esencial para inscribir, cabe considerar que, en la pura aplicación del artículo 34 LH, la resolución del derecho del transferente por componentes causales no reflejados en la inscripción no es relevante a la hora de disponer. Una vez ingresado un derecho en el Registro, su titular es capaz de convertir en titular a otro con independencia de los fallos de causa que afecten a su adquisición (y que no se hayan detectado en el proceso de inscripción). ¿Cómo explicar esto? La doctrina habla de una abstracción, una vez se inscribe, que ocasiona que, a partir de la inscripción, la inscripción sea el derecho (y no el derecho en sí, con causa determinada y condicionante)⁷⁶. Al igual que los efectos de reivindicabilidad ilimitada derivados del sistema de título y modo se intentan limitar de alguna manera a través de reglas de seguridad del tráfico como los artículos 448 y 464 CC para la posesión, el 85 del Código de Comercio para los bienes adquiridos de comerciantes, y los 20 y 67 de la Ley Cambiaria para las letras (haciendo abstracción de la relación de valuta), en el ámbito registral se produce una abstracción que (en palabras de Fernando P. MÉNDEZ) supera el *trade off* entre seguridad y liquidez de los derechos a través del artículo 34 LH⁷⁷. Una abstracción que hace converger el sistema español con el alemán: la causa de la adquisición, inscrito el derecho, no perjudica a terceros⁷⁸.

Dicha construcción, sin duda interesante para la seguridad del tráfico, no es compartida por toda la doctrina. En cuanto a las reglas mercantiles cambiarias, por cuanto los casos de los artículos 20 y 67⁷⁹ de la Ley Cambiaria son una excepción en un sistema causalista (CLAVERÍA⁸⁰). En cuanto al artículo 34 LH, por la doctrina sobre la buena fe que sigue el Tribunal Supremo: no basta con confiar en la apariencia, sino que se requiere cierta diligencia por parte del tercero⁸¹. Ello hace que el artículo 34 LH no se aplique tan fácilmente como en teoría podría parecer. Y haría cuestionable la tesis de la abstracción y la convergencia entre el sistema español y el sistema alemán, tesis en todo caso brillante cuyo estudio recomendamos.

El sistema, por tanto, es más causalista de lo que parece incluso en la consideración más germánica del principio de fe pública. Pues, aun siendo cierta toda la doctrina germanista indicada, no sería posible crear la situación que propicia la aplicación del Art. 34 LH sin implicaciones de causa. Y ello ya nos separa en lo fundamental del sistema alemán, y sigue haciendo dependiente a nuestro sistema de seguridad del tráfico de la causa de la adquisición, y por esta de la causa del negocio que fundamenta dicha adquisición.

3. CAUSA, FORMA, INSCRIPCIÓN

Otra reflexión que nos permite ponderar la necesidad de la causa, requiere volver sobre el viejo tema de la relación de la causa con la forma. Tal y como explica Federico DE CASTRO, causa y forma solían tomarse como inversamente proporcionales. A más claridad de forma, menos exigencia de causa⁸². Pues si la causa está para modalizar los efectos del consentimiento, estando este mucho más claro por la propia solidez de la forma, menos falta hace la causa⁸³.

Ello naturalmente contrasta con el hecho de que la causa sea tan necesaria en el Registro para inscribir, por su importancia en la atribución patrimonial que se inscribe. Más si tenemos en cuenta la absoluta necesidad de forma para lograr la inscripción por la regla (principio según algunos) de titulación auténtica (Art. 3 LH).

¿Cómo explicar esto? ¿Debería permitir la perfección de forma prescindir de la causa a efectos de la inscripción?

Para responder hay que tener en cuenta que la tensión causa-forma se planteaba como una cuestión del momento constitutivo del contrato con vistas al momento de sus efectos. Si la forma nos dejaba claro tanto el consentimiento como su eficacia (modalización del consentimiento), no era preciso cargar tanto la exigencia de causa. Sin embargo, el Registro es ya una fase diferente (aunque en los contratos importantes tiene lugar a continuación de la perfección contractual, siendo determinante de lo que el contrato busca: inscripción constitutiva y cuasiconstitutiva). Porque la inscripción no es un elemento del contrato ni en los casos de inscripción constitutiva. Es un elemento del derecho. La forma es un elemento del negocio. Pero la publicidad es de los derechos⁸⁴ (no es lo mismo que el Registro publique un dominio pleno que uno limitado). Y la causa de los derechos es tan determinante que no puede dejar de exigirse en su plenitud a efectos de publicidad: en su existencia, en su forma y en la inscripción.

De lo cual podemos extraer dos consecuencias. Una para la teoría general del negocio. Y otra para el tema que nos ocupa sobre prescindibilidad de la causa.

En cuanto a la teoría del negocio, valorando el problema de la eficacia del negocio y la publicidad de los derechos que pretende transmitir, se diría que la

relación inversamente proporcional de causa y forma no es tan clara. Pues por muy perfecta que sea la forma, sin la claridad de la causa en el título y su constancia en la inscripción se puede frustrar la eficacia del negocio (como de hecho ocurre cuando este queda ineficaz por la ilicitud de la causa, gozando de toda la forma posible).

En cuanto al tema que nos ocupa, tal vez los detractores de la causa siguen esa explicación clásica y piensan que podemos prescindir de la causa porque hemos evolucionado muy positivamente en la forma con los tiempos (no solo por el peso institucional de la fe pública en las sociedades avanzadas, sino también por las posibilidades tecnológicas que hacen que todo quede más formalizado que antes). Pero si atendemos a los efectos del negocio jurídico, y por tanto a la publicidad de los derechos que del mismo nacen cuando tiene finalidad traslativa, la necesidad de causa es tan grande⁸⁵ (y tan dependiente de dicho negocio) que prescindir de la causa complicará más las cosas.

IV. LA CUESTIÓN EN EL DERECHO REGISTRAL DE PERSONAS

1. LA CAUSA DEL MATRIMONIO Y SU PUBLICIDAD COMO EJEMPLO LUMINOSO

Para una mejor comprensión de lo que decimos, sugiero que nos salgamos del ámbito patrimonial y del Derecho registral de bienes, y vayamos al Derecho registral de personas. Miremos al Registro civil y la problemática del matrimonio. Ámbito en el que la causa está algo más oculta bajo la forma, sin llegar a desaparecer⁸⁶.

Cómo todo el mundo sabe, el Estado para reconocer un matrimonio requiere que se den unas condiciones de monogamia en los contrayentes y que estos consientan. No les pregunta si se quieren. Incluso en los matrimonios religiosos (admitidos con efectos civiles) tampoco pregunta nadie si se quieren. Les pregunta si consienten en casarse. Pero no es un consentimiento cualquiera. Es un consentimiento con cierto contenido. Hay que tener en cuenta que el epicentro en torno al cual gira la institución del matrimonio es el consentimiento matrimonial, como resulta del artículo 45 CC. Dicho con otras palabras, es un consentimiento modalizado en sus efectos por una causa. La perfección de forma no aminora en modo alguno la exigencia de causa. Y hay toda una normativa dirigida a evitar los matrimonios simulados (vulgarmente conocidos como matrimonios de complacencia o conveniencia).

Podría pensarse que es un simple tema de consentimiento, de su contenido y de su forma. Pero si así fuera, cuando estuviera claro que consienten lo que la ley pide para ser matrimonio, y con perfecta forma, habría que admitir siempre el matrimonio, incluso cuando tuviera causa ilícita.

Es la causa la piedra angular que permite que el matrimonio sea justo y no instrumental. Sin el requisito de la causa, habría que tragarse los matrimonios en que la prestación de consentimiento no es real, sino fingida, los cuales son radicalmente nulos, en los términos que establece la importante Instrucción de la DG de 31 enero de 2006.

Y ello nos permite descubrir que la causa es un elemento del negocio mucho menos prescindible de lo que pueda parecer, que esa necesidad no disminuye por la perfección de la forma, y que se exige especialmente en el momento de la inscripción.

V. CONCLUSIONES

1.º Los proyectos de modernización del Derecho patrimonial en circulación pretenden la supresión de la causa como requisito del negocio jurídico. Sin embargo, no pretenden prescindir de sus funciones.

2.º La falta de apoyo en el Derecho positivo, podría dificultar la eficacia ordenadora que tiene la causa en el Derecho patrimonial. En efecto, creemos que la regulación expresa de la causa del negocio sirve como principio general e informador, facilitando el juicio de licitud y suficiencia de la causa de la atribución.

3.º Una eficacia para la realización del Derecho que es especialmente cara al papel de control de legalidad que lleva a cabo el Registro al dar publicidad a los derechos reales.

4.º Una importancia, la de la causa, que resulta especialmente visible en casos relacionados con la protección del débil como los supuestos prohibidos del pacto comisorio o las adjudicaciones con enriquecimiento injusto, en los cuales la calificación registral despliega un relevante papel protector en el que la causa es la pieza clave. Aquí la causa opera como garante de la justicia, que generalmente no está presente en las transmisiones onerosas de carácter voluntario.

5.º Una pieza clave que actúa en muchos otros casos en los que la causa determina la eficacia de un derecho, como las donaciones *mortis causa*, los legados sobre cosa enajenada, o los derechos de reversión expropiatoria.

6.º El tema presenta además una enorme conexión con el Derecho civil autonómico, pues la causa actúa de manera diferente en determinadas figuras admitidas por los Derechos civiles de algunos territorios de las Españas. Tocar el requisito de la causa, produciría un daño importante al desarrollo y aplicación de los llamados Derechos forales, con la posible declaración de inconstitucionalidad de muchos de sus preceptos al carecer de base en la legislación estatal, lo cual puede dar lugar a tensiones territoriales que probablemente no se hayan evaluado con carácter previo.

7.º La importancia de la causa afecta también a la comprensión del Derecho registral español. Primero, en tanto en el mismo rige un principio de causalidad y no de consentimiento. Prescindiendo del mismo, la inscripción supliría a la tradición o modo que, junto al contrato o título, operan actualmente como causa de la atribución patrimonial (artículos 609 y 1095 CC).

8.º Por otra parte, incluso en la interpretación más germánica del artículo 34 LH la causa tiene un papel relevante en el juego del principio de publicidad en su vertiente de fe pública registral.

9.º Además, el valor de la causa en la inscripción permite detectar que la exigencia de causa cuando la forma es perfecta no resulta tan limitada como se creía en la doctrina clásica.

10.º Trasladado el tema al Derecho registral de personas (Registro civil), se aprecia una importancia decisiva de la causa para luchar contra el uso instrumental de los estados civiles.

11.º Todo lo cual permite ver que la causa es un elemento del negocio mucho menos prescindible de lo que pueda parecer, su necesidad no disminuye por la perfección de la forma, y se exige especialmente en el momento de la inscripción, haciéndose constar en la misma.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. “La hipoteca unilateral”. *Anuario de Derecho Civil*, Volumen 3, número 1, 1950, pp. 55-88.
- AMORÓS GUARDIOLA, M. *Estudios jurídicos*, Colegio de Registradores, Madrid 2009., tomo I.
- ARNÁEZ FERNÁNDEZ, L. – GARCÍA NUÑEZ, J.J. – VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. – ZAMORA RODRÍGUEZ, B. *La causa y el Derecho registral*. Colegio de Registradores, Madrid 2025.
- ARNAIZ RAMOS, R. “Las opciones de compra en función de garantía”. En *Confilegal* (11 de Octubre de 2025). <https://confilegal.com/20251011-opinion-las-opciones-de-compra-en-funcion-de-garantia/>
- AA.VV. (MURGA FERNÁNDEZ, J.P. – VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D., Dirs). *Manual de Derecho inmobiliario registral*. Aranzadi 2024.
- AA.VV. (RODRÍGUEZ ROSADO, B. Coord). *El Derecho de obligaciones y contratos y su modernización. La propuesta de 2023*. Atelier, Barcelona 2025.
- CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, 4.ª, Aranzadi, 2024.
- CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L.H. *La causa del contrato*. Publicaciones del Colegio de España, Bolonia 1998.
- CUENA CASAS, M. *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*. J.M. Bosch, Barcelona 1996.
- “Alcance del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con la venta de cosa ajena llevada a cabo por titular registral: sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de

- 2007". En *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* / coord. por Mariano YZQUIERDO TOLSADA, Vol. 1, 2008 (2005-2007).
- DE CASTRO Y BRAVO, F.
- *El negocio jurídico*. Instituto nacional de estudios jurídicos, Madrid 1967.
 - *El negocio jurídico*. Civitas, Madrid 1985.
- DE LA RICA Y ARENAL, R. *Valor de la inscripción en la nueva legislación hipotecaria*. Valencia 1949.
- DE LOS MOZOS, J.L. *El negocio jurídico (estudios de Derecho civil)*. Motecorvo 1987.
- DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, 11.^a edición. Tecnos, Madrid, 2005.
- GALICIA AIZPURUA, G.H. "Causa de la obligación frente a causa del contrato en el Código civil español: una exposición crítica (a propósito de la propuesta de modernización del derecho de obligaciones formulada por la Comisión general de codificación)". En *Revista de Derecho privado*, ISSN 0034-7922. Año 94, Mes 6, 2010. Págs. 29-61.
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. – FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.
- *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. 8.^a Edición. Civitas, Madrid 2001.
 - *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. 18.^a Edición. Civitas, Cizur menor 2024.
- GARCÍA GARCÍA, J.M.
- *Derecho Inmobiliario registral o Hipotecario*, tomo I. Civitas: Cizur Menor 1988.
 - *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo II. Editorial Civitas. Madrid, 1988
 - *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*. Tomo III. Civitas, Madrid 2002.
 - *Código de la legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro mercantil*. Tomo II, 8.^a Edición, 2014.
- GARCIA GARCIA, J.A.
- "El deterioro del sistema inmobiliario registral: la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de mayo de 1994", *Revista Crítica De Derecho Inmobiliario*, número 623, julio-agosto 1994, pp. 1645-1661.
 - "Los límites a la autonomía de la voluntad en relación con las facultades dispositivas sobre los bienes inmuebles". En PARRA LUCAN (Dir). *Autonomía privada y límites sobre su ejercicio*. Comares, Granada 2016
- GÓMEZ GALLIGO, F.J. Influencia de la legislación hipotecaria en la teoría del título y el modo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año n.º 97, N.º 784, 2021, págs. 965-987.
- GONZALEZ MARTÍNEZ, J.
- "Principio del consentimiento". En *Estudios de Derecho civil e hipotecario*. Civitas-Registradores de España, Cizur menor 2009 (el artículo originalmente en la RCDI en 1926).
 - *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho civil*. Madrid 1948.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V. *Legalidad urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe*. Lex Nova. Valladolid 2011.
- HERMIDA LINARES. *Problemas fundamentales de Derecho Inmobiliario Registral*. Colegio nacional de Registradores. Madrid, 1973.

LACRUZ BERDEJO, J.L.

— *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza 1955.

— *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza 1957.

LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA F.A. *Elementos de Derecho Civil III bis. Derecho Inmobiliario Registral*. Bosch, Barcelona 1984.

LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. *Elementos de Derecho civil. III Bis. Derecho Inmobiliario Registral*. Revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, J. y DELGADO ECHEVERRÍA, J. Dykinson, Madrid 2001.

MANRESA NAVARRO, J.M.^a *Comentarios al Código civil español*. Tomo VI. 6.^a Ed. Ed. Reus, Madrid 1932.

MARTIN PEREZ, J.A., “La causa del contrato ante el proceso de armonización europea (Razones de una desaparición inevitable y quizás aparente)” en Eugenio LLAMAS POMBO (coord.) *Estudios de Derecho de Obligaciones en Homenaje al profesor Mariano Alonso Perez*, T. II, *La Ley* 2006, pp. 281-303.

MARTÍN NARROS, H.D. “La aplicación de la cláusula rebus sic stantibus a los contratos bancarios y su interpretación por la Sentencia de 29 de Octubre de 2013 y la jurisprudencia menor”. En *RCDI*. Num. 747. Págs. 532 a 559.

MENDEZ GONZÁLEZ, F.P.

— “La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título”. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*. Núm. 703, 2008. Págs. 2059 a 2164.

— *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*. Civitas, Madrid 2011.

— *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles. Un estudio del sistema español con referencia al alemán*. Tirant lo Blanch, Valencia 2017.

— «La evolución de la interacción entre la inoponibilidad y la fe pública registral en el sistema registral inmobiliario español». En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*. Núm. 798. Julio-Agosto 2023. Págs. 2027-2080.

MORALES MORENO, A.M. “El contrato y sus requisitos en la propuesta de modernización del Código civil de 2023: El objeto y la causa”. En *Revista de Derecho civil*, vol XI, n.4 (2024), pp. 97-137.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2003, p. 1267.

PARRA LUCAN, M.A. La cláusula “rebus sic stantibus” en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N.º Extra 2, 2021, págs. 25-37

RAMS ALBESA, J. “La iusta causa traditionis: el artículo 1901 CC y el no nacido artículo 531.3.2 del proyecto de libro V del Código civil de Cataluña”. En AA.VV. (GÓMEZ GALLIGO, F.J. Coordinador). *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*. Thomson Civitas-Registadores de España, Cizur menor 2008.

ROCA SASTRE, R.M.

— *Derecho Hipotecario*, Tomo I. 5.^a Edición. Bosch, Barcelona 1954.

— *Derecho hipotecario*. 7.^a Ed. 1978.

— *Derecho Hipotecario*, Tomo VII, 9.^a edición, Barcelona 2009.

- ROCA SASTRE, R.M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., (1979), *Derecho Hipotecario*, Barcelona, Ed. Bosch.
- ROCA SASTRE, L., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., BERNÁ i XIRGÓ, J. *Derecho Hipotecario*. Ed. Bosch. Barcelona, 2008.
- RODRÍGUEZ OTERO, L.
- *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Dijusa, Madrid 2007.
 - *Elementos de Derecho hipotecario*. Tomo I. 4.^a Edición. Bosch, Barcelona 2011.
- RODRIGUEZ-ROSADO, B. “Causa, tradición e inscripción”. En En AA.VV. (ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. – DEL REY BARBA, S. Dirs). *Tratado de Derecho inmobiliario registral*. Tirant lo Blanch, Valencia 2021. Págs. 425–464.
- “Causa, gratuidad y contratos reales”. En *Academia sevillana del notariado. Conferencias del curso 2023-2024*. Aranzadi, 2025. Págs. 277 a 305.
 - “El contrato en la propuesta de modificación del Código civil de 2023: concepto, elementos y formación”. En AA.VV. (RODRÍGUEZ ROSADO, B. Coord). *El Derecho de obligaciones y contratos y su modernización. La propuesta de 2023*. Atelier, Barcelona 2025. Págs. 115 a 145.
- SANZ FERNÁNDEZ, A. *Instituciones de Derecho hipotecario*. Madrid, 1948.
- SORO RUSSELL, O. “Veinte años de resoluciones judiciales de interés civil y mercantil en materia de códigos de conducta: una repercusión todavía muy limitada”. *InDret.com*. Barcelona, Abril de 2010.
- *Los contratos como fuentes de normas. Contratos marco, contratos normativos y contratos de colaboración*. Reus, Madrid 2014.
- VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D.
- “El Derecho civil de Aragón, la seguridad del tráfico y el Registro de la Propiedad”. En *Revista de Derecho civil aragonés*. XX, 2014. Págs. 155 a 179.
 - *Prontuario de Derecho hipotecario*. Dykinson, Madrid 2015.
 - *Los códigos de conducta y el Derecho registral e inmobiliario*. Tesis. Universidad Complutense, Madrid 2016.
 - “Derecho registral de bienes”. En *Lecciones de derecho privado: Tomo III. Derechos reales* / coord. por Esther Muñoz Espada; Manuel Rivera Fernández (dir.), Manuel Espejo Lerdo de Tejada (dir.). Tecnos, Madrid 2020, págs. 549-613.
 - “El tercero hipotecario”. En AAVV (ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. – DEL REY BARBA, S. Dirs. MURGA FERNÁNDEZ, J.P. Coord. ANDRADES NAVARRO, A. Edit), *Tratado de Derecho inmobiliario registral*. Tirant lo blanch, Valencia 2021.
 - “La voluntad en el proceso de inscripción. La tradición y la inscripción. La causa y la inscripción”. En AA.VV. (RAMS ALBESA, J. —Dir—. LACRUZ BESCÓS, J.L. – VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. —Coords—). *Tratado de Derecho civil. Tomo X: La fe pública registral*. Dykinson, Madrid 2021. Págs. 391-417.
 - “La inscribibilidad de pactos sucesorios revocables: ¿una anomalía del Derecho civil catalán a corregir?”. *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 121, N.º 2, 2022, págs. 443-454.
 - “Inscripción, tradición y causa: influencia del régimen hipotecario en la dinámica de los derechos reales”. En AA.VV. *Manual de Derecho inmobiliario registral*. Aranzadi 2024, págs. 211-224.

- “Los principios hipotecarios y la problemática de la vivienda”. En CUENA CASAS, M. – TEJEDOR BIELSA, J. (Dirs). *Tratado de Derecho de la vivienda*. BOE, Madrid 2025. Volumen I, págs. 981-1000.
 - “La importancia de la causa, a la luz de la función registral”. En ARNÁEZ FERNÁNDEZ, L. – GARCÍA NUÑEZ, J.J. – VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. – ZAMORA RODRÍGUEZ, B. *La causa y el Derecho registral*. Colegio de Registradores, Madrid 2025. Págs. 27 a 98.
- VON THUR, A. Parte general del Derecho civil. Trad. Wencesalao Roces. Comares, Granada 2006.

NOTAS

¹ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2003, p. 1267.

² Sobre el particular, vid. GALICIA AIZPURUA, G.H. “Causa de la obligación frente a causa del contrato en el Código civil español: una exposición crítica (a propósito de la propuesta de modernización del derecho de obligaciones formulada por la Comisión general de codificación)”. En *Revista de Derecho privado*, ISSN 0034-7922. Año 94, Mes 6, 2010. Págs. 29-61.

³ Cfr. SABORIDO SÁNCHEZ, P. “La pervivencia de la relevancia jurídica de los propósitos o intereses de las partes en el contrato”. *Indret* 1/2013. Barcelona, enero de 2013.

⁴ Cfr. CUENA CASAS, M. *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*. J.M. Bosch, Barcelona 1996.

⁵ Una prescindibilidad que tampoco es tan clara, cuando nos recuerda SABORIDO que “se elimina la causa como presupuesto para la existencia del contrato, pero sin embargo su presencia la encontramos, al menos, en tres momentos diferentes: en los casos de alteración de circunstancias, en la determinación del cumplimiento del contrato, y en la posibilidad de acogernos al remedio de la resolución”.

⁶ Al hilo la cual abordaremos el problema en relación al Derecho civil autonómico.

⁷ MORALES MORENO, A. M. El contrato y sus requisitos en la propuesta de modernización del Código civil de 2023: El objeto y la causa. En *Revista de Derecho civil*, volumen XI, n.4 (2024), pp. 97-137, p. 110.

⁸ *Ob. Cit.* Pág. 110.

⁹ *Ob. Cit.* p. 109.

¹⁰ *Vid. infra epígrafe I.3.*

¹¹ MORALES MORENO, A.M. El contrato y sus requisitos en la propuesta de modernización del Código civil de 2023: El objeto y la causa. En *Revista de Derecho civil*, volumen XI, n.4 (2024), pp. 97-137, p. 110.

¹² *Ob. Cit.* Págs. 126-127.

¹³ Y con todo, cabría recordar que al tratar de la doctrina de la causa en la relación negocial en *El negocio jurídico*, DE CASTRO dedicó un generoso número de páginas (en esa sede, y no en la del efecto de los contratos, que es donde la cláusula *rebus sic stantibus* se suele estudiar) a la discutida cláusula implícita “*rebus sic stantibus*” (DE CASTRO, F. de. *El negocio jurídico*. Civitas, Madrid 1985. Págs. 314 a 321). La cuestión fundamental que llevaba a valorar dicha cláusula era saber si los contratos pueden seguir produciendo las “mismas obligaciones aunque circunstancias imprevistas hagan que si continúa su cumplimiento ellas pierden su originario carácter recíproco” (*El negocio...Ob. Cit.* Pág. 317. “Se paga por nada (imposibilidad del uso o del servicio) o con nada (devaluación de la moneda)”, decía don Federico (nota 12, de dicha página), lo cual tiene una importancia capital desde la causa pues, en el sentido del Art. 1274 CC, la alteración de las circunstancias para cada parte contratante puede conllevar a una pérdida de lo que *ab initio* del contrato se tuvo por causa. “Esta cuestión no hay por qué plantearla en el plano subjetivo: ¿Qué hubieran querido las partes? Sería abandonarse al juego de las hipótesis y suposiciones adivinatorias. En cambio, en el objetivo se presenta de forma más clara y directa: ¿Qué respuesta es la adecuada a la naturaleza del contrato?, ¿un contrato oneroso puede originar consecuencias propias de un contrato gratuito o de un contrato aleatorio?” (DE CASTRO, F. de. *El negocio....Ob. Cit.* Pág. 318).

Considerar que el contrato se entiende de acuerdo con su base, y que la alteración de las circunstancias debe dar lugar a la alteración de las obligaciones que nacen del contrato, ocasio-

na “una ilimitada incertidumbre sobre la eficacia de los contratos” (*Ob. Cit.* Pág. 318). Por ello el Tribunal Supremo ha sido restrictivo en la admisión de la cláusula (al respecto, vid. PARRA LUCAN, M.A. La cláusula “*rebus sic stantibus*” en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Extra 2, 2021, págs. 25-37).

Evidentemente que el tema se puede solucionar sin recurrir a la categoría de la causa. Pero no debemos olvidar que aquí también hay atribuciones patrimoniales que deben tener causa bastante, y que la misma sigue pendiendo de la causa del contrato.

Esa necesaria conexión contractual ha llevado a que, en ámbitos donde la incertidumbre es especialmente acusada, se haya procurado siempre mantener la estabilidad de la base del contrato (de la causa del mismo) por medio de instrumentos complementarios del mismo contrato. Un ejemplo lo tenemos en el ámbito de los contratos de distribución, uno de los pocos ámbitos en donde los códigos de conducta surten los efectos propios de un contrato como elemento complementario del mismo (Cfr. SORO RUSELL, O. *Los contratos como fuentes de normas. Contratos marco, contratos normativos y contratos de colaboración*. Reus, Madrid 2014). Y por ello he defendido en otro lugar que “en este sentido, los CDCs desempeñan un papel en relación con la causa de los contratos, pues en aquellos casos en los que las circunstancias no llegan a generar una alteración de la base tal que determine la alteración de la causa en grado bastante para revisar el contrato, introducen un compromiso de revisión que suscita confianza frente a la aleatoriedad a la que a veces se ven sometidos contratos con causa onerosa” (VIGIL DE QUIÑONES OTERO, *Los códigos de conducta y el Derecho registral e inmobiliario*. Tesis. Universidad Complutense, Madrid 2016. Págs. 86 a 90). Otro ejemplo destacado de esto lo tenemos en el préstamo hipotecario al que va destinado el código de conducta (o de buenas prácticas) llamado por el Real Decreto Ley 6/2012: en un préstamo hipotecario, la fluctuación de los precios y de los tipos de interés tiene una gran trascendencia. Frente a ello cabe pactar todo lo pactable, prever todo lo previsible, ahogar el contrato en seguros y contratos conexos y complementarios, procurar eliminar todo atisbo de aleatoriedad manteniendo la base del contrato intacta. Pero como ello no siempre es posible, y además se parte de la desconfianza, se ha procurado introducir certidumbre mediante un compromiso de ejemplaridad de que se van a observar ciertas conductas (quita, espera, dación) con ciertos deudores en caso de que las circunstancias se alteren excesivamente. A ello responde la entrada de la autorregulación en el mercado hipotecario: al intento de suscitar confianza sobre.... la permanencia de la causa. Puede verse una explicación de tipo filosófico sobre el valor de los códigos de conducta desde la teoría de la ejemplaridad en VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. “Ejemplaridad pública y Derecho en la Filosofía de Javier Gomá: una propuesta de aplicación en el Derecho Privado”. *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, ISSN 0211-4526, N.º 88, 2023, págs. 173-217. Con posterioridad al trabajo se ha publicado el diálogo mantenido al respecto con Javier Gomá: GOMÁ LANZÓN, J. – VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. *Carisma y Derecho: ¿tensión irresoluble?* Fundación coloquio jurídico europeo. Madrid 2025.

No dudo que la elaboración doctrinal en materia de pervivencia de la base del contrato sea más desarrollada que la que se producía a partir de la doctrina de la causa. Lo que sí creo que vale la pena señalar es que, en ciertos ámbitos, ni el mismo contrato es ya suficiente para mantener esa base. Y las necesarias restricciones a las excepciones al *rebus sic stantibus* intentan ser suplidas por otros caminos, los cuales no muestran sino la necesidad acuciante de una estabilidad que desborda el contrato y para la cual la causa me parece un concepto más bien luminoso.

¹⁴ *El negocio jurídico*, 1967, p. 186.

¹⁵ DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, 11.ª edición. Tecnos, Madrid, 2005. 11.ª edición, p. 505.

¹⁶ *Vid. infra* epígrafe IV.

¹⁷ Como indica SABORIDO, “el control del contenido contractual diverge del control de los propósitos o intenciones de las partes, y ello se demuestra en la apreciación de ilicitud o inmoralidad causal sin que el negocio haya infringido norma alguna; o situaciones de negocios ilícitos cuya causa no debe calificarse como ilícita o inmoral (dejando al margen los casos de confluencia de ambas regulaciones). Siendo consecuentes con la decisión adoptada, se marginarían a las situaciones de ilicitud o inmoralidad causal sin aplicación de control alguno” (*Ob. Cit.* Pág. 12). En efecto, como ha declarado el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones, no se debe confundir la licitud de la causa (artículo 1275 CC), con la licitud del negocio (artículos 6.3 y 1255 CC): cabe perfectamente que un negocio sea lícito en sí mismo (por ejemplo, contrato de arrendamiento), pero cuya causa sea ilícita (ej. arrendamiento para banda terrorista). A modo de ejemplo, destacamos la STS (Sala de lo Civil) n.º 1079/2021, de 23 marzo (Fundamento de Derecho Tercero, párrafo 4) que señaló que “En el caso objeto del recurso, el contenido de un contrato de préstamo hipotecario no es contrario a una norma imperativa o prohibitiva, por lo que no es aplicable el art. 6.3 del Código Civil. Pero si su causa, en el sentido que ha de darse a este término cuando hablamos de causa del contrato, es el blanqueo de capitales, tal causa sería ilícita, pues constituye un delito, y el contrato sería nulo”.

Dejando de lado la jurisprudencia, SABORIDO, en su trabajo, añade más adelante y de forma brillante, que “encajar estos supuestos de ilicitud o inmoralidad de los propósitos en el control efectuado por la normativa reguladora de la buena fe contractual sería tanto como intentar ajustarnos un calzado dos tallas menor que nuestro número” (p.13).

¹⁸ «En nuestro derecho, se dice (y no lo vamos a poner en cuestión), toda transferencia de bienes y toda atribución de una ventaja patrimonial requiere una justa causa para ser eficaz (cfr. arts. 609 y 1091 CC). Una atribución patrimonial se justifica en que con ella se paga una deuda (causa solvendi), se otorga un crédito restituible (causa credendi) o se hace una donación (causa donandi). Pero esta justa causa es título en general. Este título puede ser la ley, la voluntad unilateral, un testamento, un daño injusto o un contrato, una obligación moral, un subyacente histórico. Nada tiene que ver con la causa de los contratos o de las obligaciones», (CARRASCO PERERA, 2024: § 4/29)

¹⁹ Incluso en el caso de la justa causa de la *condictio indebiti* del Art. 1901 CC, se puede apreciar una fuerte conexión contractual (y no meramente causa de la atribución patrimonial), tal como señala RAMS, que recuerda que en el Derecho romano los contratos innominados “requerían ser incluidos por su funcionalidad y seriedad en el Edicto del pretor para desplazar la propiedad por el modo de la tradición y con posterioridad por la valoración judicial de las causas” (RAMS ALBESA, J. “La iusta causa traditionis: el artículo 1901 CC y el no nacido artículo 531.3.2 del proyecto de libro V del Código civil de Cataluña”. En AA.VV. (GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. Coordinador). *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*. Thomson Civitas-Registradores de España, Cizur menor 2008, pág. 1324).

²⁰ *Vid. infra* epígrafe III.3.

²¹ *Vid. infra* epígrafe III.2.

²² *Ob. Cit.*, 1967, p.186.

²³ *Vid. infra* epígrafe III.1.

²⁴ *Vid. infra* epígrafe II.1.

²⁵ La regulación de la causa, en la legislación civil española, se reduce simplemente a cuatro artículos, en sede de contratos, que la jurisprudencia, eso sí, hace extensivos a todo tipo

de negocios jurídicos, como las donaciones (STS [Sala de lo Civil] n.º1394/2007, de 11 de enero) o los reconocimientos de deuda (STS [Sala de lo Civil] n.º180/1983, de 28 de marzo).

²⁶ Por ejemplo, la R. de 9 de marzo de 2016 señaló que la causa debe expresarse con claridad en los excesos de adjudicación que puedan resultar de la partición de la herencia o de la disolución del condominio. En el ámbito fiscal, ello puede determinar la tributación por TPO o ISD, como resulta de las normas reguladoras de ambos impuestos.

²⁷ Lo cual sin embargo no sucede en negocios de estructura similar como el leasing (RR. de 15, 16 y 17 junio de 1998).

Por su estrecha vinculación con la causa, conviene detenernos brevemente en las RR. de 12 mayo y 21 de junio de 1994, que analizan la configuración registral del *leasing*, el cual puede dar lugar a tres asientos en el Registro de la Propiedad:

- La inscripción de la adquisición del bien por parte de la sociedad del *leasing* (haciendo constar en dicha inscripción la persona del usuario y la finalidad de la adquisición).

- La inscripción del contrato de *leasing* como un todo (sin que se pueda hacer constar separadamente en dicha inscripción la facultad de goce del bien y el derecho de opción sobre el mismo).

- La inscripción de la adquisición del bien por parte del usuario, consecuencia del ejercicio de la opción.

En principio, la inscripción del *leasing* sería necesaria para inscribir la adquisición del bien por parte del usuario, si bien la DG afirma, en tales resoluciones, que no es imprescindible ya que se conecta con la previa inscripción a favor de la sociedad de *leasing*. Un importante sector doctrinal, indudablemente causalista, critica esta tesis de la DG, defendiendo que es necesaria la previa inscripción del *leasing* para practicar la inscripción a favor del usuario, ya que opera como causa de la misma. Estos autores se apoyan en el principio registral de tracto sucesivo (artículo 20 LH) y en el carácter causalista de nuestro sistema traslativo y registral. Ilustrativo, en este sentido, es el trabajo de GARCÍA-GARCÍA, J.M. “El deterioro del sistema inmobiliario registral: la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de mayo de 1994”, *Revista Crítica De Derecho Inmobiliario*, número 623, julio-agosto 1994, pp. 1645-1661.

²⁸ La R. de 25 de abril de 2005 y la R. de 4 de mayo de 2009 exigieron acudir a garantías típicas cuando se encaja en las mismas, y no a la creación de garantías atípicas cuando no hay una nueva necesidad social. En este sentido, la mayor parte de la doctrina afirma que el sistema de *numerus apertus* presenta una excepción: los derechos reales de garantía, al ser excepcionales y de interpretación restrictiva, pues atribuyen al titular un derecho de realización de valor y un privilegio frente al resto de acreedores del deudor.

²⁹ Como se puede observar, la forma en que se ha venido exigiendo la causa para los derechos reales inscribibles, ha considerado causa como equivalente de función socio-económica, en un sentido más objetivo que subjetivo. Así, es frecuente la invocación a la estructura típica del derecho real y a la finalidad económica del mismo en la doctrina reciente de la DGRN (cfr. RR. de 6 y 24 de octubre de 2014 y 24 de septiembre de 2015).

³⁰ Tipicidad en el sentido de adecuación de su función económico social (tipicidad causal, no legal), no en el estricto sentido de que sea un tipo previsto, pues como indica DE LOS MOZOS, no hay que confundir la clasificación típicos/atípicos con nominados/innominados: “se-rán negocios típicos no solamente aquellos que sean objeto de una regulación en el Código...si no también los que lo sean conforme a una función social o causal, pues es a propósito de ella donde actúa en el sistema de Derecho privado el principio de legalidad”. DE LOS MOZOS, J.L. *El negocio jurídico (estudios de Derecho civil)*. Motecorvo 1987, pág. 453.

³¹ La R. de 16 enero de 2013 entiende que un mero compromiso de comprar no es causa suficiente de una adquisición, apuntando más bien a la posible aleatoriedad de la situación como causa adecuada. La R. de 12 abril de 2018, por su parte, señaló que cuando el medio de pago es un reconocimiento de deuda, en la escritura debe expresarse el origen de la deuda, al operar como causa de aquel reconocimiento.

³² Baste aquí señalar los siguientes ejemplos: la R. de 28 de febrero de 1992 rechazó la incongruencia del derecho cuya inscripción se pretendía con el poder jurídico-real que otorgaba; la R. de 10 de abril de 2014 rechazó un derecho de adquisición preferente por falta de verdadera eficacia real; finalmente, la R. de 5 de diciembre de 2002 sí que admitió una servidumbre negativa de no uso.

³³ *Vid.* la R. de 23 de septiembre de 2016.

³⁴ Cfr. la R. de 16 enero de 2013, que llega a decir que la expresión en el acta de inscripción del título de adquisición es la expresión de la causa de la adquisición misma.

³⁵ Exigiendo al menos una expresión de modo genérico, especificando si es oneroso o gratuito, en el caso de las adquisiciones por cónyuges (RR. de 29 y 31 de marzo de 2010). Más recientemente, destacamos la R. de 12 junio de 2020 que dispuso que en el marco de la sociedad de gananciales cabe alterar el carácter ganancial o privativo de un determinado bien, excluyendo el principio de subrogación real que prevén los artículos 1346.3 y 1347.3 CC, siempre que la alteración se causalice, esto es, que los cónyuges expresen si se ha hecho a título oneroso o gratuito (o que al menos de desprenda de los concretos términos empleados en la escritura).

³⁶ *El negocio...Ob. Cit.* p. 291.

³⁷ Con anterioridad a la reforma operada por la Ley 13/2015, la DGRN, en la R de 17 de enero de 2003, entiende que en el expediente de dominio para reanudar el tracto sucesivo interrumpido (artículos 200 a 202 LH, 285, 286 RH) ha de indicarse el título material de adquisición de aquél a cuyo favor se reanuda el tracto sucesivo, pues los efectos son distintos según que la adquisición sea onerosa o gratuita. En la actualidad, dicho expediente se regula en el artículo 208 LH, cuyo estudio excede del objeto del presente trabajo.

³⁸ R. 4 de septiembre de 2015: A le vende a C un bien para que pague una deuda que tiene con B, pero no se causaliza adecuadamente, de modo que no queda clara la causalidad de la adquisición de C. La DG exige aclarar que lo que pretenden es la venta de una finca hipotecada con retención del precio y asunción de la deuda por el comprador conforme al artículo 118.2 LH.

³⁹ En la R. de 11 de junio de 2024 se dice que la denegación debe ser confirmada “pues hay base suficiente para entender que en el presente caso se está en presencia de un mecanismo de opción de compra que se ha pactado con una finalidad de garantía de la devolución de una suma ya recibida, que ha de restituirse necesariamente, se haya ejercitado o no la opción en ese corto plazo de tiempo previsto (un mes) si se quiere cancelar registralmente la carga, lo que contraviene la prohibición del pacto comisorio, y además en cierto modo entra en colisión con el artículo 1256 del Código Civil”.

⁴⁰ Tras describir el negocio, afirma que “refuerza la afirmación de la registradora en el sentido de que se está concediendo a los vendedores un préstamo o crédito, en el que las condiciones del mismo se dejan fuera de la escritura, pero que, queda garantizado por la finca y que, en caso de llegar a ejercitar la opción (se supone, si el vendedor no devuelve las cantidades adelantadas por la entidad optante, que han de descontarse del precio) puede suponer la vulneración de la prohibición del pacto comisorio, que pretende evitar que el acreedor pueda hacer suyo el inmueble dado como garantía. Y es que se quiera o no, lo que viene a suponer una opción como la concedida es una traba del bien en función de garantía. Como igualmente es una

traba en función de garantía una hipoteca, si bien su mecanismo de ejecución está revestido de unas garantías en beneficio del deudor que, en casos como el presente y por la propia dinámica y operativa de la opción (ponemos el acento en su ejercicio) brillan por su ausencia”.

⁴¹ Sentencias de 18 de febrero de 1997, 15 de junio de 1999 y 5 de junio de 2008.

⁴² Resoluciones de 30 de septiembre de 1998, 26 de marzo de 1999 y 26 de noviembre de 2008.

⁴³ Resoluciones de 26 de diciembre de 2018 y 28 de enero de 2020, y, en particular, las de 27 de octubre de 2020, 15 de marzo y 21 de julio de 2021 y 13 de julio de 2022.

⁴⁴ “Por ello –se añade– podría admitirse el pacto comisorio siempre que concurran las condiciones de equilibrio entre las prestaciones, libertad contractual entre las partes y exista buena fe entre ellas respecto del pacto en cuestión; si bien para poder admitir la validez de dichos acuerdos se deberá analizar cada caso concreto y atender a las circunstancias concurrentes, ya que sólo mediante un análisis pormenorizado de cada supuesto se podrá determinar la admisibilidad, o inadmisibilidad, del pacto en cuestión”.

⁴⁵ Resoluciones de 28 de enero de 2020 y 13 de julio de 2022. Doctrina reiterada el 12 de diciembre de 2023.

⁴⁶ Que es en lo que se basa la DG para denegar otra opción en R. 10 de marzo de 2022.

⁴⁷ Como ha propuesto ARNAIZ RAMOS, R. “Las opciones de compra en función de garantía”. En *Confilegal* (11 de Octubre de 2025). <https://confilegal.com/20251011-opinion-las-opciones-de-compra-en-funcion-de-garantia/>

⁴⁸ Cfr. “Los principios hipotecarios y la problemática de la vivienda”. En CUENA CASAS, M. – TEJEDOR BIELSA, J. (Dirs). Tratado de Derecho de la vivienda. BOE, Madrid 2025. Volumen I, págs. 981-1000, en particular págs. 985 y 986.

⁴⁹ En la redacción entonces vigente, el precepto admitía la adjudicación de bienes muebles por el 30% pero impidiendo bajar de dicho importe.

⁵⁰ La polémica a la que pueden dar lugar estos artículos ha sido en buena medida resuelta por la reforma de los artículos 670 y 671 LEC a través de la Ley Orgánica 1/2025 de 2 de enero, que en ningún caso admite adjudicaciones inferiores al 40% del valor de tasación respecto de inmuebles.

En concreto, si el inmueble constituye la vivienda habitual del deudor, se debe partir de las consideraciones efectuadas por la DG en diversas resoluciones (entre otras, RR. de 21 de septiembre y 21 de octubre de 2016, 5 de julio y 20 de septiembre de 2017, 10 de febrero, 23 de mayo, 5 de septiembre y 15 de noviembre de 2018). En ellas, el Centro Directivo vino haciendo una interpretación integradora del antiguo artículo 671 LEC en relación con los artículos 651 y 670.4 del mismo cuerpo legal. En efecto, la DG consideraba que, en ese supuesto, la adjudicación debía hacerse por un importe igual al 70% de valor de subasta o, si la cantidad debida por todos los conceptos era inferior a ese porcentaje, por un importe igual a dicha cantidad, con el límite mínimo del 60% del valor del bien. Es decir, la DG sostenía que el 60% no operaba como tope fijo –pese al tenor literal del artículo 671–, sino como límite mínimo.

No obstante, la STS (Sala de lo Civil) n.º 866/2021, de 15 de diciembre, pese a reconocer lo acertado de la doctrina impartida por la DG, mantuvo la literalidad del precepto.

En todo caso, tras la reforma operada por la LO 1/2025, dicha interpretación integradora finalmente se acoge, con rango legal, en el último párrafo del artículo 670.3 LEC. En efecto, en la actualidad, si la cantidad debida al acreedor es superior al 60% del valor del bien, pero inferior al 70%, la adjudicación se hará por la cantidad debida por todos los conceptos y no por el 60% del valor del bien (como disponía el artículo 671 con anterioridad).

⁵¹ Cfr. artículo 100 RH, que establece los márgenes de calificación registral de los mandatos judiciales.

⁵² Nos planteamos el tema de modo especial a partir de las preguntas del por entonces opositor Juan José García Núñez, al venir a la clase preparatoria.

⁵³ Cfr. RR de 5 de abril de 2016 y 29 de octubre de 2020. Esta última señaló que la donación *mortis causa*, a diferencia de la *inter vivos*, es libremente revocable. Además, y esto es lo que más nos interesa, la DG afirmó en dicha resolución que, si el donante no pierde la libre disposición de la cosa donada, la donación no es inscribible hasta que muera aquel, ya que se considera *mortis causa*. En aquel caso, el donante se reservó el usufructo y el poder de disposición de la cosa donada, impuso una prohibición de disponer a los donatarios e incluso estableció una cláusula de reversión a su favor.

⁵⁴ *Estudios de Derecho privado I*, p.563.

⁵⁵ VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. “La inscribibilidad de pactos sucesorios revocables: ¿una anomalía del Derecho civil catalán a corregir?”. *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 121, N.º 2, 2022, págs. 443-454.

⁵⁶ En el caso de la R. de 5 de abril de 2016, el Notario recurrente alegó la inscribibilidad por ser un pacto sucesorio y permitirse en los mismos la inscripción de atribuciones sin transmisión de presente. Pero la DG no se lo admitió por el carácter revocable.

⁵⁷ Cuando hay atribuciones para terceros no intervinientes que resultan revocables, *vid.* artículos 431-3, 431-8 y 431-15 del CCCat.

⁵⁸ Sobre el reflejo registral del derecho de viudedad aragonés he tratado en VIGIL DE QUIÑONES OTERO “El Derecho civil de Aragón, la seguridad del tráfico y el Registro de la Propiedad”. En *Revista de Derecho civil aragonés*. XX, 2014. Págs. 155 a 179.

⁵⁹ En la extensa Resolución de 2020 citada, la Dirección General da la razón a la Registradora quien señaló como fundamento esencial de la denegación que la donación *mortis causa* revocable era un “desplazamiento patrimonial carente de causa” y no había, por tanto, un verdadero *animus donandi*.

⁶⁰ Supuesto en que la *causa garantiae* se admite como bastante para adquirir.

⁶¹ Otro supuesto en que la causa del negocio opera como garante de la justicia en la transmisión.

⁶² Dice MORALES, incluso respecto de la propuesta anticausalista de libro IV del CC que “La PM-23 no ha atribuido carácter abstracto al negocio de apoderamiento; no ha roto la relación natural de conexión causal existente entre él y la relación básica en la que se inserta (mandato, prestación de servicios, sociedad, etc.)” (*Ob. Cit.* Pág. 124). Añadiendo que “El hecho de que la PM-23 no exija la causa como requisito del contrato de modo general, no priva al negocio de apoderamiento de su relación causal natural con la relación jurídica que ha dado lugar al nacimiento del mismo. No lo convierte en un negocio abstracto” (*Ob. Cit.* Pág. 125).

⁶³ MANRESA NAVARRO, J.M.^a *Comentarios al Código civil español*. Tomo VI. 6.^a Ed. Ed. Reus, Madrid 1932, p. 425.

⁶⁴ Debe verse la construcción doctrinal que hacen GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ en el imprescindible *Curso de Derecho administrativo* (Tomo II, título VI, XIX-V).

⁶⁵ GARCÍA GARCÍA, J.M. *Código de la legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro mercantil*. Tomo II, 8.^a Edición, 2014, p. 4188.

⁶⁶ R. de 8 de febrero de 2012.

⁶⁷ Conviene también un repaso a la parte sobre la naturaleza del derecho de reversión en el mismo *Curso de Derecho administrativo* de G.^a ENTERRÍA-FERNÁNDEZ (Tomo II, título VI, XIX-VIII).

⁶⁸ A decir de la DG (R. de 28 de Junio de 2001, relativa a un caso en que la inscripción mencionaba la *causa expropriandi* pero no el derecho de reversión expresamente), “Normal-

mente la cualidad de expropiado consta en el Registro sólo de manera implícita, pues en la inscripción de la expropiación consta la persona del anterior titular, contra quien se dirigió el expediente; ahora bien, legalmente está reconocida la posibilidad de transmisión de tal cualidad, puesto que el derecho de reversión se reconoce a favor del expropiado y de sus causahabientes (cfr. artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa), por lo que los derechos que atribuye tal cualidad son perfectamente inscribibles por gozar de la inmediatividad y eficacia «erga omnes» de todo derecho real”.

⁶⁹ En relación con el desenvolvimiento registral de la reversión expropiatoria, *vid.* la R. de 13 de octubre de 2016, que examina con detalle las tres etapas, susceptibles de acceder al Registro, de la reversión.

⁷⁰ SANZ defiende que son también casos de inscripciones *sine causa* las llamadas modificaciones de entidades hipotecarias (es decir, modificaciones de fincas: agrupar, dividir, segregar o agregar fincas, reguladas en los artículos 45 y ss RH). La mayoría de la doctrina disiente de este supuesto, que son simples actos de configuración material, o declaraciones de valor confesorio, pero no actos dispositivos.

⁷¹ El supuesto más discutido es el de las cancelaciones de asientos cuando el artículo 82 LH dice que “*Las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública no se cancelarán sino por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, o por otra escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiese hecho la inscripción o anotación o sus causahabientes o representantes legítimos*”. Para un importante sector, estas cancelaciones no precisan la expresión de causa; pero sin que por ello se conviertan en negocios abstractos, puesto que, si se demuestra que el consentimiento carece de causa, el asiento será nulo. La mayoría, en base a la interpretación sistemática de los artículos 79, 80 y 99 LH, estima que el título formal en el que se solicita la modificación registral, ha de contener necesariamente la causa de la extinción, total o parcial, del derecho a que se refiera el asiento que se pretende cancelar, por ejemplo, renuncia del acreedor hipotecario al derecho inscrito de hipoteca o pago del crédito hipotecario. Este requisito también resulta del artículo 193.2 del RH, al exigir que en el asiento de cancelación conste “*la causa o razón de la cancelación*”. La DGRN en la importante R. de 2 de noviembre de 1992 (confirmada por otras posteriores de 27 septiembre de 1999, 12 de septiembre de 2000, 20 de diciembre de 2000, 20 de febrero de 2003), rechaza que el artículo 82 LH sea una manifestación del consentimiento formal, ya que tal principio es contrario a nuestro sistema registral (según el centro directivo) y a nuestro sistema civil causalista. La expresión de la causa es un presupuesto obligado para la calificación del Registrador, pues así lo exige el principio de determinación. Su finalidad, por tanto, no es la de introducir un disonante y excepcional consentimiento formal, sino otra mucho más modesta que resulta de su contexto: la de señalar qué título es necesario en cada caso para obtener una cancelación. Lo cierto es que en la práctica únicamente se exige el consentimiento del titular. Sólo excepcionalmente se exige el consentimiento de titulares que van a resultar beneficiados (como, por ejemplo, el caso de los cotitulares a que se refiere la R. de 30 de agosto de 2013).

⁷² Jerónimo GONZÁLEZ dijo que la constitución unilateral de hipoteca (artículo 141 LH) es otro supuesto de consentimiento formal. Si bien, como recuerda el resto de la doctrina, la plena efectividad de la hipoteca queda supeditada a la aceptación. En este sentido se pronuncia ALBALADEJO, que afirma que la inscripción de la hipoteca unilateral no constituye la misma ni atribuye al favorecido derecho alguno en tanto no se haga constar, por nota marginal, la *conditio iuris* de la aceptación. A estos efectos, *vid.* ALBALADEJO GARCÍA, M. “La hipoteca unilateral”. *Anuario de Derecho Civil*, Volumen 3, número 1, 1950, pp. 55-88.

La DG, por su parte, considera en las RR. de 7 de mayo de 2018 y 30 de septiembre de 2021 que la hipoteca unilateral crea un derecho potestativo en favor del acreedor e impone una oferta vinculante al deudor.

⁷³ La posposición unilateral de rango (artículo 241 RH) se admite como caso de mutación registral sin expresión de causa, pues se dice que el titular registral presta su consentimiento formal para la postergación de su rango registral, en beneficio de un derecho futuro. Pero hay quien lo rechaza diciendo que no produce efectos si el derecho futuro no se constituye e inscribe en plazo. La R. de 4 de noviembre de 2000 entendió que no estamos ante un caso de consentimiento formal porque se puede entender expresada la causa de la posposición que justifica su inscripción con el sólo negocio de posposición, en cuanto supone de por sí una abdicación del rango hipotecario (de su potencial efectividad y no del derecho de hipoteca).

⁷⁴ El artículo 179 RH dice que “*aun cuando se haya extinguido por pago el crédito hipotecario, no se cancelará la correspondiente inscripción sino en virtud de escritura pública en la que preste su consentimiento para la cancelación el acreedor o las personas expresadas en el párrafo 1.º del artículo 82 de la Ley, o, en su defecto, en virtud de ejecutoria*”. Dicho precepto admite un consentimiento cancelatorio sin causa, que por ello se ha considerado material y formal (aunque ROCA lo consideró meramente formal, LACRUZ, CARRETERO y SANZ lo consideraron también material). Se admite, según estos autores, por presumirse una renuncia de derechos ex. Artículo 6.2 CC. Otros, como PEÑA, lo niegan atendiendo a artículos que sí exigen clarificaciones causales para cancelar como los artículos 173, 174 o 193.2.º RH. DIEZ-PICAZO, por entender que es un consentimiento procesalmente abstracto. En la doctrina más reciente, RODRIGUEZ-ROSADO considera que la doctrina de PEÑA y DIEZ-PICAZO es la correcta. No tanto por las razones que dan los mismos, sino por las razones aportadas por la tesis contraria: cabría cancelar por una renuncia de derechos. Pero entonces ya no sería una cancelación en base a un mero consentimiento formal, sino que la renuncia sería la causa.

⁷⁵ Entre los autores clásicos, DE LA RICA Y HERMIDA, entre los recientes GÓMEZ GALLIGO y MÉNDEZ (vid. referencias en bibliografía).

⁷⁶ Cfr. MENDEZ GONZÁLEZ, F.P. “La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título”. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*. Núm. 703.

⁷⁷ Cfr. MENDEZ GONZÁLEZ, F.P. *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*. Civitas, Madrid 2011.

⁷⁸ MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles. Un estudio del sistema español con referencia al alemán*. Tirant lo Blanch, Valencia 2017.

⁷⁹ Sin que quepa entender la expresión “a sabiendas” como específica intención de dañar, doctrina de PAZ ARES, autor del que parte MÉNDEZ en cuanto a la incorporación de derechos al título valor, criticada por CLAVERÍA.

⁸⁰ CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L.H. *La causa del contrato*. Publicaciones del Colegio de España, Bolonia 1998. Págs. 258 y 259.

⁸¹ El Tribunal Supremo, en la renombrada Sentencia de 7 de septiembre de 2007 (criterio reiterado más recientemente el 4 de octubre de 2017), reputó de mala fe a quien desconocía la falta de titularidad del transmitente por negligencia ignorante. Dicha negligencia la asocia con tener medios racionales o motivos suficientes para conocer que la finca estaba siendo disfrutada de hecho por otra persona (artículo 36 LH). No basta por tanto fiarse de la apariencia creada por el Registro, sino que la buena fe decae al demostrarse el conocimiento de la discordante realidad extrarregistral, criterio bendecido por CUENA y criticado por GUILARTE (CUENA CASAS, M. “Alcance del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con la venta de cosa aje-

na llevada a cabo por titular registral: sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007”. En *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* / coord. por Mariano YZQUIERDO TOLSADA, Vol. 1, 2008 (2005-2007); GUILARTE GUTIÉRREZ, V. *Legalidad urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe*. Lex Nova. Valladolid 2011).

⁸² “Se puede observar el hecho tan repetido, que pudiera tomarse como ley, de que el aumento de la importancia de una figura significa la recíproca disminución de la otra” (DE CASTRO, F. *El negocio jurídico*. Instituto Nacional de estudios jurídicos. Madrid, 1967, p. 187).

⁸³ “La utilidad de la causa, advertida respecto a los contratos innominados, se irá extendiendo al irse quitando valor a la forma como requisito *ad substantiam* de los contratos. De ahí, también, que el sistema espiritualista de la contratación, que impusiera el ordenamiento de Alcalá, llevara consigo una progresiva potenciación de la causa” (DE CASTRO, F. *El negocio jurídico*. Instituto Nacional de estudios jurídicos. Madrid, 1967, p. 187).

⁸⁴ Como recordaba AMORÓS al comentar la edición de 1968 del Derecho inmobiliario registral de LACRUZ y SANCHO, alabando la certera diferenciación de ambos conceptos. Cfr. AMORÓS GUARDIOLA, M. *Estudios jurídicos*, Colegio de Registradores, Madrid 2009., tomo I. Pág. 614.

⁸⁵ GARCÍA GARCÍA lo trata como un verdadero principio de causalidad: cfr. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*. Tomo III. Civitas, Madrid 2002. Págs. 1125 y ss.

⁸⁶ A decir de DE CASTRO, “en los negocios relativos al estado civil, en los de Derecho de familia y en los sobre la sucesión mortis causa se da, por el contrario, valor fundamental a la forma, con lo que causa queda en un segundo término, poco destacado por la doctrina” (*Ob. Cit*, p. 188)

Georreferenciación de fincas en el registro de la propiedad

Graphic representation of properties in the land registry

por

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

Registrador de la propiedad. Doctor en Derecho.

Catedrático (acreditado AQU).

Ex director general de los registros y del notariado.

Letrado adscrito a la Dirección General de Seguridad jurídica y Fe pública.

Presidente de la RCDI.

RESUMEN: En este trabajo se analizan los procedimientos de inscripción de la representación gráfica en los Registros de la propiedad y se sistematiza la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y fe pública en la interpretación y aplicación de la ley 13/2015 de coordinación Catastro/Registro, que ha supuesto un cambio radical en Derecho registral, pues extiende los efectos de legitimación a los datos físicos cuando está inscrita la representación gráfica y coordinada con el Catastro.

ABSTRACT: *This paper analyses the procedures for registering graphic representations in property registries and systematises the doctrine of the General Directorate of Legal Security and Public Faith in the interpretation and application of Law 13/2015 on Cadastre/Registry coordination. This law has brought about a radical change in land registry law, as it extends the effects of legitimation to physical data when the graphic representation is registered and coordinated with the Cadastre.*

PALABRAS CLAVE: Georreferenciación. representación gráfica. registro de la propiedad.

KEY WORDS: *Georeferencing. graphic representation. land registry*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ROGACIÓN.—III. CALIFICACIÓN REGISTRAL GRÁFICA.—IV. MEDIOS PARA LA RECTIFICACIÓN DE SUPERFICIES DE FINCAS INSCRITAS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—V. DENEGACIÓN DIRECTA SIN NECESIDAD DE TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 LH.—VI. TRAMITACIÓN DEL ARTÍCULO 199 LH. VII. DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA.—VIII. IDENTIDAD DE FINCAS.—IX. LA REFERENCIA CATASTRAL NO SE EQUIPARA A LA REPRESENTACIÓN GRÁFICA INSCRITA.—X. PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE PRONUNCIAMIENTOS JURÍDICOS REGISTRALES SOBRE DATOS CATASTRALES.—XI. OPOSICIÓN DE COLINDANTES.—XII. OPOSICIÓN POR PARTE DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.—XIII. SERVIDUMBRES NO INSCRITAS NO IMPIDEN LA GEORREFERENCIACIÓN DEL RECINTO.—XIV. MOTIVACIÓN DE LA DENEGACIÓN DE POR PARTE DEL REGISTRADOR ANTE LA OPOSICIÓN DE COLINDANTES.—XV. EN CASO DE OPOSICIÓN DE COLINDANTE DEBE ESTE APORTAR JUSTIFICACIÓN GRÁFICA QUE PERMITA AL PROMOTOR SOLICITAR INSCRIPCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN GRÁFICA RECORTADA.—XVI. DENEGACIÓN SI HAY DUDAS FUNDADAS DE INVASIÓN DE UNA FINCA INSCRITA, PERO EL ASIENTO DE PRESENTACIÓN SIGUE VIGENTE PARA PODER LLEGAR A CONCILIACIÓN.—XVII. ARCHIVO DE LAS OPOSICIONES DE COLINDANTES.—XVIII. NO ESTÁ PREVISTO EL TRÁMITE DE TRASLADO AL PROMOTOR DEL EXPEDIENTE DE LAS ALEGACIONES DE LOS COLINDANTES.—XIX. EXCEPCIÓN A ESTA REGLA SON LAS ALEGACIONES CONFUSAS.—XX. NO CABE NOTA MARGINAL DE AFECCIÓN A POSIBLES DESLINDES.—XXI. EFECTOS JURÍDICOS DERIVADOS DE LA INSCRIPCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN GRÁFICA. A. PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL GRÁFICA. B. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL GRÁFICA. C. PRINCIPIO DE INOPONIBILIDAD REGISTRAL GRÁFICA. D. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.—XXII. POSIBLES ACTUACIONES DEL INTERESADO EN CASO DE DENEGACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN GRÁFICA.—XXIII. LICENCIAS ADMINISTRATIVAS Y PRESCRIPCIÓN EN RELACIÓN A LOS ACTOS DE REPRESENTACIÓN GRÁFICA.—XXIV. TRANSMISIÓN DE CUOTAS INDIVISAS.—XXV. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

Transcurridos 100 años de vida de la Revista Crítica de Derecho inmobiliario, los temas que se tratan en ella son bien distintos de los que se planteaban en sus comienzos. La sociedad era eminentemente rural, y los temas tratados en

relación al territorio eran fundamentalmente agrarios. Destacan así autores como CORRAL DUEÑAS, quien fue secretario de esta Revista durante muchos años. Basta con ver los trabajos que publicó para visualizar claramente el sentido agrario de los problemas plantados en la revista.¹

Hoy en día la referencia al territorio plantea temas más urbanos que rústicos. El planeamiento se ha erigido en referencia especial en los Registros de la propiedad. La injerencia del Derecho administrativo en el Derecho civil es cada vez más patente, y en los Registros de la propiedad cada vez son más numerosos los supuestos en que es exigible aportación de licencia o conformidad administrativa: segregaciones, parcelaciones, agrupaciones, divisiones materiales, complejos inmobiliarios en propiedad horizontal, obras nuevas y tantos otros supuestos son ejemplos de ello.

Al mismo tiempo la legislación ha ido corrigiendo uno de los tradicionales defectos del Registro de la propiedad, como es la ausencia de una adecuada planimetría. Hoy en día el Registro dispone de unas bases gráficas actualizadas por los propios interesados al definir el objeto del negocio inscrito, que hace incluso más fiable que otras bases gráficas oficiales, como el Catastro.

En este proceso ha sido definitiva la ley 13/2015, de 24 de junio, de coordinación Catastro/Registro. Yo tuve el honor de ser director general de los registros y del notariado, centro impulsor del proyecto de ley, hasta su aprobación final. La doctrina del Centro directivo de notarios y registradores en esta materia fue fundamental, dado que la aplicación de la ley ha dado lugar a muy numerosos recursos gubernativos, siendo la fuente principal de interpretación de aquélla.

Al conmemorarse los 100 años de la Revista, y dada mi adscripción a la Dirección General —actualmente de Seguridad jurídica y fe pública— en la coordinación de esta materia, mi humilde aportación es la de intentar sistematizar la doctrinal del Centro directivo en materia de inscripción de representaciones gráficas.

No cabe olvidar que la incidencia de la ley es de gran envergadura, hasta el punto de extenderse los efectos del sistema registral (los conocidos principios hipotecarios) a las descripciones y superficies de las fincas si se alcanza la coordinación del Registro con el Catastro. Ya no podrá alegarse la doctrina jurisprudencial antigua, ahora ya superada por la nueva legislación, de que los efectos de legitimación, prioridad o fe pública no se aplica a los datos de hecho.

Veamos las características principales del procedimiento de inscripción en el Registro de la propiedad de la representación gráfica de las fincas.

II. ROGACIÓN

El procedimiento para la inscripción de la representación gráfica se inicia a instancia del titular registral en cumplimiento del principio de rogación.

Según el criterio del apartado segundo letra a) de la Resolución Circular de 3 de noviembre de 2015 sobre la interpretación y aplicación de algunos extremos regulados en la reforma de la ley hipotecaria operada por la ley 13/2015, de 24 de junio, se entiende solicitado el inicio del procedimiento cuando en el título presentado se rectifique la descripción literaria de la finca para adaptarla a la resultante de la representación geográfica georreferenciada que se incorpore.

Esta representación gráfica georreferenciada voluntaria puede aportarse en relación a cualquier título traslativo o declarativo presentado en el Registro de la propiedad (herencias, compraventas, donaciones, etcétera).

Pero son supuestos de representación gráfica obligatoria, en los que no se exige rogación pues es preceptiva, los de inmatriculación de fincas (en los que la representación gráfica que debe aportarse es la catastral, salvo supuestos excepcionales de inconsistencias); y todos los de creación de nuevas fincas, en los que la representación gráfica a aportar será necesariamente alternativa a la catastral al no figurar la nueva finca en el Catastro (segregaciones, agrupaciones, divisiones, expropiaciones, obras nuevas finalizadas, reparcelaciones, concentración parcelaria).

En caso de expropiaciones no inscritas que hayan reducido la superficie de la finca, las operaciones que se formalicen sobre la finca resto serán inscribibles siempre que se identifique la finca resto mediante la aportación de su representación gráfica georreferenciada².

III. CALIFICACIÓN REGISTRAL GRÁFICA

La calificación registral gráfica está integrada por tres operaciones diferentes, que deben terminar con tres decisiones del registrador: la inscripción de la referencia catastral; la incorporación de la georreferenciación; y la constancia del estado de coordinación de la finca con la parcela catastral.

No se puede confundir inscripción de la referencia catastral con la inscripción de la representación gráfica. Como es sabido, el Catastro y el Registro son instituciones distintas, la primera a efectos fiscales y el segundo con efectos jurídicos. En relación a los pronunciamientos jurídicos, prevalece esta sobre aquélla.

La constancia registral de la referencia catastral ayuda a identificar la finca registral, pero sólo la inscripción de la representación gráfica supone que la legitimación registral se extiende a la descripción y superficie contenida en ella (artículos 10 y 38 LH)

Respecto a la incorporación de la georreferenciación, deberá calificar el registrador si se ha solicitado expresamente o tácitamente y en caso afirmativo, si se cumplen los requisitos del artículo 9 LH, lo cual permite su incorporación al

asiento y la rectificación de la superficie, cuando la diferencia no exceda del 10% de la cabida inscrita.

Si no se cumplen estos requisitos, o existe petición expresa o tácita por describirse la finca con arreglo a la georreferenciación incorporada, por aportar georreferenciación alternativa, o tratándose de la solicitud de una inscripción de obra nueva, por tener dudas el registrador en la identidad de la finca, debe iniciarse un expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria.

La representación gráfica puede ser catastral (RGC) o alternativa (RGA). Dado que existe presunción de exactitud del Catastro en datos físicos, la regla general en inscripciones es la RGC. Esa presunción de exactitud decae cuando los interesados entienden que en el Catastro existen desplazamiento o inconsistencias, y en tal caso excepcionalmente se admiten RGA, como veremos.

En la RGA no hay presunción de exactitud (aunque sí tras la calificación e inscripción registral de esa RGA). Procede en los casos de nueva creación de fincas (segregaciones, divisiones, agrupaciones). En ellas necesariamente hay que tramitar el 199 LH con notificación a colindantes, lo cual supone atribución a los registradores de una función de jurisdicción voluntaria.

La RGA alcanza presunción de exactitud cuando una vez inscrita, se produce la coordinación con el Catastro al incorporarla éste a sus bases de datos.

En definitiva la inscripción registral gráfica es posible en cualquier transmisión en el Registro, con ocasión de una transmisión en documento público o aisladamente, en instancia privada (que al no ser documento público no estará sometida a AJD).

IV. MEDIOS PARA LA RECTIFICACIÓN DE SUPERFICIES DE FINCAS INSCRITAS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Los medios hábiles para obtener la inscripción registral de rectificaciones descriptivas y sistematizarlos en tres grandes grupos:

- Los que solo persiguen y solo permiten inscribir una rectificación de la superficie contenida en la descripción literaria, pero sin simultánea inscripción de la representación gráfica de la finca, como ocurre con los supuestos regulados en el artículo 201.3, letra a) y letra b), de la Ley Hipotecaria, que están limitados, cuantitativamente, a rectificaciones de superficie que no excedan del 10 % con certificación catastral descriptiva y gráfica; o del 5 % sin mayores requisitos, respectivamente, de la cabida inscrita, y que no están dotados de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros, sino solo de notificación registral tras la inscripción «a los titulares registrales de las fincas colindantes».

- El supuesto que persigue y permite inscribir rectificaciones superficiales no superiores al 10 % de la cabida inscrita, pero con simultánea inscripción de la representación geográfica de la finca. Este concreto supuesto está regulado, con carácter general, en el artículo 9, letra b), de la Ley Hipotecaria, cuando tras aludir al límite máximo del 10 %, prevé que «una vez inscrita la representación gráfica georreferenciada de la finca, su cabida será la resultante de dicha representación, rectificándose, si fuera preciso, la que previamente constare en la descripción literaria». Este concreto supuesto tampoco está dotado de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros, si bien, como señala el artículo citado, «el Registrador notificará el hecho de haberse practicado tal rectificación a los titulares de derechos inscritos, salvo que del título presentado o de los trámites del artículo 199 ya constare su notificación». Adviértase que el caso de rectificaciones superficiales no superiores al 10 % y basadas en certificación catastral descriptiva y gráfica puede acogerse tanto a la regulación y efectos del artículo 201.3, letra a), como a la del artículo 9, letra b).
- Y, finalmente, los que persiguen y potencialmente permiten inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza (tanto de superficie como linderos, incluso linderos fijos), de cualquier magnitud (tanto diferencias inferiores como superiores al 10 % de la superficie previamente inscrita) y además obtener la inscripción de la representación geográfica de la finca y la lista de coordenadas de sus vértices —pues no en vano, como señala el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, es la delimitación georreferenciada de la finca la que determina y acredita su superficie y linderos, y no a la inversa—.

Así ocurre con el procedimiento regulado en el artículo 199 y con el regulado en el artículo 201.1, que a su vez remite al artículo 203, de la Ley Hipotecaria. Ambos procedimientos, especialmente cualificados, sí que incluyen entre sus trámites una serie de garantías de tutela efectiva de los intereses de terceros afectados y todo ello con carácter previo a la eventual práctica de la inscripción registral que en su caso proceda, tales como las preceptivas notificaciones a colindantes y demás interesados, publicaciones de edictos en el «Boletín Oficial del Estado», publicación de alertas geográficas registrales, y la concesión de plazo para que los interesados puedan comparecer y alegar en defensa de sus intereses ante el funcionario público —registrador o notario, según el caso competente para su tramitación. Y es precisamente por virtud de su mayor complejidad de tramitación y mayores garantías para colindantes y terceros en general por lo que su ámbito de aplicación y efectos es justificadamente mucho más amplio que el de los otros supuestos concretos admitidos por la ley y enunciados en los dos primeros grupos antes aludidos.

A mi juicio, si no hubiera rectificaciones descriptivas ni de superficie, la incorporación de la representación gráfica catastral coincidente con la descripción registral, no tendría que ser objeto ni de un 199 con notificaciones previas a colindantes, ni notificación a posteriori.

V. DENEGACIÓN DIRECTA SIN NECESIDAD DE TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 LH

La denegación directa es excepcional. Lo normal es tramitar el procedimiento del artículo 199 LH para subsanar las dudas de identidad o solape con otras fincas. Incluso si el resultado del procedimiento del artículo 199 LH lleva a confirmar las dudas, el registrador debe suspender la inscripción de la representación gráfica, pues siempre cabe que durante la vigencia del asiento de presentación se aporte una representación gráfica recortada o se llegue a conciliación con los colindantes que se han opuesto.

Como ha declarado la Resolución de 25 de julio de 2023:

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».

Y ello debe ser así porque el solape con georreferenciación inscrita previamente es una de las causas de denegación obligatoria de la inscripción de la georreferenciación, sin necesidad de tramitar el expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, como regla general.

Así se desprende del artículo 199.1 párrafo cuarto, primer inciso, cuando dispone: «El Registrador denegará la inscripción de la identificación gráfica de la finca, si la misma coincidiera en todo o parte con otra base gráfica inscrita».

Por tanto, si de la aplicación informática registral se desprende una superposición, el registrador debe denegar (no suspender) directamente. Lo mismo ocurre en caso de que según el geoportal se invadiera dominio público. Si no hay superposición sino dudas de invasión, sí debe suspender y tramitarse el 199 LH.

VI. TRAMITACIÓN DEL ARTÍCULO 199 LH

Este procedimiento se tramitará en los casos de solicitud expresa o tácita de incorporación de representación gráfica al folio registral, en los casos en que excediendo de más del 5% (10% si se basa en representación gráfica catastral).

Los supuestos más frecuentes serán los de operaciones donde la aportación de georreferenciación es obligatoria, admitiéndose la representación alternativa, tales como segregación, agrupación, división, reparcelación, expropiación forzosa, etcétera.

También se tramitará en los casos de inmatriculación de fincas donde el acceso al Registro de la finca tiene lugar por primera vez.

VI. INMATRICULACIÓN

La regla general es que la inmatriculación exige aportación de representación gráfica catastral en términos totalmente coincidentes con la descripción de la finca en el título inmatriculador. No es necesaria una absoluta coincidencia en el título previo (donde sólo se exige que no haya dudas de identidad de la finca), pero sí en el título que inmediatamente provoca la inmatriculación.

No obstante, excepcionalmente, la Resolución de 22 de septiembre de 2017 declaró: «en los supuestos en los que exista una inconsistencia de la base gráfica catastral ... no puede impedirse la inmatriculación de la finca por una cuestión técnica que resulta ajena al propio interesado y a la institución registral» siendo admisible la aportación por el interesado de la representación gráfica alternativa». Posteriormente, en las Resoluciones de 23 de septiembre de 2020, 4 de noviembre de 2021 y 7 de septiembre de 2023, consolidó esta doctrina, que debe reiterarse en el presente caso.”

Aunque dicha utilización (de georreferenciación alternativa a la catastral) no está prevista para la inmatriculación de las fincas en los artículos 203 o 205 de la Ley Hipotecaria, la lógica debe llevarnos a matizar la ausencia de esa posibilidad en materia de inmatriculación de fincas.

Precisamente por ello, la ausencia de esa posibilidad de utilización de la georreferenciación alternativa en la inmatriculación de las fincas, señalada como uno de los defectos de la reforma operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, por un importante sector doctrinal y de la práctica registral, debe interpretarse en el sentido de entender que el legislador está pensando en el supuesto de ausencia de inconsistencia de la base de datos catastral.

El registrador puede denegar la inscripción si tiene dudas ciertas de identidad de la finca, de manera que de inmatricularla se estaría produciendo una doble inmatriculación. Pero estas dudas deben estar fundadas.

Como declaró la Resolución de 5 de diciembre de 2018, para que el registrador pueda, para rechazar la inmatriculación, apreciar la coincidencia entre la finca a inmatricular y otra finca ya inscrita, no puede ser un obstáculo el hecho de que la finca inscrita no esté georreferenciada, pues ha de tenerse en cuenta

que, con anterioridad a la Ley 13/2015, se permitía el acceso al Registro de fincas sin que se aportara su representación gráfica georreferenciada, lo que puede conllevar una cierta imprecisión a la hora de determinar la exacta ubicación de las mismas.

Por otra parte, para disipar tales dudas se puede acudir al procedimiento del artículo 199 LH. Como señala la Resolución de 20 de octubre de 2022, no sólo es perfectamente posible, sino altamente recomendable, que cuando el registrador tenga, no la certeza, pero sí dudas fundadas acerca de que la georreferenciación de la finca que se pretende inmatricular por la vía del artículo 205 pueda invadir, aunque sea parcialmente fincas ya inmatriculadas, puede y debe intentar disipar o confirmar tales dudas aplicando las previsiones del artículo 199.

Ciertamente, dicho artículo, según su encabezado, está destinado a ser aplicado en el supuesto específico en que se pretenda inscribir de georreferenciación de una finca que consta inmatriculada sin ella, a fin de evitar la invasión de fincas ya inmatriculadas y conceder una tutela efectiva previa a dichos interesados. Pero puede y deber ser también aplicado, por estricta analogía, a un supuesto semejante, como es aquél en que se pretende inscribir la georreferenciación de una finca de modo simultáneo a su inmatriculación, y todo ello a fin de evitar la invasión de fincas ya inmatriculadas, pues existe identidad de razón entre ambos supuestos (aplicar el principio superior que proscribe la doble inmatriculación, y el principio de tutela registral efectiva de titulares registrales potencialmente afectados).

Por otra parte, la inmatriculación de la finca en base a certificación catastral coincidente con el título, no impide que posteriormente, una vez inmatriculada, pueda tramitarse un procedimiento del 199 LH para actualizar la descripción a una representación gráfica alternativa, por entender el interesado que el Catastro no se adecúa a la realidad, y siempre, claro está que no exista oposición fundada de colindantes catastrales o registrales.

En cuanto a la inmatriculación de elementos independientes en edificios en régimen de propiedad horizontal, La aportación de certificación catastral descriptiva y gráfica del solar donde se asienta el edificio en propiedad horizontal, es un requisito formal ineludible en todos los supuestos de inmatriculación de finca en el Registro de la Propiedad, con arreglo a lo dispuesto en la legislación hipotecaria y urbanística.

Ahora bien, no puede exigirse la formalización e inscripción del título constitutivo de la propiedad horizontal. Como ya señala la Resolución de 10 de enero de 2022 y 19 de diciembre de 2019 en relación a la inmatriculación independiente de elementos dentro de una propiedad horizontal no es necesario la inscripción de un título formal previo de división horizontal por todos los propietarios.

Basta que de la escritura resulte la existencia de varios propietarios sobre diferentes elementos suficientemente delimitados y susceptibles de aprovecha-

miento independiente dentro de un mismo edificio, como exige el artículo 396 del Código Civil, lo que es suficiente para formalizar el régimen de constitución de propiedad horizontal con los requisitos necesarios para que ese régimen acceda al Registro de la Propiedad.

VII. DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA

En la declaración de obra nueva, la obligada georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación no requiere, desde el punto de vista procedimental, que se tramite un procedimiento jurídico especial con notificación y citaciones a colindantes y posibles terceros afectados, salvo que registrador en su calificación sí lo estimare preciso para disipar tales dudas fundadas acerca de que la edificación se encuentre efectivamente incluida en la finca sobre la que se declara.

En las obras nuevas en construcción, la aportación de las coordenadas UTM georreferenciadas no es precisa, a diferencia de la obra nueva finalizada, y basta su aportación en formato GML de la ubicación de la obra nueva en construcción para comprobar que se encuentra en el recinto y que este se corresponde con la finca registral inscrita.

No obstante, en Andalucía sí es necesaria la aportación de la representación gráfica en las obras nuevas en construcción por exigencia de la disposición adicional novena de la ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía (LISTA), que exige aportar las coordenadas de la superficie ocupada por la edificación o instalación.

Por otra, parte, estando ya inscrita el recurso contra la calificación registral no es el cauce adecuado para rectificar un asiento practicado, siendo preciso que medie el consentimiento de todos los interesados o resolución judicial, sin que quepa pronunciarse sobre si fue o no correcta la calificación del registrador que dio lugar a la inscripción de la rectificación de superficie de la finca sobre la que se declara la obra nueva en construcción.

VIII. IDENTIDAD DE FINCAS

Se entenderá que existe correspondencia entre la representación gráfica aportada y la descripción literaria de la finca cuando ambos recintos se refieran básicamente a la misma porción del territorio y las diferencias de cabida, si las hubiera, no excedan del diez por ciento de la cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca inscrita ni su correcta diferenciación respecto de los colindantes» (resolución de 15 de junio de 2020, entre otras muchas).

En este sentido los excesos de cabida inferiores no exigen tramitación del 199 LH, aunque sí las notificaciones a colindantes previstas en el artículo 9 LH. Lo mismo ocurre cuando esa rectificación de superficie se realiza ex artículo 201.3 de la LH a través de escritura de rectificación de superficie.

IX. LA REFERENCIA CATASTRAL NO SE EQUIPARA A LA REPRESENTACIÓN GRÁFICA INSCRITA

Los efectos de la nota marginal de aportación de referencia catastral no cabe confundirlos con los de la inscripción de la representación gráfica.

La mera constancia registral de la referencia catastral dada la laxitud de los requisitos legales para ello y la limitación de sus efectos, conforme a los 45 y 48 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, no supone ni rectificación de la superficie registral inscrita ni, mucho menos aún, supone inscripción de la superficie y georreferenciación catastral correspondiente al inmueble con dicha referencia. Pero sí que es un dato indiciario que permite ubicar geográficamente a la propia finca registral, aunque no delimitar con precisión sus linderos ni superficie interior.

Es un elemento más en la calificación registral gráfica, no definitivo, pero que permite justificar la oposición a la posible invasión de la finca a través de un procedimiento de inscripción de representación gráfica de colindantes.

Por el contrario, la representación gráfica inscrita implica la rectificación de la descripción y superficie de la finca registral, que pasa a tener la que resulta de aquélla.

X. PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE PRONUNCIAMIENTOS JURÍDICOS REGISTRALES SOBRE DATOS CATASTRALES

La primacía del Registro de la propiedad sobre el Catastro en datos jurídicos, resulta de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley del Catastro Inmobiliario, según el cual todo lo dispuesto en la legislación catastral «se entenderá sin perjuicio de las competencias y funciones del Registro de la Propiedad y de los efectos jurídicos sustantivos derivados de la inscripción de los ‘inmuebles en dicho registro’.

El artículo 3 es más rotundo aún al proclamar que ‘los pronunciamientos jurídicos’ del Registro de la Propiedad (y entre ellos, según el artículo 9 Ley Hipotecaria, los relativos al sujeto, objeto y contenido de los derechos inscritos) «prevalecerán» sobre «los datos contenidos en el Catastro Inmobiliario» (resolución 30 de enero de 2023).

Debe recordarse por tanto que la certificación catastral no constituye título de propiedad, sin perjuicio de que, el titular catastral deba ser notificado en el expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria al objeto de que pueda alegar lo que en defensa de su derecho considere oportuno. Es decir, la certificación catastral es un indicio, relevante, pero que debe ser ponderado con los demás medios de prueba aportados al expediente.

Como declararon las Resoluciones de este Centro Directivo de 10 y 16 de octubre y 22 de noviembre de 2022, entre otras, la mera oposición de un titular catastral que alega que su inmueble catastral es invadido por la representación gráfica alternativa aportada por el promotor no es por sí solo motivo suficiente para denegar la inscripción de ésta, pues, precisamente por ser alternativa, no catastral, dicha representación gráfica, se produce la invasión parcial del inmueble catastral colindante. Pero puede ser motivo de denegación de la representación gráfica que la alternativa produzca dudas de identidad, cuando por la gran diferencia respecto de la catastral, el registrador tenga dudas de que se esté encubriendo la falta de inscripción previa de un título traslativo.

La cuestión cambia si quien se opone es un titular registral, pues en este caso la oposición resulta mucho más cualificada y merecedora de mayor consideración (párrafo cuarto del artículo 199.1 de la Ley Hipotecaria).

XI. OPOSICIÓN DE COLINDANTES

Se considera por la doctrina de la DGSJFP que la oposición de un colindante es protegible si es un titular registral el que se opone. Por supuesto si tiene representación gráfica inscrita que pudiera ser afectada. Pero también en caso de carencia de inscripción de la representación gráfica si de los datos registrales se infiere la invasión, pues impediría la inscripción futura de su representación gráfica. Para ello no basta la mera oposición, sino que tiene que haber justificación gráfica justificada.

Cuando la oposición la formula no un simple titular catastral afectado cuya propiedad no conste debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad, sino un titular de una finca registral que alega resultar invadida, su oposición resulta mucho más cualificada y merece mayor consideración. No en vano, el propio artículo 199 de la Ley Hipotecaria dispone que «el Registrador denegará la inscripción de la identificación gráfica de la finca, si la misma coincidiera en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, circunstancia que será comunicada a la Administración titular del inmueble afectado. En los demás casos, y la vista de las alegaciones efectuadas, el Registrador decidirá motivadamente según su prudente criterio, sin que la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes determine necesariamente la denegación de la inscripción».

La oposición por parte de un titular catastral no registral también es atendible si está justificada su título de propiedad. Pero en principio tiene menor amparo al no estar protegido por los principios registrales.

Así la DGSJFP, vgr, en resolución de 20 de junio de 2022, considera que la mera oposición de un simple titular catastral acerca de que su inmueble catastral resulte invadido por una georreferenciación alternativa a la catastral no es motivo suficiente por sí sólo para denegar la inscripción de esa georreferenciación alternativa a la catastral, pues, precisamente por ser alternativa, se produce esa invasión parcial del inmueble catastral colindante.

Además, conforme al artículo 32 de la Ley Hipotecaria, coincidente en su redacción con el artículo 606 del Código Civil, «los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero» y por ello, no deberían ser admitidos por los juzgados, tribunales ni oficinas del Estado «si el objeto de la presentación fuere hacer efectivo, en perjuicio de tercero, un derecho que debió ser inscrito», como resulta del artículo 319 de la Ley Hipotecaria.

Finalmente no es atendible la oposición por parte de quien no es titular registral ni catastral, de manera que la alegación de títulos privados no es oponible a quien inscribe primero, rigiendo el principio de prioridad registral gráfica.

XII. OPOSICIÓN POR PARTE DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Cuestión distinta es que la representación gráfica que se pretende inscribir se superponga sobre servidumbres o bienes demaniales públicos en general.

La invasión de bienes demaniales es causa de denegación directa de las representaciones gráficas, estén o no inscritos en el Registro de la propiedad tales bienes demaniales públicos.

Pero si se tiene duda, no hay superposición gráfica visual directa, debe tramitarse el 199 LH y pedirse informe a las Administraciones públicas afectadas.

La doctrina de la DGSJFP a este respecto es la siguiente:

a) Respecto a fincas colindantes con dominio público deslindado y georreferenciado: el registrador protegerá con su calificación registral cualquier usurpación del dominio público, mediante la aplicación informática homologada del artículo 9 de la Ley Hipotecaria. En este caso, el registrador denegará la tramitación del expediente del artículo 199, expresando en su nota de calificación negativa que la invasión deriva del contraste, en la aplicación gráfica registral, entre la georreferenciación aportada y la capa gráfica que contenga el deslinde formalmente aprobado de tal dominio público.

Así lo consideró esta Dirección General en las Resoluciones de 5 de abril de 2.022, 26 de julio de 2.023, 10 y 30 de enero de 2.024 y 27 de febrero de 2.024.

Si el no se ha inscrito el acto de deslinde el registrador notificará a la Administración el carácter obligatorio de su inscripción, conforme al artículo 36 de la Ley 33/2.003, de 3 de noviembre de Patrimonio de las Administraciones Públicas

b) Respecto a las fincas colindantes con dominio público, cuyo deslinde no consta en el Registro de la Propiedad, el registrador tramitará el expediente, pudiendo darse dos situaciones:

1) Que el expediente de dominio esté iniciado, pero no concluido, sin que se haya solicitado la práctica de la nota marginal de inicio del procedimiento de deslinde. En este caso, para que la alegación de la Administración pueda ser estimada por el registrador, para aplicar el principio de protección del dominio público deberá acompañarse al escrito de alegaciones la resolución administrativa de inicio del deslinde, con plano georreferenciado de la porción de superficie de dominio público invadida y solicitud de la práctica de la nota marginal para hacer constar el inicio del expediente de deslinde, a que se refiere el artículo 14 de la Ley 3/2.014, de 3 de julio citada.

2) Que el expediente de deslinde no esté iniciado: en este caso, para que la oposición de la Administración pueda ser estimada por el registrador, deberá acreditarse que se ha dictado resolución administrativa de inicio del expediente de deslinde abreviado respecto a la finca en cuestión, tras la recepción de la notificación del Registro, acompañada del plano georreferenciado de la franja de dominio público invadido y acreditación de su remisión al titular registral de la finca afectada, solicitando la práctica de la nota marginal de constancia del inicio del expediente de deslinde abreviado, a que se refiere el artículo 14 de la Ley 3/2.014, de 3 de julio citada. Si dicha resolución no pudiera ser dictada dentro de los 20 días de plazo para alegar, que expresa el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, la Administración podrá solicitar una prórroga del plazo, por igual duración, para que pueda presentarse la solicitud.

Por tanto, la mera oposición no justificada por parte de Ayuntamientos u otras administraciones públicas respecto de caminos, vías pecuarias, costas, etcétera no es suficiente (cuando la invasión no resulte al registrador de manera directa en las bases gráficas registrales), tiene que estar realizado sobre la base de la representación gráfica alternativa presentada, sin ser genérico, y justificando la titularidad del inmueble (por ejemplo, en caso de caminos que sea municipal y así conste en el inventario de bienes municipales).

Como señalara la Resolución de esta Dirección General de 10 de mayo de 2022, si el informe administrativo previo no es lo suficientemente tajante a la hora de afirmar que la georreferenciación aportada invade suelo público, no puede el registrador negarse a tramitar el expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, sino que lo que debe hacer es iniciar el expediente y notificar a la Administración Pública afectada, a fin de que ésta se exprese con claridad acerca de ese extremo, pues no puede abocarse al particular a los tribunales sin tener

la absoluta certeza acerca de si realmente existe contienda con el Ayuntamiento acerca de la titularidad de la franja de terreno objeto de disputa.

También con arreglo a la doctrina de la Resolución de esta Dirección General de 5 de abril de 2022, la registradora debió proceder a la tramitación del expediente del artículo 199, porque la notificación a la Administración deriva de la colindancia con dominio público que resulta de la descripción registral y la invasión no deriva del contraste, en la aplicación gráfica registral, entre la georeferenciación aportada y la capa gráfica que contenga el deslinde formalmente aprobado de tal dominio público.

No estando en ese caso, lo que debe hacer el registrador es iniciar el procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria.

XIII. SERVIDUMBRES NO INSCRITAS NO IMPIDEN LA GEORREFENCIACIÓN DEL RECINTO

La existencia de servidumbres sobre la finca no impide la georrefenciación registral de estas. Así se ha dicho en numerosas ocasiones respecto de servidumbres que no aparezcan inscritas, descritas en los linderos de la finca o en justificada en títulos públicos. En estos casos no impiden la inscripción de la representación gráfica de una finca, y la mera oposición alegando que es un camino o una servidumbre no pueden desvirtuar aquélla.

El titular de la servidumbre lo que deberá hacer es inscribirla a través de los títulos procedentes, esto es, escritura pública o declaración judicial en procedimiento contradictorio. Por tanto, la alegación de colindantes de la existencia de servidumbres, no impide la inscripción de la representación gráfica de las fincas.

XIV. MOTIVACIÓN DE LA DENEGACIÓN DE POR PARTE DEL REGISTRADOR ANTE LA OPOSICIÓN DE COLINDANTES

Recoge los requisitos para la inscripción de representaciones gráficas, resumida, las Resoluciones de 5 de abril o 20 de junio de 2022, en virtud de la cual:

«a) 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).

b) A tal efecto el registrador podrá utilizar, con carácter meramente auxiliar, las representaciones gráficas disponibles, que le permitan averiguar las características topográficas de la finca y su línea poligonal de delimitación, para lo que podrá acu-

dirse a la aplicación informática prevista en dicha norma y homologada en la Resolución de esta Dirección General de 2 de agosto de 2.016, así como acceder a la cartografía catastral, actual e histórica, disponible en la Sede Electrónica del Catastro.

c) Dado que con anterioridad a la Ley 13/2015, de 24 de junio, se permitía el acceso al Registro de fincas sin que se inscribiese su representación gráfica georreferenciada, la ubicación, localización y delimitación física de la finca se limitaba a una descripción meramente literaria, lo que puede conllevar una cierta imprecisión a la hora de determinar la coincidencia de la representación gráfica con otras fincas inmatriculadas con anterioridad a dicha norma.

d) El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio.

En caso de haberse manifestado oposición por algún interesado, constituye uno de los principios de la regulación de la Jurisdicción Voluntaria que, salvo que la Ley expresamente lo prevea, la sola formulación de oposición por alguno de los interesados no hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto.

Por tanto, y conforme al artículo 199 de la Ley Hipotecaria, «la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes determine necesariamente la denegación de la inscripción». Lo que no impide, por otra parte, que las alegaciones recibidas sean tenidas en cuenta para formar el juicio del registrador.

e) El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.»

XV. EN CASO DE OPOSICIÓN DE COLINDANTE DEBE ESTE APORTAR JUSTIFICACIÓN GRÁFICA QUE PERMITA AL PROMOTOR SOLICITAR INSCRIPCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN GRÁFICA RECORTADA

Es importante destacar que para que el registrador pueda rechazar la inmatriculación de una finca por supuesta invasión de otra ya inmatriculadas, no es imprescindible que ésta última tenga su georreferenciación ya inscrita (puede ser anterior a la ley 13/2015 y no tener representación gráfica, pues en tal caso no hablaríamos de simples indicios fundados sino, en su caso, certezas geométricas de invasión), pero sí que cuando el titular registral de la finca inmatriculada formule oposición a la nueva inmatriculación, aporte, bien inicialmente, o tras ser requerido al efecto por el registrador, la justificación gráfica que concrete cuál es la georreferenciación (incluso no inscrita) que invoca para su finca a fin de que se pueda conocer cuál es el área geográfica concreta afectada por el supuesto solape o invasión.

Máxime cuando el promotor del expediente está aportando certificación catastral coincidente con la descripción de la finca que se está pretendiendo inmatricular.

Lo contrario sí que dejaría en indefensión al promotor de la inmatriculación o georreferenciación de finca inmatriculada, pues le impediría contraargumentar con detalle gráfico, o le impediría solicitar la inscripción parcial “recortada” en la medida necesaria para no invadir la georreferenciación que, aun no constando inscrita, se invoque para la finca ya inmatriculada.

XVI. DENEGACIÓN SI HAY DUDAS FUNDADAS DE INVASIÓN DE UNA FINCA INSCRITA, PERO EL ASIENTO DE PRESENTACIÓN SIGUE VIGENTE PARA PODER LLEGAR A CONCILIACIÓN

Es doctrina reiterada de la DGSJFP (véase Resoluciones de esta Dirección General de 5 de octubre de 2021 y 21 de febrero de 2022) que si la representación gráfica georreferenciada no es inscribible por albergar el registrador dudas fundadas acerca de que con la misma se invada otra finca que tenga ya representación gráfica inscrita o el dominio público, lo procedente es denegar, no suspender, la inscripción. Y ello debe ser así porque para resolver esas dudas fundadas debe presentarse una georreferenciación distinta de la presentada, que haya sido consentida por ambos titulares, en un expediente de deslinde del artículo 200, o en una conciliación registral del artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria, o aprobada por la autoridad judicial en el seno del correspondiente expediente.

Fuera de estos supuestos de denegación automática, la calificación en el procedimiento del 199 LH debe ser de suspensión y no de denegación, de manera que durante la vigencia del asiento de presentación pueda acudir para disipar tales dudas a otros medios alternativos como la conciliación registral dentro del mismo procedimiento del 199 ya iniciado (véase resolución de 8 de noviembre de 2022) o al deslinde notarial o judicial en un nuevo procedimiento, si dentro del ya iniciado del artículo 199 LH no fuera posible.

En efecto, como señalara esa resolución de 8 de noviembre de 2022, el procedimiento registral, en sentido amplio, tiene como fecha de inicio la del asiento de presentación motivado por el título que contiene la petición inicial al registrador para que inscriba una determinada georreferenciación de la finca. Y, a dicha fecha de inicio se retrotraerán los efectos de la inscripción que eventualmente se practique, conforme al artículo 24 de la Ley Hipotecaria.

Y ese concreto procedimiento registral iniciado con un determinado asiento de presentación tiene como fecha final o de terminación, no la de la calificación negativa, la cual genera la prórroga del asiento de presentación conforme al artículo 323 de la Ley Hipotecaria, sino la de caducidad, cuando llegue, del asiento de presenta-

ción inicial, que, en virtud de la prórroga indicada y, en su caso, de otras prórrogas adicionales legalmente posibles, es siempre una fecha posterior, e incluso en caso de recurso puede llegar a ser muy posterior, a la de la calificación negativa.

En efecto, mientras no caduque el asiento de presentación, sí es perfectamente posible aportar documentos que pretendan subsanar los defectos señalados por el registrador en su nota de calificación.

XVII. ARCHIVO DE LAS OPOSICIONES DE COLINDANTES

La georreferenciación alegada por quien formule oposición, una vez digitalizada y dotada de su propio CSV si se hubiera presentado en soporte papel (en aplicación analógica de lo dispuesto en el nuevo artículo 252.1 de la Ley Hipotecaria, tras su redacción por la Ley 11/2023 de digitalización de las actuaciones registrales), debe también hacerse constar, como mero dato alegado, pero no inscrito, por nota al margen de su propia finca.

XVIII. NO ESTÁ PREVISTO EL TRÁMITE DE TRASLADO AL PROMOTOR DEL EXPEDIENTE DE LAS ALEGACIONES DE LOS COLINDANTES

En cuanto a si es posible el traslado de la oposición y del contenido de las alegaciones al promotor, como ya señalaron las resoluciones de 14 de noviembre de 2016, 21 de mayo de 2018, y 12 de julio del 2022, debe advertirse que la Ley Hipotecaria no se pronuncia al respecto al regular el procedimiento en el artículo 199, que no contiene ninguna previsión sobre la necesidad de dar traslado de las mismas al promotor del expediente.

Ahora bien, el artículo 342 del Reglamento Hipotecario dispone 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.

Por lo que se puede pedir certificación de las alegaciones, con respeto a la legislación de protección de datos de carácter personal, a efectos de luego recurrir ante la DGSJFP, instar deslinde notarial o ir a juicio declarativo.

XIX. EXCEPCIÓN A ESTA REGLA SON LAS ALEGACIONES CONFUSAS

Ya hemos dicho que para que el registrador pueda rechazar la inmatriculación de una finca por supuesta invasión de otra ya inmatriculadas, no es im-

prescindible que ésta última tenga su georreferenciación ya inscrita (puede ser anterior a la ley 13/2015 y no tener representación gráfica, pues en tal caso no hablaríamos de simples indicios fundados sino, en su caso, certezas geométricas de invasión), pero sí que cuando el titular registral de la finca inmatriculada formule oposición a la nueva inmatriculación, la justifique.

En caso de falta de justificación de la oposición, si no la aporta inicialmente, el registrador podrá requerir al colindante opositor que aporte la justificación gráfica que concrete cuál es la georreferenciación (incluso no inscrita) que invoca para su finca a fin de que se pueda conocer cuál es el área geográfica concreta afectada por el supuesto solape o invasión. Máxime si el promotor del expediente está aportando certificación catastral coincidente con la descripción de la finca que se está pretendiendo inmatricular.

Esta justificación gráfica aportada sí deberá ser objeto de traslado al promotor de la inmatriculación o de la georreferenciación de finca inmatriculada, pues de lo contrario le dejaría en indefensión, al impedirle contraargumentar con detalle gráfico o solicitar la inscripción parcial “recortada” en la medida necesaria para no invadir la georreferenciación que, aun no constando inscrita, se invoque para la finca ya inmatriculada.

XX. NO CABE NOTA MARGINAL DE AFECCIÓN A POSIBLES DESLINDES

Lo que no cabe constancia por nota marginal de afección a posibles deslindes. Esta posición de la DG ha sido confirmada en juicios verbales. Lo que tiene que hacer la administración es inicial el deslinde e inscribirlo, al estar obligadas las administraciones públicas a inscribir los bienes demaniales públicos.

La razón de ello es el carácter de *numerus clausus* de los asientos registrales, y lo cierto es que no está contemplado legalmente el asiento de nota marginal de posible invasión de demanio público.

XXI. EFECTOS JURÍDICOS DERIVADOS DE LA INSCRIPCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN GRÁFICA.

Cabe aplicar a la representación gráfica inscrita los principios registrales tradicionales. Como señala la resolución de 26 de octubre de 2023 cabe citar los siguientes:

- a) en primer lugar, conforme al artículo 17 de la Ley Hipotecaria, que recoge el llamado principio de prioridad registral, una vez inscrita dicha georreferenciación «no podrá inscribirse o anotarse ninguna (...) que se le oponga o sea incompatible». Así lo confirma también de modo más

- específico aún el artículo 199 de la Ley Hipotecaria ordenando que «el Registrador denegará la inscripción de la identificación gráfica de la finca, si la misma coincidiera en todo o parte con otra base gráfica inscrita».
- b) en segundo lugar, conforme al artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que recoge el llamado principio de tracto sucesivo «para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales» (y entre ellos, la modificación de la ubicación y delimitación geográfica de su objeto) «(...) deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos».
 - c) en tercer lugar, conforme al llamado principio de legitimación registral, el artículo 10 de la Ley Hipotecaria proclama que «se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica (...) que ha quedado incorporada al folio real». Y este artículo 38 señala que «a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo» y, por ello, con la concreta ubicación y delimitación georreferenciada determinada por el asiento respectivo. «De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos», esto es, con la concreta ubicación y delimitación georreferenciada determinada por el asiento respectivo.

Tal presunción opera también en el artículo 35 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual «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» —la concreta finca cuya ubicación y delimitación queda definida por su georreferenciación inscrita— «durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa».

Y, prosigue el artículo 38: «como consecuencia de lo dispuesto anteriormente, no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada» —ni contradictoria de su concreta ubicación y delimitación georreferenciada determinada por el asiento respectivo— «sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente. La demanda de nulidad habrá de fundarse en las causas que taxativamente expresa esta Ley cuando haya de perjudicar a tercero».

Es claro, como señala el artículo 40 de la Ley Hipotecaria, que la rectificación pretendida «precisará el consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial». Y en este segundo caso, «se dirigirá la demanda contra todos

aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho, y se sustanciará por los trámites del juicio declarativo correspondiente».

A estos efectos, si se desea evitar la posibilidad de aparición de terceros no demandados a quienes no resulte oponible la eventual sentencia, el demandante puede solicitar al Juzgado que decrete la anotación preventiva de la demanda, conforme al artículo 42 de la Ley Hipotecaria, cuya finalidad esencial es, precisamente, evitar que surjan terceros registrales protegidos.

A. PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL GRÁFICA

Como se ha visto el artículo 17 LH sería aplicable a la representación gráfica inscrita, lo que impediría cualquier inscripción de representación gráfica, sea catastral o alternativa, que la perjudicara o invadiera.

B. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL GRÁFICA

Significa que conforme a lo dispuesto en el artículo 10.5 de la Ley Hipotecaria «se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real»,

“A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos” (cfr. artículo 38.1 de la Ley Hipotecaria).

Como declaró la Resolución de este Centro Directivo de 4 de noviembre de 2021, reiterada por otras Resoluciones, como la de 2 de noviembre de 2023, las coordenadas que conforman la geometría de la georreferenciación inscrita, no constituyen un simple dato de hecho, sino que, por el hecho de su inscripción registral, son un pronunciamiento jurídico formal y solemne que, tras los procedimientos, trámites, garantías y 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.

Por tanto, como declaró la Resolución de esta Dirección General de 31 de mayo de 2022, una vez inscrita, la georreferenciación está bajo la salvaguardia de los tribunales, y para su rectificación se precisará el consentimiento del titular registral o resolución judicial dictada en procedimiento en que éste haya sido parte.

C. PRINCIPIO DE INOPONIBILIDAD REGISTRAL GRÁFICA

Al titular registral no le es oponible la georreferenciación contradictoria sin su consentimiento, salvo que se dicte resolución judicial recaída en procedimiento en el que haya sido parte.

Como consecuencia de ese principio de oponibilidad registral, que adquiere así una vertiente geográfica, dispone el artículo 9.b), párrafo séptimo: «Una vez inscrita la representación gráfica georreferenciada de la finca, su cabida será la resultante de dicha representación, rectificándose, si fuera preciso, la que previamente constare en la descripción literaria».

Por tanto, nunca puede admitirse la inscripción de una georreferenciación correspondiente a una finca registral que solape con otra georreferenciación previamente inscrita, ya que ello implicaría la modificación de la superficie de esta última, sin que la georreferenciación ahora aportada goce de oponibilidad respecto a la inscrita.

La situación es, precisamente, la inversa, la georreferenciación inscrita es la oponible a la que se pretende inscribir *ex novo*. Y esa oponibilidad se hace efectiva con la calificación registral denegatoria.

D. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Por el principio de especialidad registral, para inscribir un derecho real que sólo tenga por objeto una parte de la finca (Ej., servidumbres, superficie, arrendamientos, etc.) es preciso aportar la georreferenciación de dicho objeto, cuando no sea suficiente un plano para su delimitación.

También es aplicación de este principio la necesidad, en las segregaciones, de georreferenciar tanto la finca segregada como la finca resto.

Si se trata de negocios jurídicos sobre fincas restantes, tras segregaciones que están pendientes de inscripción (lo que es posible *ex artículo 47 RH*), siempre será preciso georreferenciar la finca restante.

Respecto a la expropiación forzosa debe recordarse la Resolución de esta Dirección General de 24 de octubre de 2016 (que se reitera en las de 21 de marzo y 11 de mayo de 2018) en la que se indicó lo siguiente: «para poder inscribir la expropiación parcial de una finca es preciso individualizar la porción sobre la que recae (Resolución de 8 de octubre de 2012).

Ahora bien, como también ha afirmado esta Dirección General, para la descripción de la finca que es el resto de una expropiación, no es necesaria la previa inscripción de tal procedimiento, como no es necesaria la inscripción de una segregación no inscrita para disminuir la superficie en la finca matriz que posteriormente se transmite (Resolución de 14 de enero de 2013)», por ello, concluye

esta Resolución que, aplicando la doctrina antes indicada sobre el artículo 47 del Reglamento Hipotecario, es posible inscribir la porción que es resto tras la expropiación ya que, conforme a los anteriores razonamientos, esto es posible siempre que se aporte una representación gráfica de esta porción.

Si hay agrupación de fincas restantes de expropiaciones no inscritas, es necesario georreferenciar la finca agrupada, pero también determinar las fincas agrupadas concretas a la que afecta la segregación no inscrita.

XXII. POSIBLES ACTUACIONES DEL INTERESADO EN CASO DE DENEGACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN GRÁFICA

Además de poder recurrir gubernativamente contra la denegación de la inscripción de la representación gráfica (calificación sustitutoria, recurso gubernativo o juicio verbal) resulta también de aplicación lo dispuesto en el artículo 198 de la Ley Hipotecaria en el sentido de que «la desestimación de la pretensión del promotor en cualquiera de los expedientes regulados en este Título no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto que aquél».

También pueden los interesados acudir, si así lo estimaren conveniente, a la conciliación prevista en el artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria, ante el registrador, notario o letrado de la Administración de Justicia, o a la vía arbitral (cfr. artículos 2 y 13 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje) o proceder al deslinde previsto en el artículo 200 de la Ley Hipotecaria.

XXIII. LICENCIAS ADMINISTRATIVAS Y PRESCRIPCIÓN EN RELACIÓN A LOS ACTOS DE REPRESENTACIÓN GRÁFICA

Todos los actos de representación gráfica obligatoria por creación de nuevas fincas (segregaciones, divisiones, agrupaciones, reparcelaciones, obras nuevas) están sometidos a licencia administrativa. Y debe acreditarse con licencia expresa o certificado de conformidad.

Desde el punto de vista registral, debe recordarse la dificultad que presenta la acreditación de las licencias concedidas por silencio positivo de la Administración como efecto de la compleja prueba del hecho negativo.

Tradicionalmente había sido doctrina reiterada de esta Dirección General que la concesión de licencias urbanísticas de obras por silencio administrativo positivo, una vez transcurrido el plazo legal para que la Administración resolviera sobre la solicitud del interesado, era una consecuencia de lo establecido en el

artículo 42 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. A tal efecto, este Centro Directivo vino entendiendo que la regulación del silencio administrativo positivo determinaba, en garantía de los particulares, que, una vez transcurrido el plazo previsto sin decisión del órgano administrativo, se originaba un acto administrativo susceptible de producir sus efectos ante cualquier persona, física o jurídica, pública o privada (artículo 43, apartados 3 y 5, de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), sin que esto obstase a su posible calificación como acto nulo o anulable (artículos 62.1.f) y 63, apartados 1 y 2, de la misma ley). En este último caso, la ineficacia del acto requeriría de la correspondiente declaración al efecto mediante el procedimiento de revisión legalmente establecido (artículo 102 de la citada Ley 30/1992).

Según esta misma doctrina, aplicando esos principios a la esfera registral, se estimó que, no mediando esa declaración, el acto administrativo presunto debería reputarse inicialmente válido, por lo que procedería su inscripción, sin perjuicio de que la Administración pudiese, a su vez, adoptar las medidas registrales procedentes para asegurar el resultado de la declaración de ineficacia.

De este modo, se consideró que ésta era la solución más conforme con el carácter común de las normas de procedimiento administrativo (cfr. artículo 149.1 de la Constitución), con la obligación de la Administración de dictar resolución expresa en todos los procedimientos (artículo 42.1 de la Ley 30/1992) y con la finalidad declarada al introducir la regulación del silencio administrativo de proporcionar a los particulares la máxima seguridad jurídica en la protección de sus derechos.

No obstante, como ya se indicó en las Resoluciones de 15 de septiembre de 2009 y 31 de mayo de 2011, y se trató ampliamente en la Resolución de 19 de mayo de 2012, la doctrina reseñada se adecuó necesariamente a los pronunciamientos contenidos en la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009, resolviendo un recurso de casación en interés de ley.

De las consideraciones de la referida Sentencia de nuestro Alto Tribunal, resulta que, aunque la regla general sea la del silencio positivo, cabe excepcionarla cuando, como ocurre en el ámbito urbanístico, otra norma con rango de ley establece lo contrario, tal y como ocurre con la norma del artículo 11.3 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, al disponer que “todo acto de edificación requerirá del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo, según la legislación de ordenación territorial y urbanística, debiendo ser motivada su denegación. En ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística”, y el propio artículo 345 de la

citada ley canaria. Conforme a dicha Sentencia, se excluye la posibilidad del silencio positivo respecto de aquellos actos administrativos que pudieran provocar la adquisición de facultades contrarias a la ordenación urbanística.

A esto se añade el hecho de que el artículo 277 de la ley canaria establece, en su párrafo segundo, que: “los notarios y registradores de la propiedad exigirán, para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia o la declaración municipal de su innecesariedad, que los primeros deberán testimoniar en el documento, de acuerdo con lo previsto en la legislación estatal”, y que el artículo 78 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, dispone que: “Los Registradores de la Propiedad exigirán para inscribir la división o segregación de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia que estuviese prevista por la legislación urbanística aplicable, o la declaración municipal de su innecesariedad, que deberá testimoniarse literalmente en el documento”.

Del régimen expuesto se deriva que, con independencia de la validez y eficacia sustantiva del acto administrativo presunto, su trascendencia a efectos registrales requiere la acreditación documental de un pronunciamiento expreso de la Administración competente o un acto que integre el control previo municipal, como señala el legislador canario, teniendo en cuenta la necesidad de evitar el acceso registral de actos de modificación jurídico real de eficacia claudicante – artículo 33 de la Ley Hipotecaria– y que la calificación registral no se extiende al fondo material o sustantivo del acto administrativo de autorización o aprobación del acto civil cuya inscripción se pretende o, dicho de otra forma, carece el registrador de competencia para entrar a calificar si la actuación de cuya inscripción se trata se ajusta o no a la ordenación urbanística, actuación de control de legalidad que corresponderá, en primer lugar a la administración municipal en ejercicio de sus competencias en materia de disciplina y policía urbanística y, en último extremo, a la jurisdicción administrativa.

En definitiva, como señala la Resolución de 3 de julio de 2015, no es que no sea admisible la adquisición de licencias por silencio administrativo positivo al amparo de una legislación que lo contemple, sino que se necesita una manifestación expresa, en este caso del Ayuntamiento, relativa al hecho de que las facultades adquiridas no son contrarias a la ordenación urbanística aplicable para que el registrador pueda acceder a la inscripción de la segregación.

La exigencia de licencia no se sustituye por la declaración responsable. La DGSJFP exige la conformidad de la Administración Pública con ella.

Así en caso de segregaciones se requiere acto expreso de licencia o conformidad de la Administración. Aquí no cabe aplicar la doctrina de las obras nuevas

antiguas. No cabe inscripción de segregaciones sin licencia por antigüedad. A mi juicio sólo serían inscribibles las segregaciones anteriores a la ley del suelo de 1990 y TR 1992, que son las leyes que por vez primera introdujeron la acreditación registral de las licencias para poder inscribir.

Las divisiones de terrenos y su parcelación siguen la misma suerte, y exigirán licencia acomodada al planeamiento.

No corresponde al registrador calificar la correspondencia de la licencia con el plan, basta que exista otorgada la licencia (véase RDGRN 29 de julio de 2016) pues gozan de presunción de legalidad. Lo que sí deberá hacer el registrador, si la finca matriz queda fuera de ordenación, es comunicar la segregación a la Comunidad Autónoma ex artículo 65.3 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, al disponer que: «Inscrita la parcelación o reparcelación de fincas, la declaración de nuevas construcciones o la constitución de regímenes de propiedad horizontal, o inscritos, en su caso, los conjuntos inmobiliarios, el Registrador de la Propiedad notificará a la comunidad autónoma competente la realización de las inscripciones correspondientes, con los datos resultantes del Registro. A la comunicación, de la que se dejará constancia por nota al margen de las inscripciones correspondientes, se acompañará certificación de las operaciones realizadas y de la autorización administrativa que se incorpore o acompañe al título inscrito».

En cuanto a las obras nuevas antiguas sí que cabe inscripción por antigüedad cumpliendo los requisitos del artículo 28.4 TRLS.

XXIV. TRANSMISIÓN DE CUOTAS INDIVISAS

Sobre el tratamiento registral de aquellos negocios que, sin aparecer formalmente como división o segregación, pueden presentar indicios de posible parcelación urbanística la DGSJFP ha tenido ocasión de analizar diversos supuestos en el ámbito de la legislación andaluza, nos remitimos a los fundamentos de la Resoluciones de 22 de julio de 2021 y de 20 de noviembre de 2024.

En dichas Resoluciones, después de analizar la legislación estatal y autonómica aplicable, se concluyó que, a la hora de analizar el tratamiento de actos o negocios jurídicos que, sin constituir formalmente división o segregación, pueden presentar indicios de parcelación urbanística o formación de núcleo poblacional al margen del planeamiento, este Centro Directivo ha entendido que dichos actos se someterán al previo requisito registral de acreditación de licencia o declaración de innecesariedad –artículo 78 del Real Decreto 1093/1997 en relación al artículo 26 de la Ley de Suelo– cuando la legislación sustantiva aplicable

equipare expresamente el acto en cuestión a la parcelación en sentido estricto sometida a dichos títulos administrativos.

En otro caso, 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 como puede ser la nueva asignación de uso de parte determinada de finca o la conversión de una comunidad hereditaria en ordinaria mediante sucesivas transmisiones, siempre atendidas el resto de circunstancias concurrentes y de conformidad con la legislación sustantiva aplicable.

Así, desde el punto de vista de la legislación andaluza y su relación con la legislación básica estatal, el artículo 26 de la norma estatal equipara a la división o segregación, la enajenación, sin división ni segregación, de participaciones indivisas a las que se atribuya el derecho de utilización exclusiva de porción o porciones concretas de la finca, así como a la constitución de asociaciones o sociedades en las que la cualidad de socio incorpore dicho derecho de utilización exclusiva.

Por su parte, la norma andaluza se refiere como supuestos reveladores de posible parcelación urbanística a aquellos en los que, mediante la interposición de sociedades, divisiones horizontales o asignaciones de uso o cuotas en pro indiviso de un terreno, finca o parcela, o de una acción, participación u otro derecho societario, puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte del inmueble equivalente o asimilable a los supuestos anteriores, sin que la voluntad manifestada de no realizar pactos sobre el uso pueda excluir tal aplicación.

No obstante, el precepto, en su apartado quinto, señala ahora que la asignación de cuotas en proindiviso resultantes de transmisiones «mortis causa» o entre cónyuges o pareja de hecho no requerirán licencia, salvo que se demuestre que existe fraude de Ley.

Como señala la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 17 de marzo de 2011, la parcelación ilegal constituye un proceso en el que se suceden los actos materiales y jurídicos con clara intención fraudulenta de parcelar un terreno no urbanizable, pretendiendo la creación de una situación irreversible, demostrativa de que con los actos realizados no se pretende destinar el terreno a su uso y

destino natural y obligado, rústico y agrícola; actuación que se lleva a cabo con vocación urbanística que posibilita la formación de un núcleo de población.

El Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia urbanística, asume tal concepción y en su artículo 79, si bien se halla encabezado por el epígrafe «divisiones y segregaciones», se refiere en su párrafo primero, no solo a los estrictos supuestos de división o segregación de fincas realizadas en suelo no urbanizable, sino también a todo supuesto en que, cuando por las circunstancias de descripción, dimensiones, localización o número de fincas resultantes de la división o de las sucesivas segregaciones, surge duda fundada sobre el peligro de creación de un núcleo de población, a cuyo efecto, para la definición y desarrollo de este concepto, remite a los términos señalados por la legislación o la ordenación urbanística aplicable, en este caso la Ley Urbanística de Andalucía.

Dado que se trata de una sucesión de actos de carácter tanto jurídico como material la calificación del registrador se encuentra limitada por lo que ante la concurrencia de indicios de parcelación debe dar traslado al órgano competente en disciplina urbanística quien dictará la resolución que corresponda a la vista de las pruebas practicadas y con las garantías procedimentales oportunas.

Así, como ejemplo, el caso conocido por la sentencia de 28 de junio de 2019 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, en el recurso interpuesto contra una resolución dictada en expediente de restablecimiento de la legalidad urbanística por parcelación urbanística y que ordenó en el plazo de dos meses se procediese a la reagrupación de la parcela inscrita en el Registro de la Propiedad. El Tribunal desestima el recurso, rechazando la existencia de indefensión y acepta la valoración del juez de Instancia de las pruebas aportadas entre las que se encontraban: las sucesivas ventas de cuota indivisa formalizadas en escritura pública, fotografías incorporadas a la denuncia de la Policía Local y el informe técnico municipal, de los que resulta acreditada la existencia de seis construcciones y sus respectivos vallados metálicos, así como el objeto social de la sociedad consultado al Registro Mercantil que era «la adquisición por cualquier título, promoción, construcción, tenencia, uso, alquiler, arrendamiento, cesión, explotación directa de solares, edificios, almacenes, locales, garajes, oficinas y aparcamientos», actividades que distan bastante de las labores agrarias a la que alude la Ley 19/1995, sin que a su vez constara que los compradores desempeñaran profesión o actividad relacionada con el destino agrícola de aquélla; lo que a falta de prueba en contrario constituye elemento indiciario, a juicio del Tribunal, que en concordancia con los ya expuestos pone en cuestión el mantenimiento del uso agrícola previsto para la finca.

Desde el punto de vista notarial y registral es clarificadora la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 7 de julio de 2022 al señalar que «no se trata

de que las escrituras públicas de compraventa no puedan inscribirse por faltar la licencia urbanística de parcelación o la declaración de su innecesariedad y esta falta pueda ser subsanada con posterioridad, sino que dichas escrituras públicas no debieron otorgarse, no debieron autorizarse dada la evidencia de una parcelación ilegal, atendido el hecho de otorgarse cuatro escrituras públicas de compraventa de partes indivisas de la misma finca aún con manifestación expresa de mantener dicha finca indivisa y sin asignación de uso individualizado, pues la realidad probada es que, pese a que se otorgaron escrituras de compraventa de cuotas indivisas, se llevó a cabo la parcelación de la finca y la atribución del uso individualizado de un trozo de terreno a cada comprador, siendo éstos compradores independientes unos de otros a los que no les une vínculo alguno por razón de herencia, matrimonio o similar, estando prohibida en el suelo no urbanizable todo tipo de parcelaciones urbanísticas».

El apartado segundo del artículo 26 de la Ley de Suelo estatal dispone 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.

No obstante, esta regla es aplicable no solo a la división o segregación en sentido estricto sino también lo es a la enajenación de participaciones indivisas a las que se atribuya el derecho de utilización exclusiva de porción o porciones concretas de la finca, así como a la constitución de asociaciones o sociedades en las que la cualidad de socio incorpore dicho derecho de utilización exclusiva.

Señalando a continuación que, en la autorización de escrituras de segregación o división de fincas, lo que incluye aquellos actos equiparados legalmente a los mismos, los notarios exigirán, para su testimonio, la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la división o segregación conforme a la legislación que le sea aplicable. El cumplimiento de este requisito será exigido por los registradores para practicar la correspondiente inscripción.

La referencia a la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la división o segregación conforme a la legislación que le sea aplicable supone una remisión a la legislación autonómica aplicable en materia de urbanismo.

Es decir, el precepto se limita a ordenar que exista «una intervención administrativa de conformidad, aprobación o autorización, correspondiendo a la legislación autonómica de ordenación del territorio y urbanismo concretar la misma» en palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional número 143/2017, de 14 de diciembre —cfr. fundamentación jurídica 22—.

En el caso de la legislación andaluza, el artículo 91 de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía,

establece que «se consideran actos reveladores de una posible parcelación urbanística aquellos en los que, mediante (...) asignaciones de uso o cuotas en pro indiviso de un terreno, finca o parcela (...) puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte del inmueble equivalente o asimilable» a los supuestos de parcelación urbanística, pero «sin que la voluntad manifestada de no realizar pactos sobre el uso pueda excluir tal aplicación».

Por su parte, el artículo 139.2 del Decreto 550/2022, de 29 de noviembre, desarrolla esta regulación contemplando un supuesto objetivo de negocio equiparado a la parcelación en el que la asignación de cuotas en proindiviso de una finca puede derivar en la existencia de diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte del inmueble.

En concreto, se equipara a la parcelación la transmisión «intervivos» de cuotas proindiviso de fincas clasificadas como suelo rústico, cuando a cada uno de los titulares corresponda teóricamente una parte de superficie inferior a la mayor de las fijadas en el Reglamento y en la ordenación territorial y urbanística vigente, como parcela mínima edificable o divisible, según el resultado de aplicar a la total superficie del inmueble objeto de alteración, el porcentaje que represente cada cuota indivisa enajenada.

De este modo, la norma andaluza contempla un concepto material de la parcelación vinculado a aquellos negocios en los que pueda producirse el mismo efecto prohibido por la norma con independencia de la forma en que se configure jurídicamente y de las propias manifestaciones de las partes en el instrumento público que lo formalice.

Acorde con este planteamiento de imponer un control administrativo previo en aquellos negocios en los que concurra el supuesto objetivo previsto por la norma, la ley establece que «no podrá autorizarse ni inscribirse escritura pública alguna en la que se contenga acto de parcelación, segregación o división sin la aportación de la preceptiva licencia o acto que integre el control previo municipal que incorpore la georreferenciación precisa, que los titulares de las Notarías deberán testimoniar en la escritura correspondiente» —cfr. apartado cuarto—.

No obstante, se exceptúa expresamente el supuesto de la «asignación de cuotas en proindiviso resultantes de transmisiones mortis causa o entre cónyuges o pareja de hecho» que «no requerirán licencia, salvo que se demuestre que existe fraude de ley» —cfr. apartado quinto—.

Este criterio ha sido sostenido reiteradamente por este Centro Directivo. Y en el mismo sentido, sobre el régimen jurídico aplicable actualmente a la venta de participaciones indivisas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, se pronuncia además la Dirección General de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Agenda Urbana de la Junta de Andalucía, en comunicación circulada al Colegio Notarial de Andalucía el 24 de junio de 2024, que corrobora la doctrina ya sentada por esta Dirección General con anterioridad.

En dicha comunicación se argumenta que debe partirse de que determinados tipos de negocios jurídicos (transmisión de cuotas «indivisas», transmisión de participaciones sociales u otros derechos societarios, ampliación de capital, divisiones horizontales o similares) permiten deducir que existe acto revelador de parcelación ilegal cuando a cada uno de los titulares corresponda «teóricamente» una parte de superficie inferior a la establecida como parcela mínima edificable o divisible, según el resultado de aplicar a la total superficie del inmueble objeto de alteración, el porcentaje que represente cada cuota indivisa o título societario enajenado.

Las dimensiones de la parcela mínima divisible se contienen en la norma urbanística de aplicación en el término municipal de que se trate, pero, con carácter general, estas dimensiones no serán inferiores a las fijadas como unidades mínimas de cultivo en Resolución de 4 de noviembre de 1996 de la Dirección General de Desarrollo Rural y Actuaciones Estructurales para cada municipio, que oscila entre las 2,5 a 3 hectáreas (30.000 metros cuadrados) en secano y de 0,5 a 1 hectáreas en regadío.

La existencia de estos actos reveladores de una «posible» parcelación urbanística no implica que el hecho parcelatorio se produzca automáticamente cuando se dan las circunstancias descritas, puesto que la parcelación urbanística exige como presupuesto «la división simultánea o sucesiva de los terrenos (...) que pueda inducir a la formación de nuevos asentamientos» en los términos previstos en el artículo 91.1 b) de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía, y su desarrollo reglamentario. Una interpretación en contrario implicaría llegar a la conclusión de que la norma autonómica prohíbe fórmulas societarias o de copropiedad de los terrenos.

Ahora bien, al tratarse de un acto «revelador» de una «posible» parcelación urbanística, la Ley de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía y su Reglamento someten estos actos a licencia urbanística municipal, que tendrá por finalidad, precisamente, comprobar la existencia o inexistencia de peligro de formación de nuevos asentamientos. La acreditación de la existencia de estos riesgos implicará la denegación de la licencia y, en su caso, el ejercicio de potestades en materia de disciplina urbanística. En caso contrario, la operación podrá ser autorizada en el correspondiente acto de licencia, que habrá de exigirse en todo caso por los notarios en garantía del principio de legalidad como presupuesto imprescindible para el otorgamiento de la escritura pública.

XXV. CONCLUSIONES

La revista crítica de Derecho inmobiliario en estos 100 años de existencia ha pasado de estudiar temas agrarios a profundizar en problemas urbanísticos, fruto del cambio que la sociedad ha experimentado en esos años.

Este estudio es contribución a analizar la reciente doctrina de la DGSJFP (antigua DGRN) en materia de georreferenciación de fincas que, dentro del proceso de acceso al Registro del urbanismo, ha significado la superación de uno de las pocas fallas del sistema registral, como era la de una carencia de bases gráficas suficientes de las fincas.

Hoy en día, tras la ley 13/2015, cuyo anteproyecto final tuve el honor de impulsar como director general responsable de la materia —y conseguir su aprobación en Las Cortes—, se puede decir que el Registro de la propiedad puede también extender sus efectos, no sólo a los derechos, sino también a los datos físicos de las fincas cuando está inscrita una representación gráfica, sea RGC o RGA, tras la tramitación del procedimiento del artículo 199 LHL.

Las conclusiones se pueden resumir en las siguientes:

- 1.º Existen dos tipos de representación gráfica: catastral (RGC) a alternativa a la catastral (RGA) elaborada por un técnico competente.
- 2.º Son supuestos obligatorios de aportación de representación gráfica (siempre RGA pues en Catastro no tienen todavía la finca creada)
 - Parcelación
 - Reparcelación
 - Concentración parcelaria
 - Segregación
 - División material
 - Agrupación o agregación
 - Expropiación forzosa
 - Deslinde
 - Ubicación de las Obras nuevas (tanto en construcción como finalizadas)
- 3.º Son supuestos obligatorios a aportación de RGC pues la LH exige coordinación inicial con Catastro los de Inmatriculación: aquí la regla general es RGC salvo que haya desplazamientos en el Catastro y se justifiquen con RGA
- 4.º Son supuestos potestativos de aportación de RGC o RGA los casos en que el interesado lo solicite en solicitud privada o por solicitud en la escritura relativa a la finca (venta, herencia, donación, etcétera)
- 5.º Se exige el inicio del expediente del 199 de la ley hipotecaria, con audiencia previa de colindantes, en los siguientes casos:
 - Inmatriculación
 - Inscripción de RGA en cualquier título o por solicitud privada
- 6.º No se inicia el expediente del artículo 199 LH en los siguientes casos:
 - Rectificaciones de cabida de una finca registral, inferiores al 5% con relación a la superficie inscrita, o cuando no exceda del 10% y se

aporte RGC: al quedar coordinada con la catastral, sólo se notifica a los colindantes a posteriori (a los únicos efectos de conocimiento, no se aceptan alegaciones en sede registral)

- Inscripción base gráfica conforme a catastro: Cuando la superficie es coincidente con la registral se coordina con catastro, (no se inicia expediente 199 LH, ni se notifica con posterioridad a la inscripción a los colindantes, salvo que consten colindantes registrales no catastrales)

7.º Dentro del procedimiento del artículo 199 LH:

1. La mera oposición de colindantes no es suficiente para la suspensión o denegación
2. Tiene que estar justificada documental y gráficamente, incluso si es la Administración
3. Existe mayor protección del colindante titular registral que el no inscrito o meramente catastral.
4. El registrador tiene que resolver motivadamente
5. El promotor tiene derecho a conocer las alegaciones del colindante opositor para poder proponer RG recortada
6. La existencia de servidumbres no impide la RG del perímetro de la finca
7. La regla general en caso de rechazo de la inscripción de la RG debe ser la suspensión, no denegación.
8. En caso de no inscripción, cabe conciliación, deslinde o pleito ante los tribunales

Finalmente, podemos afirmar como conclusión final que en caso de inscripción de la RGC o RGA tras el procedimiento del 199 LH, la descripción de la finca registral alcanza los efectos de prioridad, inoponibilidad, legitimación y fe pública registral propio de los principios registrales aplicables a los derechos inscritos.

BIBLIOGRAFÍA

- ARNÁIZ EGUREN, R. (1998): El concepto de finca y la trascendencia de su descripción en el Registro de la Propiedad y en el Catastro, Madrid, RCDI, núm. 645, marzo-abril
- DELGADO RAMOS, Joaquín. Sobre la necesidad de corregir un error crítico de diseño de la base de datos registral: (el mantenimiento del código de finca registral y la referencia catastral tras segregaciones y agregaciones). Boletín del Colegio de Registradores de España, ISSN 1135-0180, N.º 31, 2016, págs. 809-812
- DELGADO RAMOS, Joaquín. La Ley 13/2015: objetivos que proclama y reformas que introduce: estudio especial de la coordinación y descoordinación entre el catastro y el registro de la Propiedad: el desarrollo y la aplicación práctica de la ley. Boletín del Colegio de Registradores de España, ISSN 1135-0180, N.º 25, 2016, págs. 38-57 <https://regispro.es/todo-sobre-la-ley-13-2015/>

- FANDOS PONS, P (2022). Las repercusiones gráficas de los principios hipotecarios (I-VII) tras la ley 13/2015, de 24 de Junio. RCDI, núm. 794, noviembre-diciembre.
- FENECH RAMOS, J. (2017): Utilización de medios electrónicos para la descripción de los inmuebles, Madrid, RCDI, núm. 761, mayo-junio.
- GARCÍA GARCÍA, J. M. (1998): Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario, Madrid, Civitas.— (2016): La finca registral y el Catastro, Thompson-Reuters Pamplona, Civitas.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (2015): Grandes expectativas derivadas de la Ley 13/2015, de 24 de junio en relación con la coordinación del Registro de la Propiedad y el Catastro, Madrid, Revista CT: Catastro, núm. 84, agosto.
- VÁZQUEZ ASENJO, O. G. (2010): Aproximación a los principios gráficos hipotecarios, Barcelona, Bosch.

NOTAS

¹ Artículos de Francisco Corral Dueñas en materia agraria:

La propiedad de la tierra en los Textos Constitucionales

Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, ISSN 0210-0444, ISSN-e 2695-6314, Año n.º 79, N.º Extra 675, 2003 (Ejemplar dedicado a: Homenaje a Don Francisco Corral Dueñas), págs. 391-436

Funciones agrarias del Registro de la Propiedad

Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, ISSN 0210-0444, ISSN-e 2695-6314, Año n.º 79, N.º Extra 675, 2003 (Ejemplar dedicado a: Homenaje a Don Francisco Corral Dueñas), págs. 437-472

Los principios hipotecarios en las leyes agrarias

Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, ISSN 0210-0444, ISSN-e 2695-6314, Año n.º 79, N.º Extra 675, 2003 (Ejemplar dedicado a: Homenaje a Don Francisco Corral Dueñas), págs. 473-488

El Registro de la Propiedad en la regulación de la tierra rústica en España

Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, ISSN 0210-0444, ISSN-e 2695-6314, Año n.º 79, N.º Extra 675, 2003 (Ejemplar dedicado a: Homenaje a Don Francisco Corral Dueñas), págs. 489-564

La ordenación del territorio y el Registro de la Propiedad

Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, ISSN 0210-0444, ISSN-e 2695-6314, Año n.º 79, N.º Extra 675, 2003 (Ejemplar dedicado a: Homenaje a Don Francisco Corral Dueñas), págs. 565-584

La aportación registral al agrarismo

Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, ISSN 0210-0444, ISSN-e 2695-6314, Año n.º 79, N.º Extra 675, 2003 (Ejemplar dedicado a: Homenaje a Don Francisco Corral Dueñas), págs. 585-642

El agrarismo en la publicidad registral

Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, ISSN 0210-0444, ISSN-e 2695-6314, Año n.º 79, N.º Extra 675, 2003 (Ejemplar dedicado a: Homenaje a Don Francisco Corral Dueñas), págs. 643-678

La nueva Ley de Arrendamientos Rústicos y el Registro de la Propiedad

Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, ISSN 0210-0444, ISSN-e 2695-6314, Año n.º 79, N.º Extra 675, 2003 (Ejemplar dedicado a: Homenaje a Don Francisco Corral Dueñas), págs. 679-712

La protección registral de los montes vecinales en mano común

Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, ISSN 0210-0444, ISSN-e 2695-6314, Año n.º 79, N.º Extra 675, 2003 (Ejemplar dedicado a: Homenaje a Don Francisco Corral Dueñas), págs. 713-738

La agricultura de grupo en el Registro de la Propiedad

Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, ISSN 0210-0444, ISSN-e 2695-6314, Año n.º 79, N.º Extra 675, 2003 (Ejemplar dedicado a: Homenaje a Don Francisco Corral Dueñas), págs. 781-804

Comentarios a la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias

Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, ISSN 0210-0444, ISSN-e 2695-6314, Año n.º 79, N.º Extra 675, 2003 (Ejemplar dedicado a: Homenaje a Don Francisco Corral Dueñas), págs. 805-832

Régimen de las parcelaciones en suelo rústico

Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, ISSN 0210-0444, ISSN-e 2695-6314, Año n.º 79, N.º Extra 675, 2003 (Ejemplar dedicado a: Homenaje a Don Francisco Corral Dueñas), págs. 833-870

El agrarismo en la publicidad registral

Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, ISSN 0210-0444, ISSN-e 2695-6314, Año n.º 76, N.º 657, 2000 (Ejemplar dedicado a: Número conmemorativo del 75.º aniversario de la fundación de la revista), págs. 857-892

Régimen de las parcelaciones en suelo rústico (ADDENDA)

Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, ISSN 0210-0444, ISSN-e 2695-6314, Año n.º 75, N.º 652, 1999, págs. 1051-1058

Régimen de las parcelaciones en el suelo rústico

Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, ISSN 0210-0444, ISSN-e 2695-6314, Año n.º 74, N.º 649, 1998, págs. 1849-1882

Ayer y hoy del crédito agrícola

Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, ISSN 0210-0444, ISSN-e 2695-6314, Año n.º 73, N.º 640, 1997, págs. 961-972

² Resoluciones de 24 de octubre de 2016, 21 de marzo y 11 de mayo de 2018, 2 de enero de 2020.

El control de rentas en el arrendamiento como medida para el acceso a la vivienda a examen: necesidad de nuevas reformas legislativas¹

Rent control in lease agreements as a measure to facilitate access to housing under review: the need for new legislative reforms

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Profesora Titular de Derecho civil

Universidad Francisco de Vitoria.

RESUMEN: Ante la dificultad de acceder a una vivienda, debido a los altos precios y escasez de oferta de vivienda en alquiler, surge la medida del control de rentas. Con esta medida, introducida en España por la Ley 12/2023, de 24 de mayo por el Derecho a la Vivienda (LDV), se pretende regular los precios de los arrendamientos con el fin de que más personas puedan alquilar. Sin embargo, en este artículo, y después de un análisis de anteriores experiencias europeas, y de los resultados de los dos últimos años en España, tras la aprobación de la LDV, podemos concluir que esta medida es ineficaz, y ha conseguido justo el efecto contrario al pretendido. Además, no deja de ser cuestionable su validez y licitud por afectar al contenido esencial de derecho de propiedad. Todo ello, analizado críticamente en este trabajo, nos lleva a plantear la necesidad de buscar otras medidas alternativas, reformando el arrendamiento residencial, con el fin de aumentar la oferta de viviendas en alquiler. Se ofrecen propuestas para ello y se concluye con la necesidad de reforma de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre,

de Arrendamientos Urbanos (LAU), buscando nuevas alternativas al arrendamiento.

ABSTRACT: Faced with the difficulty of accessing housing due to high prices and a shortage of rental properties, the measure of rent control has emerged. This measure, introduced in Spain by the 2023 Right to Housing Act, aims to regulate rental prices so that more people can afford to rent. However, in this article, after analyzing previous European experiences and the results observed in Spain over the last two years following the enactment of the Right to Housing Act, we conclude that this measure is ineffective and has achieved precisely the opposite effect of what was intended. Moreover, its validity and legality are questionable, as it affects the essential content of the right to property. All of this, critically analyzed in this paper, leads us to propose the need to seek alternative measures by reforming residential leasing in order to increase the supply of rental housing. Several proposals are offered in this regard, and the article concludes with the need to reform the Urban Leases Act (LAU), exploring new alternatives for residential leasing.

PALABRAS CLAVE: Arrendamiento, control de rentas, derecho a la vivienda, propiedad privada inmobiliaria

KEYWORDS: Lease agreement, rent control, right to housing, real private property

SUMARIO: I. JUSTIFICACIÓN DEL CONTROL DE RENTAS EN EL ARRENDAMIENTO EN ESPAÑA. I.1. PRECIO DE LA COMPRAVENTA. I.2. PRECIO DEL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA. I.3. SITUACIÓN GENERAL DEL MERCADO DE VIVIENDA RESIDENCIAL.—II. EL CONTROL DE RENTAS EN LOS ANTECEDENTES EUROPEOS.—III. EL CONTROL DE RENTAS EN ESPAÑA. III.1. CATALUÑA, LA PIONERA EN EL CONTROL DE RENTAS. III.2. EL CONTROL DE RENTAS TRAS LA LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA (LDV).—IV. EFECTOS DEL CONTROL DE RENTAS EN ESPAÑA. IV.1. EFECTOS Y RESULTADOS ECONÓMICOS DEL CONTROL DE RENTAS DESDE LA APROBACIÓN DE LA LDV. IV.2. EFECTOS JURÍDICOS: EL CONTROL DE RENTAS COMO LIMITACIÓN DOMINICAL.—V. PROPUESTAS DE MEJORA ANTE LA INEFICACIA DEL CONTROL DE RENTAS. V.1. PROPUESTAS RELATIVAS AL CONTROL DE RENTAS. V.2. PROPUESTAS GENERALES QUE ESTIMULEN LA OFERTA DE VIVIENDA EN ALQUILER. V.3. PROPUESTA DE REVISIÓN DE LA TIPOLOGÍA DE LOS ARRENDAMIENTOS: HACIA NUEVOS TIPOS DE ALQUILER RESIDENCIAL.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. JUSTIFICACIÓN DEL CONTROL DE RENTAS EN EL ARRENDAMIENTO EN ESPAÑA

La vivienda es un bien escaso. Como tal bien escaso, su precio es elevado y se sitúa lejos del alcance de la mayoría de la población española. Pero, además, es un bien necesario para el desarrollo de la persona y, en consecuencia, todos necesitamos poder acceder a una vivienda digna. Por eso, la dificultad para acceder a ella, por lo elevado de su precio, se está convirtiendo en uno de los mayores problemas sociales de España en los últimos años.

¿Por qué es tan difícil acceder a la vivienda?

Dos son las principales formas de tenencia en España: la propiedad y el arrendamiento.

La vivienda en propiedad supone un 75,4 % frente a la vivienda en alquiler que se sitúa en torno a un 16% (más el 8,8% de cesiones o alquileres sociales)². El aumento de precio tanto de la compraventa como del alquiler genera una cada vez mayor dificultad para el acceso a la vivienda. El precio de compra de la vivienda está situado en máximos nominales históricos y sigue subiendo, a pesar de los intentos por frenarlo. El precio del arrendamiento también sube de manera casi descontrolada.

I.1. PRECIO DE LA COMPRAVENTA

Según el estudio de Caixabank de 2024³, el valor de tasación de la vivienda libre avanzó un 1,6% intertrimestral en el segundo trimestre (2T) 2024 (1,3% en el 1T), aunque el valor de tasación está todavía por debajo de su máximo histórico, que fue en 2008, cuando se desarrolló la burbuja inmobiliaria en nuestro país.

En términos interanuales, el precio de la vivienda aumentó un 5,7% en el 2T 2024 (4,3% en el 1T). Pero es que, según el recién publicado Índice de Precios de la Vivienda del INE, en el primer trimestre de 2025, el precio medio de la vivienda libre ha subido un 0,9% situándose la tasa de variación anual del IPV en un 12,2% respecto del año anterior, colocándose en valores muy parecidos a 2007, con el boom y burbuja inmobiliaria. El precio de la vivienda ha subido un 3,5% respecto del último trimestre 2024⁴.

De igual forma, el estudio de Idealista de este año 2025, para el primer trimestre, recoge estos datos: En el mes de junio 2025 el precio medio de la compra de vivienda en España se ha situado en 2438 €/m² lo que supone un incremento del 14 % respecto del mes de junio del año pasado⁵.

A la vez, el número de compraventas sigue creciendo, después de la parada de 2024. En la primera mitad del año 2024, se cerraron unas 299.200 transacciones de vivienda según el INE, lo que supone una caída del 4,5% interanual frente

al mismo periodo del año pasado. No obstante, se trata de un nivel de actividad elevado, teniendo en cuenta que permanece un 30% por encima de los niveles de actividad prepandemia. Pero, en el primer trimestre de 2025, se ha producido un repunte del número de compraventas, subiendo un 13,7% interanual en el 1T 2025 (frente al 9,9% en 2024) y alcanzaron las 673.000 operaciones en los últimos doce meses hasta marzo, superando las cifras posteriores a la pandemia en 2022.⁶

Las razones de que se mantenga la demanda de vivienda, e incluso de que siga subiendo, y de que se venda todo lo que se ofrece, y el repunte mencionado, se encuentran en que existe una fuerte creación de empleo; un flujo migratorio muy importante (2 millones de personas en los últimos 2 años, tanto de no residentes como de residente); la situación financiera de los hogares es favorable debido al control de la inflación y al aumento de la renta disponible que les permite mayor disponibilidad para la compra; el desajuste con la oferta de vivienda nueva (escasa); y en el último año se está produciendo un descenso de los tipos de interés, que rebaja la financiación hipotecaria, incentivando el crédito para adquirir vivienda, que ha crecido un 35,4% en el interanual del 1T 2025.

Todo ello ha hecho que se haya producido ese aumento de la demanda, y del precio, en el año 2024, y 1T 2025. Se prevé que el precio de la vivienda continúe en su escala ascendente, debido a ese desajuste entre la oferta/demanda. A ello contribuye el descenso de los tipos de interés (empujará a más compra y mayor financiación y aumento de la demanda) y a una mayor subida en las compraventas en municipios con mayor población o turísticos (más demanda).

En concreto, el informe de CAIXABANK RESEARCH prevé “una revisión al alza de nuestras previsiones: estimamos unas 670.000 transacciones en 2025 y 683.000 en 2026. En cuanto a los precios, prevemos un crecimiento del 9,0% en 2025 y del 5,7% en 2026 (+3,1 y +2,7 p. p. respecto a la previsión anterior), según el indicador MIVAU”⁷.

Por lo tanto, existe una escasez de oferta, y un aumento de la demanda, lo que irremediablemente conduce a un incremento en el precio de las compraventas. Este modo de tenencia (la propiedad) se prevé cada vez más difícil en el corto plazo, dificultando el acceso a la vivienda de los españoles, sobre todo de aquellos que tienen más dificultades para obtener la financiación necesaria (jóvenes y vulnerables).

I.2. PRECIO DEL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA

Como hemos dicho, solo el 16,1% de los hogares españoles están en régimen de tenencia de alquiler, a pesar de ser una forma de tenencia, en principio, de

más fácil acceso (puesto que no hay que financiar su adquisición), más flexible (pues permite el cambio de vivienda por diferentes motivos) y, en teoría, de más barato mantenimiento (pues no es necesario hacer frente a los gastos derivados de la propiedad: impuestos, tasas y comunidad de propietarios). A pesar de ello y, como ya hemos adelantado, no consigue despegar y ser una alternativa sólida a la propiedad.

Las razones para esto, probablemente, sean lo elevado del precio de la renta en comparación con los ingresos medios de una familia y, en segundo lugar, la escasez de oferta válida y de seguridad jurídica para el propietario.

Con respecto al primer motivo: El precio de alquiler de la vivienda también ha alcanzado las máximas previsiones y nunca se había tenido que dedicar tanto esfuerzo a la renta del alquiler en España. Y la tendencia es que siga al alza.

Hay que señalar que en los últimos años y desde 2015 se ha producido un incremento de la renta del alquiler en torno a un 23% según el MITMA, con datos hasta 2021⁸. Según el estudio realizado por CAIXABANK en 2024, con precios actualizados hasta 2023, el incremento de la renta de las viviendas de alquiler entre 2017 y 2023 se sitúa en el 22,7%. Este incremento de los precios de vivienda en alquiler no se ha correspondido con el aumento de los salarios en España, que han crecido, en el mismo periodo y según la misma fuente del MITMA, en torno a un 6,3%, mientras que CAIXABANK lo sitúa en el 11,9% hasta este año 2023⁹.

En el informe de IDEALISTA, para el primer trimestre del 2025, se confirma esa tendencia al alza y se alcanzan nuevos máximos históricos del precio del alquiler en España. De este modo, se ha producido un incremento del 9,7% anual con respecto a junio de 2024 y, en el último trimestre de este año, ha seguido subiendo un 4,4%, alcanzando el precio medio del metro cuadrado la nunca vista cantidad de 14,6 €/m², en junio 2025¹⁰.

Se constata que el precio del alquiler ha subido muy por encima de los salarios, que en lo que llevamos de 2025 han aumentado un 3,8% respecto al año anterior, según los resultados del primer trimestre de la Encuesta Trimestral de Coste Laboral (ETC), que ha publicado el Instituto Nacional de Estadística¹¹.

Esto unido a que las familias que viven de alquiler normalmente son las de rentas más bajas (frente a los propietarios), pone de relieve la existencia de una brecha casi insalvable para el acceso a la vivienda en alquiler.

La tasa de sobreesfuerzo para el pago de la renta del alquiler se sitúa en torno al 31% en España en el segundo trimestre del 2024, muy por encima de la correspondiente para la vivienda en propiedad.

Por otra parte, y en segundo lugar, tal y como hemos apuntado, existe una escasa oferta de viviendas en alquiler para la demanda creciente de los últimos años. Entre 2015 y 2019 creció muchísimo la demanda de alquileres de mercado (610.000) superando la creación neta de hogares en esos años (385.000),

aunque en los últimos años se ha estabilizado, situándose la vivienda de alquiler de mercado en torno a ese 15-16% ya señalado. La escasez de oferta se pone de manifiesto sobre todo en las grandes ciudades, y en los sitios turísticos, donde la alta rentabilidad del arrendamiento turístico ha ido desplazando al arrendamiento de vivienda tradicional. El propietario prefiere —cuando puede— arrendar su vivienda como turística antes que como vivienda permanente.

No hay suficiente vivienda de alquiler para la demanda existente. Esto se complica más cuando a esta poca oferta de viviendas de alquiler de mercado se une el hecho de que, en España, la oferta de viviendas de alquiler social se sitúa solo en un 1%¹².

I.3. SITUACIÓN GENERAL DEL MERCADO DE VIVIENDA RESIDENCIAL

De todo lo que se acaba de exponer, se aprecia claramente que, a nivel general de todo el mercado de la vivienda (tanto propiedad como alquiler), existe una escasa oferta y una elevada y creciente demanda que condicionan el fracaso del acceso a la vivienda.

En efecto, la oferta de vivienda es escasa, aunque se aprecia que está aumentando gradualmente, pero sigue mostrándose mucho más débil que la demanda. En el primer trimestre 2025, han aumentado los visados de obra nueva hasta un 19,4% interanual, llegando a construirse 133.000 viviendas acumuladas en 12 meses, mejorando las cifras de 2024.

El estudio de CAIXABANK¹³ prevé que esta tendencia alcista continúe. A pesar de ello, seguimos muy lejos de construir viviendas suficientes que satisfagan la necesidad real de al menos 500.000 viviendas que existe en España, y por debajo de los nuevos hogares que se prevé que se generen en 2025, lo que, sin duda, contribuirá a que los precios sigan subiendo.

Por eso, y a pesar de estos datos esperanzadores, la oferta no aumenta suficientemente, no crece al ritmo deseado. Probablemente, ello se deba a causas estructurales del sector: falta de suelo urbanizable, falta de mano de obra cualificada, lentitud en el proceso administrativo de concesión de licencias y visados, los cambios regulatorios constantes; a los que hay que añadir, por otra parte, y en los últimos años, como causas coyunturales, el incremento en los materiales de construcción y energía que repercuten en ello, elevando los costes de producción de manera exponencial.

Pero es que, además y, por otra parte, sigue creciendo la demanda de nuevos hogares¹⁴.

La mayor demanda proviene de las nuevas necesidades demográficas que se describen en el estudio de CAIXABANK como las siguientes: a) principalmente

el aumento de la población activa por la inmigración que requiere vivienda¹⁵. b) La concentración de empleo en determinadas ciudades/y comunidades autónomas, que hace que el número de ocupados se haya concentrado en unas pocas comunidades y dentro de ellas en sus principales provincias y núcleos urbanos; elevándose la demanda de vivienda, pues, por el contrario, existen grandes áreas con viviendas vacías casi todas situadas en zonas rurales; c) Aumento del turismo. El aumento del turismo genera demanda de más servicios de habitación que se cubren mediante el aumento de las plazas hoteleras y alojamientos turísticos de todo tipo y que, gracias a los arrendamientos turísticos, se retraen del mercado inmuebles que podrían destinarse a vivienda; d) La compra de viviendas por los extranjeros. De las 583.042 viviendas adquiridas en España en 2023, 87.340 fueron adquiridas por extranjeros, una cifra que posiblemente infravalora su impacto puesto que algunos compradores tienen doble nacionalidad.

Todo ello, y según el estudio citado, conduce a una previsión de creación de 330.000 nuevos hogares por año, en la proyección 2024-2028. Esta previsión ha subido, pues antes estaba en 215.000 hogares. Los hogares serán cada vez más pequeños (de 2,5 habitantes por hogar a 2,3 en 2029), pero más numerosos por el aumento de la población.

En definitiva, no hay suficiente oferta de vivienda y la demanda sigue subiendo. Se está produciendo la tormenta perfecta; un gap insalvable entre la demanda y la oferta de vivienda, cualquiera que sea su forma de tenencia. Y, como consecuencia de las más elementales reglas de la economía, con esa escasez de oferta y un aumento paulatino de la demanda, el precio, hipersensible a ambos factores, se eleva irremediablemente.

De este modo, y como avanzamos al inicio de este apartado, las tenencias tradicionales, propiedad y arrendamiento, empiezan a ser inalcanzables, generando con ello un problema social importantísimo, pues el acceso a una vivienda digna (tal y como proclama nuestra CE como principio rector de las políticas públicas), se pone en entredicho.

Los gobernantes, para dar debido cumplimiento al mandato constitucional, buscan soluciones, medidas y alternativas que frenen esta tendencia alcista de los precios, y que aumente la oferta de viviendas. Baste ver el anuncio de octubre del año pasado de la Generalitat de Catalunya de construir 50.000 viviendas públicas antes de 2030¹⁶, o los anuncios electorales del PSOE de generar viviendas¹⁷, o el Pacto Regional para la vivienda 2024 de la CAM que prevé diversas deducciones, y ahorros fiscales para los propietarios y los arrendatarios de vivienda.

Además de procurar un aumento de la oferta, con más vivienda pública, liberación de suelo, —que debería repercutir en la bajada o control de precios de la vivienda—, el gobierno ha decidido intervenir en el mercado del alquiler a través de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la Vivienda (LDV).

En concreto, en lo que atañe a este trabajo, una de las medidas estrella ha sido intervenir en el precio de la renta de alquiler, de todos los alquileres durante tres años, y de aquellos que estén situados en zonas tensionadas, de forma indefinida. ¿Está debidamente justificada la medida de control de rentas de alquiler a la luz de todos estos datos? Parece que en ellos encuentra justificación, pues la dificultad de acceso a la vivienda en alquiler por sus elevados precios hace que, al menos *a priori*, se vea con buenos ojos una medida de control de sus precios. El elevado precio del alquiler por la escasez de oferta y aumento de la demanda justificaría la medida de control de precios.

Pero ¿es útil esta medida? Trataremos de responder a estas cuestiones en los siguientes epígrafes.

II. EL CONTROL DE RENTAS EN LOS ANTECEDENTES EUROPEOS

El legislador español no ha sido innovador al establecer la medida de control de rentas de los alquileres. Esta medida ya se ha utilizado a lo largo de la historia en diversos países, si bien, hemos de señalar que sin mucho éxito. A pesar de ello, ha sido la opción elegida ante el incremento incesante de los precios del alquiler en nuestro país, tal y como ha recogido la Ley 12/2023, de 24 mayo, por el Derecho a la Vivienda (LDV)¹⁸.

El Banco de España¹⁹ realizó un interesante estudio de derecho comparado, en el que analizaba las distintas limitaciones y el control de precios de los alquileres que se han producido en Europa y Estados Unidos y sus efectos.

Como conclusiones claves de ese estudio se puede decir que el control de rentas y de los incrementos de rentas de alquiler, tradicionalmente, se ha producido en momentos históricos concretos, coyunturales, que así lo demandaban. Por ejemplo, cuando se producen situaciones de escasez de vivienda y/o un alto periodo inflacionista, como fue la situación tras la Primera y Segunda Guerra Mundial, o en los años 70, donde se limitaron los incrementos de renta conforme a Índices de Precio al Consumo (IPC) o similares, por la elevada inflación debida a los incrementos de precios petrolíferos.

A priori, el control de rentas de alquiler parece tener efectos positivos, ya que es una medida que va a contener el crecimiento de los precios, pues esa es su finalidad. Como afirma KHOLODILIN²⁰, “su efecto previsto es garantizar una vivienda asequible”. Entre estos efectos positivos, destacamos los siguientes:

- Puede estabilizar el mercado residencial equilibrando la oferta y demanda, evitando que los precios de alquiler se disparen y generen situaciones de vulnerabilidad económica; impidiendo que se llegue a la gentrificación y desplazamiento de poblaciones vulnerables.

- Facilita el acceso a la vivienda: Facilita el acceso a la vivienda para personas con ingresos limitados, garantizando que la renta no supere un porcentaje de sus ingresos. Las clases más desfavorecidas son las que resultan más beneficiadas con el control de rentas al arrendamiento.
- Proporciona mayor transparencia y previsibilidad en el mercado de arrendamiento. La creación de un sistema de índices de precios de referencia también actúa como un límite máximo aplicable para determinar la renta inicial del contrato, proporcionando esa transparencia y seguridad en el mercado, pues ya se conoce, desde el inicio, la posible variación o incluso el precio máximo de la renta.
- Exige la contraprestación de incentivos para propietarios: Al limitar los ingresos, como contrapartida, se deben ofrecer otros incentivos para los propietarios que alquilen sus viviendas a precios asequibles, como deducciones fiscales o ayudas directas. Esto supone una compensación para los propietarios, que pondrán sus viviendas en alquiler con mayor facilidad.

Los beneficios de regular el mercado de alquiler son importantes y deseables; si se cumplieran todos ellos, no habría duda de su utilización e implementación como medida para frenar el alza del precio del alquiler. Pero, analicemos qué es lo que ha ocurrido en países de nuestro entorno cuando han aplicado algún sistema de control de precios.

En Alemania²¹ se introdujo en 2015, a escala federal, el denominado *Mietpreisbremse*, “que autoriza a los gobiernos de los *landers* a permitir que los municipios establezcan controles de precios a los alquileres en zonas tensionadas, durante un periodo de cinco años.” Con esta medida, se fijó como precio máximo del alquiler la media de las rentas del alquiler de viviendas similares en el mismo municipio durante los últimos cuatro años más un 10 %, para todas las viviendas construidas antes de 2014. A pesar de ello, no se solucionó el tema del precio del alquiler, y en ciudades como Berlín, en 2020, se aprobó una nueva legislación, denominada *Mietendeckel*, que introdujo un precio máximo del alquiler de vivienda y la congelación de las rentas del alquiler durante un periodo de cinco años. Esta legislación “establece un precio de referencia, en términos de euros por metro cuadrado, cuyo nivel no debe sobrepasarse en los contratos de arrendamiento de viviendas construidas con anterioridad a 2014, permitiendo la actualización de las rentas del alquiler a partir de 2022, de acuerdo con la evolución del índice de precios de consumo”.

Según el mismo informe citado, en Francia²² hubo sucesivas reformas legales topando los precios del alquiler. Desde 1989 se limitan los incrementos de las rentas al IRL (*Indice de Référence des Loyers*), que desde 2006 se vincula al IPC francés. Posteriormente, en 2014 con la Ley Alur (*Accès au Logement et à*

un *Urbanisme Rénové*), se regularon los niveles máximos de rentas de alquiler. Se establecía una limitación al precio en relación con unos índices de precios de referencia por metro cuadrado por tipo de vivienda comparable y área de localización. Dicho límite se establecía en un 20 % del alquiler mediano observado entre el *stock* de viviendas comparables arrendadas en una determinada zona. En 2019 entró en vigor la Ley *Elan*, que permite de nuevo la regulación del nivel máximo de alquileres y que ha estado vigente hasta 2023 (5 años de duración). Las ciudades que quieran acogerse a la normativa limitarán las subidas del alquiler a un 20% sobre un nivel de precio medio de referencia, teniendo en cuenta criterios como metros cuadrados, localización, calidad, número de habitaciones etc., en todos los nuevos contratos de alquiler, tanto de viviendas ya arrendadas como de primeros arrendamientos.

Otro ejemplo cercano al control de rentas por parte de los gobiernos lo encontramos en Suecia²³, donde existe un mercado regulado del alquiler desde el final de la Segunda Guerra Mundial. Las condiciones de alquiler para los propietarios privados (ciudadanos particulares que poseen un piso) son muy concretas, están supervisadas por la administración y limitan los contratos a no más de un año de duración. El casero debe justificar causas objetivas para derivar su vivienda al alquiler, como un trabajo fuera de su ciudad. A cambio, el estado ofrece un catálogo de viviendas públicas destinadas exclusivamente al alquiler (*hyresrätt*). Son apartamentos que se conceden a perpetuidad, o en viviendas nuevas, un mínimo de 15 años y cuya renta varía en función, no de la lógica mercantil, sino de un “valor utilitario”. Es decir, el precio que se paga a final de mes está determinado por cuestiones objetivas como la localización, el tamaño, la distribución y otras especificaciones técnicas, con el fin de que toda vivienda con características similares se oferte a un precio equitativo y que las rentas sean accesibles a la mayor parte de la población (no pueden superar el 30% de los ingresos del inquilino). Además, se establecen los incrementos máximos de las rentas solo cuando se produzca un cambio en la utilidad del piso. Los propietarios e inquilinos pueden pactar libremente el precio, pero, los inquilinos de primera mano están representados por sindicatos de inquilinos que son los que negocian de forma colectiva los precios con los propietarios (el más importante es *Hyresgästföreningen*). Estos eliminan las cláusulas abusivas que podrían imponerse a un usuario individual y siempre con la mediación y supervisión de entidades públicas. Si bien, el inquilino puede considerar que la renta de su vivienda es excesiva en relación con el precio de referencia estimado en la negociación colectiva para una vivienda con un valor de utilidad equivalente a la suya. En ese caso, el inquilino tiene capacidad de elevar la cuestión al tribunal regional del alquiler (*Rent and Tenancy Tribunal*) que usa como referencia el sistema de precios negociado de forma colectiva²⁴.

El 40% de los inquilinos en Suecia está sometido a este sistema. El estricto control ha permitido, en principio, que el alquiler suba en los 10 últimos años de forma moderada: un 19% cercano a la inflación del 12 %²⁵. Sin embargo, la dificultad de acceder a estos pisos se manifiesta en que existe un tiempo de espera de unos veinte años desde que se “apuntan” en la lista, y hay más de 500.000 personas en esa lista.

Conclusión de estas experiencias:

Los diferentes estudios²⁶ muestran que tal medida tiene un efecto inmediato positivo, pues mejora el bienestar del inquilino que ve cómo el precio se modera, pero, sin embargo, a medio y largo plazo, los efectos son contrarios al bienestar social²⁷.

De este modo, podemos decir que el control de rentas de alquiler ha producido más efectos negativos que positivos, sobre todo teniendo en cuenta las consecuencias sostenidas en el tiempo y a medio/largo plazo. Estos efectos adversos se pueden resumir en los siguientes:

1. Descenso de oferta: el número de pisos en alquiler ha descendido, los propietarios huyen de estas medidas, porque no les compensa seguir alquilando, por la baja rentabilidad, y optan en ese caso por cerrar o vender sus viviendas. Se castiga al propietario que necesita esas rentas para su propia hipoteca o para pagarse una residencia y, en consecuencia, sale del mercado²⁸.
2. Esto conlleva una desinversión inmobiliaria: el propietario se plantea deshacerse de su inversión, mediante la venta. Al reducir la rentabilidad futura de los propietarios, se desincentivan inversiones futuras, tanto en los pisos ya existentes como en los aún por construir. Desinversión que se produce también en el mantenimiento de la vivienda, pues no es rentable rehabilitarla y mejorarla cuando las expectativas de recuperar esta inversión son bajas.
3. Precios más altos: la renta media se ha encarecido a medio plazo, por falta de oferta. Siempre que se regule el precio de un bien por debajo del punto de equilibrio que dicta la ley de la oferta y la demanda se producirá escasez de oferta con respecto a la demanda de dicho bien²⁹.
4. Se ha fomentado un mercado negro del alquiler, en el que se elevan las rentas, así se escapan de los controles, pero se perjudica a las clases más desfavorecidas y personas vulnerables que no tienen acceso a ellos³⁰.
5. Desigualdad social: se crean zonas diferenciadas de alquiler, viviendas de calidad inferior en las zonas controladas y más caras lo que reduce el bienestar de los inquilinos³¹.

A la vista de todos los casos expuestos, comprobamos cómo el riesgo de obtener una escasa rentabilidad de las viviendas en alquiler, debido al control de

precios, es, no solo un riesgo claro para el propietario, sino para toda la sociedad, y la economía del país.

Lejos de ser la solución al problema del difícil acceso a la vivienda, parece empeorarlo en muchos aspectos. Sin embargo, el legislador español parece obviar estos resultados, y ha seguido la senda del control de precios de alquiler y el control de los incrementos anuales como medida estrella para frenar el alza de las rentas.

III. EL CONTROL DE RENTAS EN ESPAÑA

A pesar de lo que se acaba de exponer, y viendo el fracaso internacional de estas medidas, el legislador español sigue apostando por ellas, como medidas de protección del arrendatario y para favorecer el acceso a la vivienda.

Vamos a analizar, a continuación, cuáles han sido las medidas propuestas y adoptadas por el legislador español sobre el control de rentas de los arrendamientos, tanto y de forma pionera en Cataluña, como en la actual Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la Vivienda (LDV) para toda España.

III.1. CATALUÑA, LA PIONERA EN EL CONTROL DE RENTAS

Fueron los catalanes los primeros en sugerir el control de rentas del alquiler residencial. En primer lugar, el Decreto Ley 9/2019, de 21 mayo, de medidas urgentes de contención de rentas en los contratos de arrendamientos de vivienda, propuso un tope máximo en las rentas de alquileres situados en zonas declaradas de mercado tenso, del 10 % del precio marcado por el sistema de índice de referencia de precios de alquiler de Cataluña³², que podía elevarse al 20% si se trataba de viviendas de nueva construcción o rehabilitadas. Esta norma no salió adelante, pues no fue convalidada por el Parlamento catalán.

Posteriormente, se aprobó la Ley 11/2020 de Cataluña, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda, que planteó topes máximos y límites en las rentas de los alquileres de vivienda en zonas tensionadas³³. Esta norma se declaró inconstitucional por el Tribunal Constitucional que, en su sentencia 37/2022, de 10 marzo, entendió que invadía las competencias estatales reservadas en el artículo 149.1.8 CE, pues Cataluña no tiene competencia en las bases de las obligaciones contractuales (cercena el principio general de obligaciones de la autonomía voluntad de las partes, y no puede limitarla con las rentas), existiendo una disparidad entre la legislación foral y la estatal, y declaró nulos muchos de los preceptos de contención de rentas.

No obstante, se aplicó durante un año y medio, y las consecuencias de estos límites fueron negativas, ya que se produjo un aumento en el precio de la renta de viviendas, se redujo la oferta, y se crearon mercados negros del alquiler; como vemos los mismos efectos negativos que ya se produjeron en Europa. En concreto, y como afirman GARCIA MONTALVO³⁴ y otros, se “observan un efecto a la baja en el precio del alquiler agregado del 5%, concentrado en las viviendas caras, y en contraste un aumento significativo en las viviendas más baratas que tendieron a pegarse al “techo” marcado por el índice de referencia.” Y, además, “el estudio encuentra un descenso en la oferta de alquiler de alrededor de un 10% de menos contratos firmados, concentrado en las viviendas caras.”

Todo ello, y siguiendo lo establecido en el artículo citado dirigido por GARCÍA MONTALVO, puede llevar a las siguientes nocivas consecuencias:

- Una subida de los precios y, además, que se produzca un traslado de las viviendas de alquiler a la venta, solo accesibles para los hogares de más ingresos.
- Que se produzca una reducción en la construcción futura por falta de incentivos.
- Que se desplace la demanda a zonas o ciudades limítrofes (donde sí suben los precios).
- Bajada de la calidad media de los inmuebles para el arrendamiento porque los mejores no se ponen en alquiler, sino que se trasladan a la venta.

Además, hay que señalar como consecuencia inmediata que el nivel de incumplimiento de los topes en las rentas de alquiler fue alto, produciéndose un mercado negro paralelo del alquiler, que evitaba esta regulación.

III.2. EL CONTROL DE RENTAS TRAS LA LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA (LDV)

Después y con carácter general, el legislador central copia esta medida introducida (sin éxito) por el legislador catalán y decide establecer también un sistema de control de precios de la renta de alquiler y su incremento para toda España.

El legislador ha introducido dos sistemas de control de rentas en los alquileres en España:

- 1) Un tope a los incrementos de las rentas del alquiler

Tradicionalmente, en España y en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (LAU), el incremento de la renta del alquiler ha tenido siempre un control y se ha referenciado, tras el primer año de contrato, a un incremento máximo del IPC, o del Índice de Garantía de Competitividad (actual artículo 18 LAU)³⁵. No es una novedad en nuestros contratos de arrendamiento,

pero, en los últimos años, y con la confirmación posterior de la Ley por el Derecho a la Vivienda, se han convertido en una exigencia legal mucho más clara.

De este modo, el control del incremento de rentas de alquiler, previsto con normalidad en la LAU, se impuso de manera urgente y extraordinaria en el Real Decreto Ley 6/2022, de 29 de marzo, de medidas para afrontar las consecuencias de la guerra de Ucrania, con el fin de aliviar los efectos nocivos que la crisis y el incremento de la inflación y del IPC (o del índice de Garantía de competitividad ligado al incremento de la renta, artículo 18 LAU), en España, estaba ocasionando en los bolsillos de los arrendatarios.

Así, el artículo 46 del Real Decreto Ley 6/2022, de 29 marzo, por el que se adoptaban medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, estableció por primera vez topes fijos al incremento de renta de alquileres para los años 2023 y 2024. Este tope se estableció con carácter general para todos los arrendamientos de vivienda en el 2% para el año 2023, y tras la actualización producida por la LDV³⁶, se concretó en el 3% para el año 2024.

Igualmente, se impuso la obligación de generar un nuevo tipo de referencia para los incrementos y regularizaciones de las rentas derivadas del arrendamiento en el futuro. La nueva Disposición Adicional Undécima de la LAU, introducida por la Disposición final primera de la LDV³⁷, ordenó la elaboración y publicación de ese nuevo índice de referencia para evitar incrementos desproporcionados en las rentas de los alquileres. De este modo, en diciembre 2024, se publicó por el INE el nuevo Índice de Referencia para la Actualización de Arrendamientos de Vivienda (denominado con las siglas, IRAV)³⁸. Todos los contratos posteriores a la entrada en vigor de LDV deben actualizarse conforme al mismo.

2) Control de los precios de arrendamiento en zonas tensionadas

Pero, además y, por otra parte, para los nuevos contratos de arrendamiento, el legislador también ha establecido unos máximos para la renta exigida, según se trate de viviendas situadas en zonas tensionadas, para todo propietario, o para un gran tenedor (propietario de al menos 5 inmuebles en dichas zonas)..

La nueva redacción del artículo 17 LAU, debida a la modificación establecida en la LDV³⁹, establece esos topes en las rentas de alquiler de viviendas en zonas tensionadas, en el apartado 6 para todos los propietarios, y en el 7 para los grandes tenedores.

a) 17.6 LAU: Control de precios en zonas tensionadas, y para todos:

- Los requisitos para que la renta anual de un alquiler resulte controlada y no pueda revisarse fuera de los parámetros que dice la Ley son: a) Que se trate de una vivienda situada en zona tensionada b) Que se suscriba un contrato de arrendamiento de vivienda habitual con posterioridad al 16 de marzo de 2024, fecha en que entró en vigor esta normativa c) Que en

los últimos cinco años se hubiera suscrito un contrato de arrendamiento de vivienda habitual en la misma vivienda.

– Control que se establece:

En estos casos, y cuando se cumplan esos requisitos no podrá establecerse un precio de renta de alquiler que exceda de “la última renta de contrato de arrendamiento de vivienda habitual que hubiese estado vigente en los últimos cinco años en la misma vivienda, una vez aplicada la cláusula de actualización anual de la renta del contrato anterior, sin que se puedan fijar nuevas condiciones que establezcan la repercusión al arrendatario de cuotas o gastos que no estuviesen recogidas en el contrato anterior”⁴⁰.

– Excepción: Sin embargo, se permite una actualización máxima del 10% de la renta en los siguientes casos: a) Que en los dos años anteriores al fin del contrato se hubiese hecho alguna obra de rehabilitación, mejora energética o accesibilidad. b) O bien, que la duración del contrato fuera de 10 o más años o con prórroga voluntaria hasta ese plazo.

b) 17.7 LAU. Control de rentas en zonas tensionadas y para grandes tene-dores:

En este caso, las restricciones para el aumento de la renta de los alquileres serán mayores, pues

a) Artículo 17.7.1: “La renta pactada al inicio del nuevo contrato no podrá exceder del límite máximo del precio aplicable conforme al sistema de índices de precios de referencia atendiendo a las condiciones y características de la vivienda arrendada y del edificio en que se ubique”. Por lo tanto, existe una limitación al precio de la renta, que nunca podrá ser superior al precio que establezca el nuevo sistema estatal de precios de referencia.

b) Artículo 17.7. 2: “Esa misma limitación se aplicará a los contratos de arrendamiento de vivienda en los que el inmueble se ubique en una zona de mercado residencial tensionado sobre el que no hubiese estado vigente ningún contrato de arrendamiento de vivienda vigente en los últimos cinco años, siempre que así se recoja en la resolución del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, al haberse justificado dicha aplicación en la declaración de la zona de mercado tensionada”.

En febrero de 2024 se aprobó este nuevo sistema para calcular la renta máxima de los nuevos contratos de arrendamiento en zonas tensionadas, a través del nuevo Sistema Estatal de Referencia de Precios de Alquiler de Vivienda (SERPA-VI), realizado por el Ministerio de Vivienda y Agenda Urbana (MIVAU), y que está disponible y con acceso libre en <https://serpavi.mivau.gob.es/>⁴¹. Entró en vigor el pasado 13 marzo 2024, para aquellas áreas calificadas como tensionadas

por las CCAA. Hay que recordar que, hasta la fecha, solo Cataluña y País Vasco han declarado zonas tensionadas en sus comunidades.

Es decir, se da carta de naturaleza al control de rentas para los alquileres situados en zonas tensionadas, que impiden la libertad de pacto y limitan la autonomía de la voluntad de las partes en un contrato de arrendamiento que, tradicionalmente, ha sido de negociación. Esta injerencia en las facultades dominicales, como luego veremos, es, a mi modo de ver, grave y pone en riesgo la propiedad privada inmobiliaria tal y como la conocemos hasta ahora.

Analizaremos, ahora, los efectos y resultados de estas medidas en España.

IV. EFECTOS DEL CONTROL DE RENTAS EN ESPAÑA

IV.1. EFECTOS Y RESULTADOS ECONÓMICOS DEL CONTROL DE RENTAS DESDE LA APROBACIÓN DE LA LDV

Corresponde que analicemos ahora, dos años después desde la entrada en vigor de la LDV, los efectos que estas medidas han tenido en el mercado. Como hemos dicho, hay que recordar que solo Cataluña y País Vasco han declarado zonas tensionadas en sus municipios, por lo que el seguimiento y cumplimiento de esta ley, ya desde el inicio, ha sido decepcionante. Pero, además, podemos comprobar cómo, desde su aprobación, no solo no ha mejorado el acceso a la vivienda, sino que los efectos perniciosos de esta norma han recrudecido el problema, debilitando el alquiler residencial, provocando una destrucción de la oferta de alquiler nunca vista hasta ahora y batiendo todos los récords de precios en prácticamente todas las provincias del país.

Como se afirma desde el Observatorio del Alquiler de la Universidad Rey Juan Carlos, “El alquiler residencial o de larga duración es hoy, dos años después de esta norma, el gran perjudicado, y esta escasez afecta día a día a los inquilinos de toda España, y especialmente a los inquilinos que residen en las zonas declaradas de mercado tensionados, cuyo epicentro es Barcelona”⁴².

La medida del control de rentas, unida a otras medidas que inciden y disminuyen la seguridad jurídica para el propietario (como la dificultad de recuperar la posesión ante personas vulnerables y okupas, la disminución de las garantías del cobro de la renta, y la dilación de los procesos posesorios) han hecho que, en estos dos años desde la entrada en vigor de la LDV, los propietarios hayan huido del mercado del alquiler.

Buscan situaciones más seguras y rentables para ellos, como la compraventa, alquileres turísticos⁴³, arrendamientos de temporada o incluso el de habitaciones que escapan al rígido control y régimen de la LAU modificada por la LDV; hasta prefieren dejar vacías sus viviendas⁴⁴. Y es que los enormes riesgos que supone

hoy en día alquilar una vivienda, como los riesgos de impago, recuperación de la posesión o escaso beneficio⁴⁵, provocan inseguridad jurídica que aleja al propietario del mercado del alquiler. Todo ello ha provocado una escasez de oferta, como decíamos al inicio de este trabajo, que se acompaña de una firme y ascendente demanda, que trae como consecuencia inevitable el alza de los precios.

Esto se comprueba con los datos que nos ofrece el informe del Observatorio del Alquiler: se ha producido una reducción en la oferta de viviendas alquiler residencial de 120.000 viviendas en los dos últimos años, y se prevé que siga disminuyendo en 2025, al menos unas 50.000 más. Es decir, si en 2022 la oferta de vivienda del alquiler era de unas 900.000, en 2025 se prevé que quede reducida a 700.000. Casi 200.000 viviendas menos para alquilar que antes de la entrada en vigor de la LDV.

Si la oferta se reduce, y busca vías alternativas de mayor seguridad y rentabilidad, la demanda, como ya dijimos, ha seguido creciendo en estos dos años, sobre todo desde la declaración de zonas tensionadas.

Ante este panorama, los precios de la renta del alquiler han subido. El incremento del precio medio del alquiler en estos dos años y para este informe se sitúa en torno al 25,5%, superando, por primera vez, la media de 1000 euros/mes.

Podemos concluir que los efectos de las medidas introducidas por la LDV son justamente los contrarios a los pretendidos: disminución oferta, aumento de la demanda e incremento exorbitante de los precios de alquiler. El acceso a la vivienda a través de esta forma de tenencia es mucho más difícil que hace dos años.

Y si nos fijamos en las zonas tensionadas (Cataluña y País Vasco), estos datos son todavía más significativos. Pues en ellas, la oferta se ha reducido en 12,5% en las zonas tensionadas, frente al 3,3% del resto de España, sin Cataluña y el País Vasco. La presión de la demanda en las zonas tensionadas es bastante superior a la del resto de España: frente a las sesenta y cinco personas interesadas por vivienda en España, en las zonas tensionadas se eleva la cifra a 255⁴⁶. Con respecto al precio del alquiler, en Barcelona, desde el primer trimestre de 2025, los precios han subido un 5,5% en la región, desde los 1.361€ hasta los 1.434€.

Creo que, con los datos sobre la mesa, poco más hay que añadir sobre los efectos negativos de las medidas de control de rentas en España, que podemos resumir en:

- Descenso de la oferta. El propietario se retira del mercado del alquiler residencial, buscando otras fórmulas más seguras. Como consecuencia de lo anterior, el número de viviendas para el alquiler residencial está disminuyendo. Existen unas 120.000 viviendas menos que hace dos años para alquiler residencial.

- Aumento de la demanda y de la presión de la demanda. Ante esa escasez de oferta, el número de interesados en un inmueble disponible es cada vez mayor.
- Todo ello hace que el precio del arrendamiento, lejos de controlarse, se haya disparado en un 25,5% en estos dos últimos años.

Todo ello, nos lleva a concluir que esta forma de tenencia, en principio, más barata, de más fácil acceso, a la que pueden aspirar las clases más desfavorecidas y los jóvenes que carecen todavía de capacidad para endeudarse, está fracasando hoy más que nunca. Podemos hablar de un declive del alquiler residencial como forma de tenencia.

Si bien es cierto que a estos resultados también contribuyen los otros riesgos señalados y la incertidumbre que rige el mercado del alquiler: no cabe duda de que la inseguridad jurídica que soporta el arrendador contribuye de manera clara a los efectos que estamos describiendo acerca de las medidas de control de rentas.

No podemos dejar de mencionar el nuevo informe de la Generalitat de Cataluña, del primer trimestre 2025, sobre los efectos que el control de rentas de alquileres ha tenido en el primer año desde la publicación de la LDV, (publicado el 18 junio de 2025), en esta comunidad, que ha declarado zonas tensionadas en las que los controles establecidos en el artículo 17.6 y 7 de LAU, introducidos por la LDV, son de plena aplicación.

Los resultados de este informe son sorprendentes y contradictorios con los que se acaban de exponer, ya que, en los 140 municipios donde se declararon zonas tensionadas, se comprueba que han caído los precios, pero también el número de contratos de arrendamiento nuevos, así como se han disparado los arrendamientos de temporada. En concreto, en Barcelona, el precio de los nuevos contratos cayó un 8,9% y el número de nuevos contratos un 22,5%. En el conjunto de todos los municipios tensionados, el precio ha caído un 4,9% y el número de contratos ha descendido un 21%⁴⁷.

Estos datos contrastan claramente con el informe del Observatorio del Alquiler, y ponen de manifiesto que el control de precios sí surte el efecto de neutralizar la subida. Esta primera contención de precios es lo normal en un primer momento, tras la implantación de la medida, como ya dijimos que ocurrió en otros países, aunque, probablemente, luego se incrementen. Pero, además, y como comenta NASARRE AZNAR⁴⁸, se debe a que los pisos que se ponen en alquiler son más pequeños ahora que antes y, por lo tanto, el precio del metro cuadrado descende. Habrá que esperar a ver la evolución real de estos precios.

En cualquier caso, la oferta de vivienda en alquiler se reduce y se constata el cambio de tipo de alquiler: una huida hacia los alquileres de temporada o incluso de habitaciones en detrimento del alquiler residencial. Todo ello evidencia,

de nuevo, el fracaso de este tipo de medidas e incluso del alquiler de vivienda residencial tal y como está configurado hasta ahora. Y, además, nos hace pensar en la necesidad de implantar nuevos cambios de la LAU que inviten, de nuevo, al propietario a poner los inmuebles en el mercado del alquiler residencial, otorgándoles mayor seguridad y rentabilidad.

Urge tomar nuevas medidas, hacer nuevas propuestas que fomenten el alquiler residencial, que mejoren la oferta, que es la que está cayendo en picado. Ello pasa, desde luego, por dar seguridad al propietario.

IV.2. EFECTOS JURÍDICOS: EL CONTROL DE RENTAS COMO LIMITACIÓN DOMINICAL

Además de los negativos efectos en el pretendido resultado de contener el precio del alquiler en España, considero que esta medida tiene otro importantísimo efecto negativo⁴⁹. El control de precios del alquiler supone, a mi juicio, una injerencia en la facultad de libre aprovechamiento del propietario, ya que no puede obtener todo el beneficio que le correspondería al verse limitado por ley. Considero que la medida de control de rentas es una nueva limitación dominical; afecta al contenido esencial del derecho de propiedad al impedir que el propietario ejercite libremente su facultad de libre aprovechamiento y disfrute.

Cuál es el contenido esencial del derecho de propiedad no es una cuestión fácil de determinar⁵⁰, pero, desde luego ha de partirse, como acertadamente señala ALONSO PÉREZ,⁵¹ de lo establecido en el artículo 348 del Código Civil, de las facultades propias que allí se mencionan: *ius utuendi*, *ius fruendi*, *ius disponendi* y *ius vindicandi*. El contenido del derecho de propiedad está constituido por facultades, no por cargas ni obligaciones, y atiende principalmente a un interés privado, individual, aunque se vea conformado o adaptado al interés general por medio de la función social. Atentar contra el contenido esencial del derecho de propiedad es atentar contra esas facultades, sea eliminándolas (el grado máximo de injerencia), o sea limitándolas o reduciéndolas, como creemos que es el caso, sin que esa limitación venga amparada por la función social.

La facultad de libre aprovechamiento y disfrute es una más de las facultades que se están limitando como consecuencia de la función social de la propiedad y su pugna con el derecho a la vivienda⁵². Un propietario tiene la facultad de destinar y utilizar el bien de su propiedad, y puede, en consecuencia, darle la función que considere conforme a su naturaleza, o su voluntad. De ahí, se deriva la facultad de disfrute del bien (*ius fruendi*), que permite usarlo conforme a un fin u otro y obtener —o no— por su uso, un provecho. No cabe duda de que el *ius fruendi*, o la facultad de obtener los frutos de la cosa de su propiedad, es una de las facultades propias e indiscutidas del dominio.

Limitar ese aprovechamiento puede considerarse una limitación de las facultades esenciales del dominio, y ser, en consecuencia, inconstitucional (artículo 33 y 53.1 Constitución Española), pues afecta al contenido esencial del derecho de propiedad, reduciéndolo⁵³. Por eso, entiendo que, si se limita de forma obligatoria la cuantía máxima de la contraprestación que debe pedirse al arrendatario por el uso de la vivienda (la renta), aún en contra de la voluntad del arrendador que tiene otras expectativas, se está invadiendo el contenido esencial del derecho de propiedad; en concreto, de una de sus facultades propias como es la disfrute⁵⁴. De este modo, se incide en la continua y constante reducción del derecho de propiedad en aras de la primacía del derecho a la vivienda, sobre la base de una mal entendida función social de la propiedad. Y es que, como afirma QUESADA PAEZ, “el derecho de propiedad no puede entenderse como un mero soporte funcional del interés público, sino como un derecho subjetivo con contenido económico patrimonial definido, cuyo vaciamiento exige una justificación intensa y proporcionada”; tal y como en ocasiones anteriores ha subrayado el Tribunal Constitucional, al afirmar que la intervención en los derechos fundamentales ha de hacerse de forma proporcionada y razonable, pero respetando siempre su contenido esencial, es decir, sus facultades propias. (SSTC 111/1983, 37/1987 y 152/1988).

Sin embargo, la reciente STC de 29 enero 2025, Rec. 5514/2023, sobre la inconstitucionalidad de la Ley por el Derecho a la Vivienda, no lo ha entendido así, y considera que se puede limitar la renta máxima, sin que ello afecte al contenido del derecho de propiedad, siendo una medida, por tanto, constitucional.

La tesis del Tribunal Constitucional se basa principalmente en: a) entender que la medida pretende mejorar o facilitar el acceso a la vivienda (por lo tanto, lo pone en relación, de nuevo, con este derecho), b) que lo que queda afectado con este control de rentas es una expectativa de beneficio económico para el propietario, que no forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad, pues este es reconocible sin el mayor beneficio que pudiera obtener; c) que se trata de una medida temporal y excepcional y d) que esta medida no produce perjuicio patrimonial a los propietarios porque no están obligados a alquilar sus viviendas si no quieren, ni a establecer precios antieconómicos.

Es cierto que el propietario no tiene por qué alquilar su vivienda, no es obligatorio ponerla en alquiler ni obtener rentas. Pero sí es una facultad propia del propietario, contenido típico del derecho de propiedad nunca discutido (la facultad de disfrute); otra cosa es que el propietario no quiera ejercitar esa facultad, pero no se le puede privar o limitar por una Ley, pues afecta a su contenido esencial (artículo 53.1 CE).

Además, ante el argumento de que el derecho de propiedad es reconocible aun sin ese “mayor beneficio económico que pudiera obtener”, hay que decir

que es cierto que la limitación de precios no hace irreconocible el derecho de propiedad, pero es que también sería reconocible el derecho de propiedad, aunque se suprimiera la facultad de disfrute entera. Esto es así por la abstracción del dominio, que supone que el derecho de propiedad existe independientemente de las facultades que lo componen y aunque se disponga o esté privado de alguna de ellas. No hay que mirar solo a la reconocibilidad del derecho según el momento histórico, sino atender también a sus caracteres esenciales que le hacen reconocible aún sin sus facultades esenciales. Lo relevante aquí no es tanto que el derecho sea reconocible, sino que se le priva o limita al propietario de una facultad, contra su voluntad, en aras de la función social para favorecer el acceso a la vivienda.

Y, por último, y clave en este asunto, frente al argumento de que es una forma de facilitar el derecho a la vivienda, una vez más, afirmamos que no puede reconducirse este tema a una pugna entre el derecho a la vivienda y el derecho a la propiedad inmobiliaria. Ambos derechos no son incompatibles; es más, procurando medidas de seguridad y ofreciendo garantías al propietario se facilitaría el acceso a la vivienda, pues este estaría dispuesto a poner en el mercado de alquiler residencial sus inmuebles. Un criterio de razonabilidad bien aplicado buscaría otras medidas que faciliten el acceso a la vivienda, evitando que este recaiga siempre como una carga y limitación en el propietario particular. El derecho a la vivienda podría también verse satisfecho por otros medios que no fuera el atacar el derecho de propiedad privada inmobiliaria.

Por eso, entendemos que, si se favorece al propietario, se le cuida, se le dan garantías, se proponen otras medidas, sin que se le perjudique constantemente, a lo mejor, el propietario pondría sus viviendas en alquiler, ampliando la oferta, y facilitando el derecho a la vivienda. Y eso sin olvidarnos de que la Constitución Española impone esa obligación a los poderes públicos, y no al propietario particular (artículo 47 Constitución Española); no podemos hacer descansar el acceso a la vivienda solo en los propietarios particulares.

V. PROPUESTAS DE MEJORA ANTE LA INEFICACIA DEL CONTROL DE RENTAS

Como acabamos de exponer, los resultados de estas medidas de tope de alquileres han sido negativos. El propietario ve limitadas las posibilidades de rentabilizar su inversión inmobiliaria y ello puede conducir a un retraimiento de la oferta y a que el propietario decida no poner más inmuebles en alquiler, prefiriendo la venta o incluso mantenerlos vacíos, por el resto de los riesgos de impago e “inquiokupación” que supone el alquiler de los mismos⁵⁵.

V.1. PROPUESTAS RELATIVAS AL CONTROL DE RENTAS

Por ello, ante la ineficacia de esta medida, proponemos las siguientes modificaciones sobre la medida del control de renta:

1. Abogamos por la eliminación de los topes establecidos en los alquileres de manera generalizada que se han establecido en España en los tres últimos años, reclamando que esta medida sea puntual, coyuntural, preferiblemente personalizada y con respaldo público. Considero que la necesaria ayuda al inquilino que no puede hacer frente a su arrendamiento debe solucionarse a través de un estudio particular de sus circunstancias, una negociación voluntaria con el propietario que decida rebajar o limitar sus ingresos y siempre teniendo como “red” a la administración pública que puede actuar como tercero, subvencionando, dando ayudas al alquiler o interviniendo como garante de los contratos de arrendamiento entre particulares que sean vulnerables.
2. En cualquier caso, y si no se eliminaran del todo esos topes, habría que aumentar las causas de revisión de los precios de esos alquileres, teniendo en cuenta tanto el cambio circunstancias del inmueble como del arrendatario.
3. Además, la solución no puede recaer solo sobre el propietario particular. El acceso a la vivienda es un tema de política social que, en consecuencia, debe solucionar la administración. Se trataría de aportar soluciones de colaboración público-privada, como por ejemplo en Suecia, donde el contrato de alquiler entre dos particulares viene precedido de una negociación colectiva con el ayuntamiento correspondiente. En esa negociación participan representantes del ayuntamiento y de cada una de las partes contractuales y en ella se establece un precio de alquiler anual de referencia según la zona, tamaño, calidad de la vivienda (las denominadas variables de utilidad) y el incremento máximo que se le puede asignar. De esta forma, los precios y sus modificaciones son libremente pactados por el arrendador y arrendatario, adecuados al mercado y a las necesidades, y supervisados por la administración para que sean justos⁵⁶. Nos parece una idea adecuada que podría tratar de promoverse en nuestro país, que respeta la relación contractual *inter privatos* y la libertad de contratación y mercado.
Pues de otro modo, estableciendo regulaciones rígidas y obligatorias, se vulnera el principio de autonomía de la voluntad de las partes, la libertad contractual, la equivalencia de las prestaciones; el contrato de arrendamiento se vuelve asimétrico y se aumenta la incertidumbre del cobro de la renta pactada, aproximándose a un contrato de riesgo⁵⁷.

4. Todo precio por debajo del punto de equilibrio, desestabiliza el mercado. Por lo tanto, y como consecuencia de las más simples reglas de la economía, deben ajustarse los precios al mercado, a la oferta y demanda real. Si la limitación del precio del alquiler no está dando resultados es, precisamente, porque un precio por debajo del precio de equilibrio desestabiliza el mercado. Como consecuencia de esos precios inferiores, decrece la oferta, y si aumenta o se mantiene la demanda, el precio final real experimenta un incremento importante. Por eso, hay que dejar que el mercado regule los precios y respetar el punto de equilibrio.

V.2. PROPUESTAS GENERALES QUE ESTIMULEN LA OFERTA DE VIVIENDA EN ALQUILER

Si limitar la facultad de disfrute no es la solución, ya que el control de rentas parece que no da los resultados previstos, nos planteamos qué medidas deberían tomarse para conseguir frenar el crecimiento sin límite de las rentas arrendaticias y mejorar el acceso a la vivienda.

Sin desvelar ningún misterio, creo que la solución pasa, no por controlar el precio, por la intervención —una vez más— de la administración en las relaciones privadas, sino por el aumento de la oferta.

Si conseguimos que haya más pisos en el mercado del alquiler residencial, para una misma oferta, el precio bajará por la ley de la oferta y demanda: si la cantidad de inmuebles en el mercado aumenta, la demanda bajará y en consecuencia el precio de equilibrio será más adecuado y también descenderá. ¿Cómo conseguimos que se aumente la oferta de viviendas en alquiler?

Las vías, teóricamente, son muy claras: 1) Aumento de la oferta de vivienda pública y 2) Aumento de la oferta de vivienda privada.

1) Aumento de la oferta de vivienda pública

No nos corresponde a nosotros hacer propuestas de mejora en este ámbito que escapa a las propuestas que puede ofrecer el Derecho civil, entre particulares. Pero, todo apunta a una necesidad del aumento de la vivienda de alquiler social o público; la liberación de suelo para construcción; figuras de cooperación público-privada (promotores, constructores), medidas para un urbanismo sostenible, y medidas directas de apoyo a personas vulnerables y desfavorecidas.⁵⁸

2) Aumento de la oferta de vivienda privada

Para ello, hay que partir de la siguiente aseveración: necesitamos al propietario particular para que ponga sus viviendas en el mercado de alquiler.

El 80% de las viviendas en alquiler pertenecen a un particular, mientras que solo el 20% a empresas, personas jurídicas, SOCIMIS o fondos de inversión.

Por lo tanto, el legislador (y ejecutivo) debería, desde mi punto de vista, centrar su atención en el fomento de las garantías, seguridad y tranquilidad que ofrece al propietario particular para así “convencerle” de que vuelva a poner en el mercado de alquiler sus inmuebles.

Es necesario convencerle. Y todo ello pasa por darle seguridad jurídica. Justo lo contrario que ha hecho la LDV.

Recordemos la inseguridad y riesgo que esta ley ha introducido para el particular, amén de los efectos negativos ya comentados de los topes en las rentas: a) riesgo de impago, pues el propietario no tiene la seguridad de que va a cobrar, ni los medios para averiguar la solvencia de su arrendatario, a lo que se añade la reducción de las garantías de cobro de la renta que se han introducido en la LAU. b) Riesgo de no recuperar la posesión. Este riesgo tiene dos causas: las prórrogas obligatorias cuando el arrendatario sea vulnerable y la continuidad en la posesión indebida del inmueble ante el impago: la “inquiokupación, pues se están alargando los procedimientos de desahucio, se paralizan cuando el inquilino o inquiokupa es vulnerable. c) Además, la falta de estímulos fiscales del propietario para poner en alquiler sus viviendas supone otro freno al aumento de oferta de viviendas en alquiler.

Bien, pues desde mi punto de vista, o se hace frente a esos riesgos, eliminándolos o matizándolos, dando seguridad jurídica, o no conseguiremos que se amplíe la oferta privada de viviendas, punto clave en la solución del problema. Para ello, proponemos una serie de medidas en tres aspectos:

a) Frente al riesgo de impago:

Sería positivo aumentar las garantías adicionales al posible incumplimiento del arrendatario. Ahora están limitadas, de forma imperativa, a una fianza de dos meses (artículo 36 LAU). Podría estudiarse, de nuevo, el aumento voluntario de estas garantías adicionales (depósito, aval bancario...), y como dice SAEZ DE JUBERA⁵⁹, debería permitirse ampliar dichas garantías al menos a seis meses, haciéndolo más compatible con la duración de un posible desahucio. Establecer, por fin, un registro de morosos⁶⁰ eficaz y a la vez que se impulse el registro de buenos cumplidores y pagadores, es decir un registro de solvencia. También nos parece adecuado la contratación de un seguro de arrendamiento que garantiza al propietario no solo el cobro de la renta impagada sino también el costo de la reclamación y el procedimiento judicial para desahuciar a sus inquilinos en caso de impago.

b) Frente al riesgo de no recuperar la posesión del inmueble:

Cuando sea debido a las nuevas prórrogas forzosas, que pueden hacer que un arrendamiento concertado por un año llegue a durar once años si el arrendatario es vulnerable, se propone que solo se puedan establecer en contratos especiales de larga duración para las personas vulnerables, a los que nos referimos después.

Además, sería conveniente revisar las condiciones de renta conforme al índice de referencia de renta del alquiler para que el propietario no pierda poder adquisitivo, y por último que se aumenten las causas que pongan fin a la prórroga forzosa por parte del arrendatario, teniendo en cuenta las necesidades del arrendador en un momento concreto.

Por otra parte, ante el retraso en la recuperación de la posesión en un procedimiento de desahucio cuando la persona es vulnerable, entendemos que debería separarse la declaración de vulnerabilidad y el proceso de conciliación del juicio verbal recuperatorio, rápido y sumario, pues lo desnaturaliza. Asimismo, considero que la conciliación e intermediación de la administración para buscar una salida habitacional al arrendatario es loable, necesaria y oportuna (un alquiler social, viviendas públicas...). Pero se trata de un deber constitucional de carácter público que solo a ella —la administración— compete.

Y, finalmente, cuando nos encontramos con la okupación del inmueble, es imprescindible que se agilicen los procedimientos de desahucio, que los okupas no puedan alegar situación de vulnerabilidad, ni tampoco que se trata de su domicilio constitucionalmente protegido (artículo 18 Constitución Española). Además, se debería eliminar la posibilidad de que el okupa demandado exhiba “cualquier título” que justifique su posesión, exigiendo para ello una prueba clara y contundente, ya que con esto lo que se consigue es dilatar más el procedimiento.

c) Frente a la falta de estímulos fiscales del propietario

No me atrevo a hacer propuestas en materia fiscal, tan técnica y específica para las que no me siento preparada como civilista, pero recojo a continuación una serie de propuestas básicas y sin desarrollar que pueden contribuir a mejorar la oferta de viviendas en alquiler.

- Todo parece indicar que sería necesario retomar y ampliar la reducción general en el cálculo del rendimiento neto positivo del capital inmobiliario, para el propietario. La LDV las sitúa en un 50%, habiéndose reducido con respecto a la etapa anterior que era de un 60%. Habrá que valorar si es conveniente volver a ampliarla.
- CUENA CASAS⁶¹ propuso una novedosa alternativa que consiste en plantear un sistema de deducción fiscal por tramos de renta arrendaticia de forma que haya una deducción fija, como la actual del 50% de los rendimientos de capital inmobiliario, y se incorpore una deducción variable si el precio fijado del alquiler está dentro de los límites de alquiler de mercado fijados legalmente. Por ejemplo, que llegue la deducción a un 80% para quienes de forma voluntaria establezcan un alquiler dentro de la horquilla que marca el Sistema estatal de Referencia de Precios del alquiler. BORGIA SORROSAL⁶² considera incluso que podría llegarse a una deducción total del 100% en estos casos.

- Por otra parte, en la nueva de Ley por el Derecho a la Vivienda se contempla una reducción del 60% del rendimiento neto del capital inmobiliario, cuando se haya rehabilitado el inmueble, con hasta dos años de antelación antes de sacarlo al mercado del alquiler. A mi esta medida me parece del todo insuficiente. Los propietarios que deciden rehabilitar una vivienda para luego sacarla al mercado del alquiler de larga duración deberían poder deducirse (en cuota íntegra) un porcentaje importante de las cuantías invertidas en dicha rehabilitación, con el compromiso de mantener el inmueble ofertado en arrendamiento un determinado número de años. Dicho porcentaje podría incrementarse de forma proporcional al número de años que vaya a ser ofertado.
- Fiscalmente, también sería interesante analizar y proponer deducciones en cuota o base para el propietario que decida poner sus inmuebles a disposición de personas vulnerables.
- O que promoviera nuevas formas de uso de sus inmuebles para estos colectivos. A este respecto, por ejemplo, ya se ha puesto en práctica lo siguiente⁶³: el propietario que done el usufruto de su inmueble⁶⁴ a una fundación que tiene por objeto procurar vivienda a desfavorecidos, se puede aplicar una desgravación en base del 80% por donación (primeros 150 euros), y de un 35% en lo restante siguientes. Esta medida podría ampliarse a donaciones de usufruto a particulares vulnerables, u organizaciones no gubernamentales, o bien incluso, aplicarse la deducción por donación del derecho de uso, o superficie. Es cierto, que esto solo supone una ventaja para el propietario cuando tiene esos inmuebles infrautilizados, vacíos, y no busca un complemento de renta, un beneficio, sino solo que no sean una carga económica. Pues con esa deducción y negociando los gastos derivados de la propiedad a favor del donatario (IBI; gastos de comunidad), le compensaría poner sus viviendas en el mercado.
- Por último, considero esencial establecer incentivos para los promotores de vivienda, pues como ya pusimos de relieve, es necesario ampliar la construcción de nuevas viviendas.

V.3. PROPUESTA DE REVISIÓN DE LA TIPOLOGÍA DE LOS ARRENDAMIENTOS: HACIA NUEVOS TIPOS DE ALQUILER RESIDENCIAL

Muchas de las propuestas citadas para mejorar la oferta de arrendamiento de vivienda se resumen o sitúan en una reforma en profundidad de la LAU que las contemple y admita. Pero, lo que queremos destacar en este apartado es la necesidad de reformar el arrendamiento de vivienda previsto en la LAU, desple-

gándolo en dos nuevos modelos de arrendamiento residencial⁶⁵. Sugerimos la co-existencia de dos tipos de contrato de arrendamiento de vivienda diferentes, pero complementarios, que se adapten a las distintas necesidades de los arrendadores y de los arrendatarios, a saber:

a) Arrendamiento de bajo riesgo, estable y de larga duración

Poniendo el foco en la necesidad real de viviendas asequibles en nuestro país, y la existencia de una gran masa de arrendatarios vulnerables, o no, pero que realizan un gran sobre esfuerzo económico para pagar su alquiler, se propone un arrendamiento de renta controlada y de larga duración.

Este arrendamiento favorece sin duda al arrendatario, pero, a la vez, sería más seguro para el propietario, con menor riesgo de impago para él, aunque también de menor rentabilidad ya que existiría un control del incremento de renta. Este tipo de arrendamiento de bajo riesgo para el propietario tendría una renta negociada de forma individual (o colectiva pero no impuesta) entre los inquilinos, propietarios y ayuntamientos correspondientes, que intervienen en este tipo de contrato, garantizando en su caso el pago de la renta por cuestiones sociales. Esa garantía podría concretarse en un aval público que garantice al menos seis meses de renta controlada (por el riesgo de impago). Además, tendrían una duración más larga que el arrendamiento actual, para dar estabilidad a la vivienda del arrendatario, pudiendo pactarse su duración hasta los diez años, pero prevista *ab initio* para que el propietario pueda hacer la correspondiente previsión de su inversión inmobiliaria. A la vez, nos parece coherente que se estimulara fiscalmente con deducciones mayores en las rentas inmobiliarias y por rehabilitación, como hemos comentado antes.

En definitiva, serán los arrendamientos regulados, largos, de baja rentabilidad, pero con cierta seguridad del cobro. Eso sí, la agilización procesal de recuperación de la posesión debe hacerse en cualquier caso, para no seguir demorándola.

b) Arrendamiento de alto riesgo, mayor rentabilidad y corta duración.

Este otro tipo contractual sería justo lo opuesto al anterior. Cuando así lo prefieran el propietario y el arrendatario, se podría establecer un arrendamiento flexible, con precios más altos, sin control de renta pública, con prórrogas voluntarias anuales y revisión de renta ligada o no a un índice oficial, con exigencia de nuevas garantías privadas y, al igual que los otros, con fácil recuperación de la posesión y una duración libremente pactada entre uno y tres años. Podrían ligarse al seguro obligatorio de impago de rentas alquiler. En este caso, los estímulos fiscales serían menores, no habría respaldo público, pero el propietario decide libremente si prefiere obtener una mayor rentabilidad actual frente a un mayor riesgo de impago futuro.

Sería un arrendamiento más parecido al arrendamiento de temporada, ahora en descrédito, precisamente por su flexibilidad y el haberse convertido en

una vía de escape a la rigidez del contrato de arrendamiento de vivienda de la LAU⁶⁶. El crecimiento de este tipo de arrendamiento ha sido exponencial en los últimos tiempos, ¿por qué? Porque escapa del férreo control y rigorismo que la LAU establece para el arrendamiento de vivienda, que, ahora y tal y como se ha ido regulando, no es un verdadero contrato de negociación. La solución no pasa, como ha pretendido algún partido político⁶⁷, por reformar el contrato de temporada para que sea más gravoso para el propietario, obligándole a que formalice contratos de vivienda, para que sea este el que predomine. No hay que igualar por abajo, no hay que equiparar deficiencias, sino buscar las bondades que tiene este contrato de arrendamiento para el propietario y aplicarlas al arrendamiento de vivienda. Corregir para mejorar. Por eso, este nuevo tipo de arrendamiento que se propone daría una vía legal de escape al arrendamiento de vivienda tradicional de la LAU y se complementaría con el anterior, ofreciendo un buen “tándem”.

La libertad de contratación y la autonomía de la voluntad de las partes serían, de nuevo, los pilares de este tipo contractual. Supondría una vuelta al contrato de negociación y al equilibrio de prestaciones propio del contrato de arrendamiento, sin imposiciones y huyendo de la super regulación a la que el contrato de arrendamiento de vivienda se ha visto sometido en los últimos tiempos.

Con estos dos tipos contractuales se pueden cubrir y compaginar tanto la necesidad de vivienda del arrendatario, como la lícita pretensión del propietario de obtener mayores beneficios económicos, que forma parte del *ius fruendi* de su derecho, como la autonomía de la voluntad de las partes en la contratación. El propietario podría elegir en qué modalidad decide arrendar su vivienda, sin injerencias, sin limitaciones y contribuyendo también a facilitar el acceso a la vivienda de aquellos que lo necesiten.

¿No será hora de que volvamos a reformar la LAU para volver a la esencia del arrendamiento de vivienda como contrato de negociación y conmutativo, en vez de regulado y de riesgo? Creo que por ahí deben ir las posibles soluciones al eterno problema del arrendamiento en España.

El intervencionismo y el control de rentas, lejos de solucionar el problema de acceso a la vivienda de alquiler, lo han complicado.

V. CONCLUSIONES

I. El control de rentas del arrendamiento es una medida que *a priori* parece adecuada y oportuna para conseguir su finalidad que no es otra que impedir un incremento exagerado de los precios del alquiler, favoreciendo el acceso a la vivienda de las personas más desfavorecidas.

II. Es una medida de larga tradición en Europa y USA, utilizada en momentos coyunturales de alta inflación, pero que, aplicada con normalidad, de forma estructural ha arrojado siempre resultados negativos. Los precios, lejos de contenerse, se han incrementado siempre, y lo que todavía preocupa mas es que consiguen reducir la oferta de viviendas en alquiler porque el propietario no quiere ponerlas en el mercado. Por lo tanto, en vez de facilitar el acceso a la vivienda, lo dificultan.

III. En España, a pesar de estos antecedentes, se ha apostado por estas medidas de control del incremento anual (estableciendo topes máximos) y del propio precio de la renta mensual, tal y como ha recogido la reciente Ley por el Derecho a la Vivienda.

IV. Tras dos años de su entrada en vigor, se comprueba cómo los efectos económicos pretendidos no se han conseguido: el precio medio del alquiler ha subido cerca de un 26% en España, y la oferta se ha contraído. En consecuencia, el arrendamiento de vivienda, residencial, ha salido totalmente debilitado como consecuencia de estas medidas.

V. De igual forma, la obligatoriedad por ley de limitar los precios del alquiler en viviendas que se encuentren en zonas tensionadas ha tenido un efecto jurídico pernicioso, pues ataca el contenido del derecho de propiedad, al limitar al propietario su *ius fruendi*, pues no puede obtener todas las rentas que su bien le proporcionaría.

VI. Esta injerencia en el contenido del derecho de propiedad inmobiliaria particular tiene su justificación, como dice el Tribunal Constitucional, en el derecho a la vivienda, pues la finalidad de los controles no es sino facilitarla. Además, el derecho de propiedad es reconocible con esta limitación, y se trata de una medida temporal y excepcional que no afecta al contenido esencial del derecho de propiedad, sino que es consecuencia de la función social que lo delimita de forma estructural. Entendemos que el razonamiento del Tribunal Constitucional no es correcto y el hecho de limitar las posibilidades de obtener un rendimiento y de imponerlo afectan claramente al derecho de propiedad y contribuyen a su progresiva debilitación, reducción y transformación en un derecho regulado y casi estatutario.

VII. Urge tomar nuevas medidas que solucionen estos problemas y resultados negativos, haciendo las correspondientes modificaciones legislativas para ello. En este sentido, se propone eliminar los topes arrendaticios, ampliar las causas que permiten la revisión de esos topes, ajustar los precios al mercado buscando el precio de equilibrio y fomentar iniciativas de cooperación público-privada, o solo pública, del alquiler.

VIII. Por otra parte, ante la escasa oferta de viviendas en alquiler, se proponen medidas que busquen dar más seguridad jurídica al propietario, para que sea él

quien voluntariamente ponga sus viviendas en alquiler y aumente la oferta. Hay que buscar, de nuevo, que el contrato de arrendamiento busque regular tanto los intereses del propietario como los del arrendatario, como contrato bilateral; huyendo de la consideración actual en la que es el arrendatario el sujeto protegido y favorecido en el contrato.

IX. De igual forma, se propone establecer dos nuevos tipos de arrendamiento de vivienda: uno de alto riesgo, alta rentabilidad y corta duración, donde el propietario voluntariamente obtiene mayor rendimiento de su inmueble; y otro estable, más seguro, con mayores garantías para el propietario, de larga duración y beneficios fiscales, cuya finalidad sea casi con exclusividad contribuir a facilitar el acceso a una vivienda digna.

X. El respeto al propietario y al derecho de propiedad privada inmobiliaria son claves en las soluciones que se proponen. Sin ellos, no se mejorará la oferta y, en consecuencia, seguirá siendo muy difícil poder acceder a la vivienda en alquiler.

XI. Es hora de que volvamos a reformar la LAU para volver a la esencia del arrendamiento de vivienda como contrato de negociación y conmutativo, en vez de regulado y de riesgo, otorgando garantías y posibilidades reales al propietario arrendador.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, M.T. (2025). La función social como elemento delimitador del contenido del derecho de la propiedad de la vivienda. *Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Burgos, 29-31 mayo.
- BANCO DE ESPAÑA: (2020). La intervención pública en el mercado del alquiler de vivienda: una revisión de la experiencia internacional. *Documentos ocasionales* n.º 2002, realizado por David López-Rodríguez y M.ª de los Llanos Matea, 2020, disponible en: <https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/Publicaciones-Seriadas/DocumentosOcasiones/20/Fich/do2002.pdf>.
- BORGIA SORROSAL, S. (2024). Novedades fiscales del arrendamiento, en el congreso *Problemática jurídica de la vivienda en el actual entorno socio-económico*, Oviedo, 14 octubre.
- BROGREN, C y FRIDELL, H. (2007). Lyckas hyresregleringen motverka segregation i Stockholm? *Ekonomisk Debatt*, vol 35, no. 6.
- BULOW, J. y KLEMPERER, P. (2012). Regulated Prices, Rent-Seeking, and Consumer Surplus. *Journal of Political Economy*, 120(1), pp. 160-186.
- CAIXABANK (2025). *Nuevas previsiones para el sector inmobiliario español: el ciclo alcista se afianza en 2025*, disponible en <https://www.caixabank.com/es/actualidad/noticias/nuevas-previsiones-para-el-sector-inmobiliario-espanol-el-ciclo-alcista-se-afianza-en-2025>

- CAIXABANK RESEARCH (2023). Alquilar una vivienda en España: sobre el incremento del precio del alquiler y la necesidad de aumentar la oferta de alquiler asequible, en *Inmobiliario: Informe sectorial*, 2/2023, Caixabank Research, pp. 29-20.
- CALLEJO RODRÍGUEZ, M.C. (2025). Consideraciones actuales en torno a la duración del contrato de arrendamiento de vivienda y de temporada. *RCDI*, n.º 809, pp. 1247-1286.
- COLEGIO DE REGISTRADORES (2025). Estadística Registral Inmobiliaria (ERI), disponible en https://www.registradores.org/documents/33383/37373450/ERI_1T_2025.pdf/7967fef9-dbe4-62fa-664f-5c9742c6a6cb?t=1746598368561.
- CUENA CASAS, M. (2024). Una propuesta para incentivar la oferta de alquiler de vivienda asequible. En blog *Hay Derecho*, disponible en <https://www.hayderecho.com/2024/10/07/alquiler-incentivar-propuesta/>.
- DIEZ SOTO, C. M. (2025). Propuestas de reforma de la legislación vigente en materia de arrendamiento de viviendas. En *Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Burgos, mayo.
- GARCIA MONTALVO, J., MONRAS, J. Y RAYA J.M. (2023). *Los efectos de la limitación de precios de los alquileres en Cataluña*, ESADE, disponible en <https://www.esade.edu/ecpol/en/publications/los-efectos-de-la-limitacion-de-precios-de-los-alquileres-en-cataluna/>
- GLAESER, E. y GYOURKO, J. (2008). *Rethinking Federal Housing Policy*. American Enterprise Institute (AEI) Press, Washington, DC.
- GLAESER, E. y LUTTMER, E., (2023). The misallocation of housing under rent control. *American Economic Review*, n.º 93, pp. 1027-1046.
- GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M. (2024). La lenta pero imparable transmutación del contrato de arrendamiento: hacia un contrato aleatorio y regulado. *RDC*, vol. XI, núm. 2, (abril-junio) Estudios, pp. 165-203.
- IDEALISTA (2020). *Suecia, el país que demuestra que regular los alquileres en España podría ser un fracaso*, disponible en <https://www.idealista.com/news/inmobiliario/vivienda/2020/12/11/788252-suecia-el-pais-que-demuestra-que-regular-los-alquileres-en-espana-podria-ser-un>
- KHOLODILIN, K.A. (2025). El control de alquileres: contexto internacional, en *Economía de la Vivienda* (GARCÍA MONTALVO, J. Y RAYA VILCHEZ, J.M., coords.), Fundación Ramon Areces, Madrid, pp. 361-382.
- MAGAÑA, J.M. (2023). Aspectos positivos y negativos de la Ley de Vivienda. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 999, pp. 1-5.
- MAGRO SERVET, V. (2023). Análisis práctico y sistemático de los aspectos relevantes de la nueva Ley de vivienda 12/2023 de 24 de mayo. *Diario La Ley*, n.º 10299, pp. 1-33.
- MARTENS JIMÉNEZ, I. L. (2023) *Los arrendamientos de vivienda. Tipos, problemas y propuestas de modernización*, Atelier, Barcelona.
- MAS BADÍA, D. (2024). *¿Una habitación propia? Arrendamiento y propiedad en la Ley por el Derecho a la Vivienda*, Marcial Pons; Madrid.
- MEILLEURS AGENTS, (2020). *Encadrement des loyers, 1 an après*, disponible en <https://edito.meilleursagents.com/encadrement-des-loyers-1-an-apres>.

- MOHORTE, A.P. (2020). *Cómo funciona el alquiler regulado en Suecia, donde hay que esperar veinte años para un piso*, disponible en <https://www.xataka.com/magnet/como-funciona-alquiler-regulado-suecia-donde-hay-que-esperar-veinte-anos-para-piso-1>.
- MONTORIOL, J. (2024). *Perspectivas económicas y del sector inmobiliario*, CaixaBank, septiembre 2024, disponible en: <https://www.caixabankresearch.com/sites/default/files/content/file/2023/02/22/34455/2023%2002%20Perspectivas%20Inmobiliario%20CaixaBank%20Research.pdf>
- MONTORIOL, J. (2025). *El reloj inmobiliario de CaixaBank Research: el mercado inmobiliario español gana velocidad*, disponible en <https://www.caixabankresearch.com/es/analisis-sectorial/inmobiliario/reloj-inmobiliario-caixabank-research-mercado-inmobiliario-espanol>.
- MURCIO QUINTANA, E. (2022). El alquiler social. En *El nuevo derecho de propiedad inmobiliaria en Iberoamérica* (GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 171-188.
- NASARRE AZNAR, S. (2025). En el *5th International Workshop on Rent Control*, Catedra UNESCO de la vivienda, Tarragona 19 y 20 junio 2025.
- NASARRE AZNAR, S., SIMON MORENO, H y ARISTE CASTAÑO, S. (2025). The calculation of rent control of the Spanish Act 12/2023 breaches the constitutional rights to private property and equality. Ponencia presentada en el *5th International Workshop on Rent Control*, Cátedra UNESCO de la Vivienda, Tarragona 19 y 20 junio 2025.
- OBSERVATORIO DEL ALQUILER (2025). *Dos años de la Ley de Vivienda: la oferta se reduce en más de 120.000 inmuebles*, disponible en <https://observatoriodelalquiler.org/dos-anos-de-la-ley-de-vivienda-la-oferta-se-reduce-en-mas-de-120-000-inmuebles/>.
- OBSERVATORIO DEL ALQUILER (2025). *Un año de zonas tensionadas: sus efectos en el mercado del alquiler*, disponible en <https://observatoriodelalquiler.org/un-ano-de-zonas-tensionadas-sus-efectos-en-el-mercado-del-alquiler/>
- POLO, C. (2022). *Vivienda: Shocks de demanda y soluciones desatinadas*, disponible en: <https://clementepolo.wordpress.com/2024/10/22/vivienda-shocks-de-demanda-y-soluciones-desatinadas/>
- QUESADA PAEZ, A. (2025). La falacia de la regulación del alquiler en España: cómo la ley de vivienda de 2023 agrava la crisis del mercado inmobiliario. *RCDI*, n.º 810, pp. 1905-1945.
- SAENZ de JUBERA HIGUERO, B. (2022). Medidas de incentivo al alquiler para el propietario arrendador. En *El nuevo derecho de propiedad inmobiliaria en Iberoamérica* (GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 197-200.
- TORRES, A. (2023). Los arrendamientos de vivienda tras la Ley por el Derecho a la Vivienda. *Cuaderno de Arrendamientos Urbanos*, n.º 358, pp. 15-21.

NOTAS

¹ Este trabajo es resultado de los proyectos de investigación: “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; y “Retos Jurídicos para un uso eficiente y sostenible de las viviendas vacías”, financiado por la Universidad Francisco de Vitoria, en la convocatoria competitiva 2023, con una duración de dos años desde enero 2023 hasta diciembre 2024, dirigido por María Goñi Rodríguez de Almeida.

² Los datos que se citan a continuación proceden del informe MONTORIOL, J. (2024). *Perspectivas económicas y del sector inmobiliario*, CaixaBank, septiembre 2024, disponible en: <https://www.caixabankresearch.com/sites/default/files/content/file/2023/02/22/34455/2023%202%20Perspectivas%20Inmobiliario%20CaixaBank%20Research.pdf>

³ Informe CAIXABANK: MONTORIOL, J. (2024). El precio de la vivienda avanzó un 5,7% interanual en el 2T 2024, disponible en <https://www.caixabankresearch.com/es/publicaciones/notas-breves-actualidad-economica-y-financiera/espana/precio-vivienda-avanzo-57>.

⁴ <https://www.ine.es/dyngs/Prensa/IPV1T25.htm#:~:text=La%20variaci%C3%B3n%20anual%20del%20C3%8Dndice,hasta%20el%2012%2C2%25>.

⁵ <https://www.idealista.com/sala-de-prensa/informes-precio-vivienda/>

⁶ COLEGIO DE REGISTRADORES (2025). Estadística Registral Inmobiliaria (ERI), disponible en https://www.registradores.org/documents/33383/37373450/ERI_1T_2025.pdf/7967fc9-dbe4-62fa-664f-5c9742c6a6cb?t=1746598368561. E informe CaixaBank: MONTORIOL, J. (2025). *El reloj inmobiliario de CaixaBank Research: el mercado inmobiliario español gana velocidad*, disponible en <https://www.caixabankresearch.com/es/analisis-sectorial/inmobiliario/reloj-inmobiliario-caixabank-research-mercado-inmobiliario-espanol>.

⁷ MONTORIOL, J. (2025). *El reloj inmobiliario de CaixaBank Research: el mercado inmobiliario español gana velocidad*, ob. cit.

⁸ Este incremento es mucho mayor, llegando a alcanzar un porcentaje del 60% si acudimos a otras fuentes que operan en el mercado como Idealista o Fotocasa.

⁹ CAIXABANK RESEARCH (2023). «Alquilar una vivienda en España: sobre el incremento del precio del alquiler y la necesidad de aumentar la oferta de alquiler asequible», en *Inmobiliario: Informe sectorial*, 2/2023, CaixaBank Research, pp. 29-20.

¹⁰ <https://www.idealista.com/sala-de-prensa/informes-precio-vivienda/alquiler/>.

¹¹ https://www.ine.es/prensa/etcl_prensa.htm

¹² Esta cifra se eleva al 7% en los países OCDE, lo que parece indicar que debería hacerse una política de impulso del alquiler social para equipararnos a los países de nuestro entorno. Datos del informe «Alquilar una vivienda en España: sobre el incremento del precio del alquiler y la necesidad de aumentar la oferta de alquiler asequible», ob. cit. p. 23.

¹³ Conforme establece el breve informe que modifica el del año 2024, de CAIXABANK (2025). *Nuevas previsiones para el sector inmobiliario español: el ciclo alcista se afianza en 2025*, disponible en <https://www.caixabank.com/es/actualidad/noticias/nuevas-previsiones-para-el-sector-inmobiliario-espanol-el-ciclo-alcista-se-afianza-en-2025>

¹⁴ Seguimos aquí el estudio de CaixaBank 2024: MONTORIOL, J. (2024). *Perspectivas económicas y del sector inmobiliario*, CaixaBank, septiembre 2024, disponible en: ht-

[tps://www.caixabankresearch.com/sites/default/files/content/file/2023/02/22/34455/2023%2002%20Perspectivas%20Inmobiliario%20CaixaBank%20Research.pdf](https://www.caixabankresearch.com/sites/default/files/content/file/2023/02/22/34455/2023%2002%20Perspectivas%20Inmobiliario%20CaixaBank%20Research.pdf)

¹⁵ Aumento de la población por emigración. Existe una diferencia importante entre el crecimiento vegetativo de la población (diferencia entre nacimientos y defunciones) que integra de forma natural a los recién nacidos en hogares ya preexistentes que disponen de una vivienda y el aumento de la población de personas en edad de trabajar que llegan como caídas del cielo, forman hogares nuevos y demandan servicios de vivienda. Medir este último impacto tiene sus complicaciones, pero basta para hacernos una idea de su importancia con advertir que la población residente en España aumentó en 1.397.077 personas entre el 1 de julio de 2021 y el 1 de enero de 2024, pero el número de nacidos en España disminuyó en 384.542 mientras que la población no nacida en España aumentó en 1.781.542 personas. POLO, C. (2022). *Vivienda: Shocks de demanda y soluciones desatinadas*, disponible en: <https://clementepolo.wordpress.com/2024/10/22/vivienda-shocks-de-demanda-y-soluciones-desatinadas/>

¹⁶ Se prevé la creación de la Reserva Pública de Suelo de Cataluña, en el que se incorporarán suelos públicos catalanes, la cooperación público-privada mediante la compra o alquiler por la Generalitat de promociones privadas para destinarlas a vivienda pública, reducción de los plazos de construcción, y ayudas directas a los ciudadanos a través del Fondo público de Emancipación, con 500 millones de euros para los menores de 35 años, entre otras cosas.

¹⁷ De nuevo, el gobierno anunció el año pasado la construcción de 184.000 nuevas viviendas para alquileres sociales en España, dentro del Plan estatal para el acceso a la Vivienda 2022-2025, sin decir cuántas de ellas ya están construidas, tal y como anunció en 2021 (anuncio la disposición de 20.000 viviendas para alquiler social). Hay que recordar que la vivienda protegida en España está en cifras lejanas a las que se registraban años atrás. En 1981, el 47% de la nueva construcción era vivienda protegida, en 2018, el 8,5%.

¹⁸ Sobre la historia y evolución de la medida de control de los alquileres, véase KHOLODILIN, K.A. (2025). El control de alquileres: contexto internacional. En: *Economía de la Vivienda* (GARCÍA MONTALVO, J. Y RAYA VILCHEZ, J.M., coords.), Fundación Ramon Areces, Madrid, pp. 361-382.

¹⁹ BANCO DE ESPAÑA: (2020). La intervención pública en el mercado del alquiler de vivienda: una revisión de la experiencia internacional, *Documentos ocasionales* n.º 2002, realizado por David López-Rodríguez y M.ª de los Llanos Matea, 2020, disponible en: <https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesSerias/DocumentosOcasiones/20/Fich/do2002.pdf>.

²⁰ KHOLODILIN, K.A. (2025). El control de alquileres: contexto internacional, ob. cit., p. 375

²¹ Seguimos en este punto el informe citado del BANCO DE ESPAÑA, La intervención pública en el mercado del alquiler de vivienda: una revisión de la experiencia internacional, ob. cit. p. 16.

²² Según el mismo informe citado, BANCO DE ESPAÑA, La intervención pública en el mercado del alquiler de vivienda: una revisión de la experiencia internacional, ob. cit. p. 16.

²³ Véase, MOHORTE, A.P. (2020). *Cómo funciona el alquiler regulado en Suecia, donde hay que esperar veinte años para un piso*, disponible en <https://www.xataka.com/magnet/como-funciona-alquiler-regulado-suecia-donde-hay-que-esperar-veinte-anos-para-piso-1>; y el informe de IDEALISTA (2020). *Suecia, el país que demuestra que regular los alquileres en España podría ser un fracaso*, disponible en <https://www.idealista.com/news/inmobiliario/vivienda/2020/12/11/788252-suecia-el-pais-que-demuestra-que-regular-los-alquileres-en-espana-podria-ser-un>

²⁴ De esta manera, este sistema se usa como referencia para fijar el precio del alquiler en el 90% de las viviendas arrendadas en el país (las rentas de las restantes se sitúan por debajo del nivel de referencia negociado)

²⁵ Por otra parte, el acceso a la vivienda a través de compraventa es complicado y caro. En Suecia, se accede a través de cooperativas de propietarios, *bostadsrätt*, cooperativas de tres o cuatro viviendas, en un edificio o bloque, que se compran entre todos y se reparten. Los adquirentes o cooperativistas no son verdaderos propietarios, sino que tienen una participación en la cooperativa, pagan sus cuotas, admiten sus condiciones, y a cambio obtienen una vivienda para el resto de su vida, que no pueden vender, pero sí, ceder o transmitir. Últimamente ante el fracaso y grandes listas de esperas de los *hyresrätt* (más de 20 años de espera en las grandes ciudades como Estocolmo) muchos de los pisos en alquiler regulado se están pasando al *bostadsrätt*, porque las agencias públicas de vivienda se deshacen de ellos para construir nuevas viviendas, a un ritmo insuficiente, reduciendo de nuevo el mercado de pisos de alquiler regulado. La compra de vivienda en propiedad es muy cara, la construcción de nueva vivienda también (un 72% más que en Europa), ello conduce a una escasez de vivienda enorme. Y en esta situación, surgen los alquileres de segunda mano, y el mercado negro. Inquilinos regulados que subarriendan sus pisos por más precio, saltándose las estrictas normas del subalquiler, o pequeños propietarios o cooperativistas que alquilan mucho más caros (en torno 1000 euros /habitación, frente a u renta de uno 600euros), o de cooperativas que escapan al control gubernamental.

²⁶ Consideran que las políticas de control de precios del alquiler pueden crear ciertas ineficiencias en el mercado de la vivienda, con efectos potencialmente negativos sobre el bienestar social

GLAESER, E. y LUTTMER, E., (2023). The misallocation of housing under rent control, *American Economic Review*, n.º 93, pp. 1027-1046; GLAESER, E. y GYOURKO, J. (2008). *Rethinking Federal Housing Policy*, American Enterprise Institute (AEI) Press, Washington, DC y BULOW, J. y KLEMPERER, P. (2012). Regulated Prices, Rent-Seeking, and Consumer Surplus, *Journal of Political Economy*, 120(1), pp. 160-186.

²⁷ Esto se produce, según el informe del Banco de España citado, p. 21, por tres motivos principales: A) Se produce una reducción de la oferta de viviendas en alquiler, ya que el propietario tiene un mayor incentivo para vender sus inmuebles que para destinarlos al arrendamiento y, a la vez, hay una menor inversión en la construcción o rehabilitación de viviendas en alquiler por el mismo motivo. B) Por otra parte, el rendimiento neto de la inversión en alquiler supondría una caída en los gastos de mantenimiento y rehabilitación de las viviendas en alquiler, generando a medio y largo plazo una caída en la calidad de estos inmuebles, y en consecuencia del bienestar social. C) Y, por último, se podría generar un mercado residencial dual en determinadas zonas, con viviendas reguladas y libres, que conducirían a una concentración artificial de la población, impidiendo la movilidad a otra zona por mantener su alquiler de renta regulada.

²⁸ En Alemania (en Berlín, en concreto, donde la tenencia de alquiler representa un 85%), tras la Ley 2015, y en un estudio de 2019, se comprobó que la oferta de pisos de alquiler había caído un 25% en un año.

En Suecia, según el informe IDEALISTA (2020). *Suecia, el país que demuestra que regular los alquileres en España podría ser un fracaso*, disponible en <https://www.idealista.com/news/inmobiliario/vivienda/2020/12/11/788252-suecia-el-pais-que-demuestra-que-regular-los-alquileres-en-espana-podria-ser-un>

Este informe afirma que se ha producido un descenso de la oferta de pisos. Según el *Swedish National Board of Housing, Building and Planning*, “en el 93% de los municipios suecos existe déficit de vivienda de alquiler (270 municipios, habiendo aumentado significativamente

la cifra desde 1994 cuando en tan solo 3 municipios existía dicho déficit), mientras que se acumulan las solicitudes de acceso al alquiler de una vivienda pública o *hyresrätt* (inmuebles propiedad del Estado que los arrenda de manera vitalicia), existiendo largas listas de espera en todo el país”.

²⁹ En Alemania, en un año, el precio medio ha subido un 36% desde 2015.

En Francia, tras la Ley Alur se estabilizaron los precios, pero con su derogación, los precios de las rentas se dispararon un 25%. Véase evolución precios en Francia en <https://paris.notaires.fr/fr/carte-des-prix>.

³⁰ En este sentido, en Alemania la venta de viviendas se disparó un 38,8% y se desincentivó el interés del inversor. Además, se produjo un mercado paralelo, en el que los propietarios reclaman la diferencia de precio entre el deseado (mercado) y el regulado por ley. En Francia, tras la aprobación de la Ley Elan, se ha comprobado que muchos de los propietarios “escapan” a la regulación (cerca de un 53% de los alquileres), no se acogen a esos límites, pues los alquileres fuera del mercado regulado son de media 130 euros/mes, más caros que los regulados, lo que viene a ser un 13% que el alquiler tope. Esta situación empeora en los apartamentos pequeños, céntricos, donde puede llegar a pagarse por un apartamento de 18m², 1000 euros, cuando la ley fija el tope en 550. Eso hace que se genere un mercado opaco de rentas fuera de la regulación; los propietarios “salen del sistema”, aplicando resquicios que les deja la ley, ya que se les permite subir si el piso tiene algún extra: balcón, terraza, vistas, etc. Véase el informe de MEILLEURS AGENTS, (2020). *Encadrement des loyers, 1 an après*, disponible en <https://edito.meilleursagents.com/encadrement-des-loyers-1-an-apres>.

En Suecia también se está generando un mercado negro del alquiler. Los propietarios, aun a riesgo de la multa correspondiente, prefieren realquilar sus pisos fuera de los canales oficiales, suben las rentas porque hay inquilinos dispuestos a pagar más (hasta un 65% más), para saltarse la lista de espera de más de 20 años para hacerse con un piso de renta regulada. Suecia, el país que demuestra que regular los alquileres en España podría ser un fracaso”, disponible en <https://www.idealista.com/news/inmobiliario/vivienda/2020/12/11/788252-suecia-el-pais-que-demuestra-que-regular-los-alquileres-en-espana-podria-ser-un>

³¹ De nuevo, esta realidad es común en los países citados. En Francia, y entre los arrendamientos controlados, lejos de favorecer la incorporación de las rentas más bajas, se produce una mayor selección y “discriminación” de los inquilinos en función de su renta y garantías. Todo ello conduce a una disminución de oferta real para los más desfavorecidos. De igual forma, en Suecia, se ha producido una exclusión social para las clases con menor poder adquisitivo, pues los pisos del centro de las ciudades están ya habitados por personas de alto poder adquisitivo, que rehabilitan las viviendas y suben las rentas, obteniendo viviendas de calidad, pero fuera del alcance de las clases más desfavorecidas. Los pisos céntricos son para las clases altas, y las clases más bajas deben ir a zonas más lejanas y con vivienda de peor calidad. De igual forma, se impide a los jóvenes adquirir estas viviendas de alquiler regulado, que son vitalicios, pues se apuntan a las listas de espera al cumplir 18 años, y deben pasar muchos más hasta que consigan adquirir una de ellas, y son pocas las que quedan disponibles. Véase, el informe citado de IDEALISTA (2020). *Suecia, el país que demuestra que regular los alquileres en España podría ser un fracaso*, disponible en <https://www.idealista.com/news/inmobiliario/vivienda/2020/12/11/788252-suecia-el-pais-que-demuestra-que-regular-los-alquileres-en-espana-podria-ser-un>. Este informe recoge las ideas de BROGREN, C y FRIDELL, H. (2007). *Lyckas hyresregleringen motverka segregation i Stockholm? Ekonomisk Debatt*, vol 35, no. 6, afirmando que “En el mercado regulado los propietarios de vivienda en buenas ubicaciones tienden a mejorar la calidad de las viviendas, encareciendo su alquiler en el proceso y pro-

vocando que no sean asequibles para las personas con rentas más bajas que se ven obligadas a buscar vivienda en el extrarradio de las ciudades; mientras que, en un mercado libre, estas personas podrían tener acceso a vivienda de alquiler asequible a cambio de aceptar una peor calidad de la vivienda.”

³² La Regla General: la renta convenida al inicio del contrato de arrendamiento no podrá superar en un 10% el precio que establezca el Índice (precio de referencia calculado para una vivienda de características análogas a la situada en la misma área). Solo para contratos nuevos. Previamente se habrá establecido el índice de referencia de precios de alquiler de viviendas que elabora, actualiza y publica el departamento competente en materia de vivienda. Dicho índice tiene en cuenta información que contiene el Registro de fianzas de los contratos de alquiler de fincas urbanas, y se establecen unos márgenes, dentro de los cuales, las partes contratantes establecerán el índice de referencia concreto.

³³ La renta máxima a cobrar por el arrendador al arrendatario será el precio de referencia establecido de acuerdo con el índice de referencia de precios de alquiler (artículo 5), con una máxima desviación de hasta un cinco por ciento, dadas las características específicas de la vivienda objeto de arrendamiento. El índice de referencia se creará a partir de los Registros de fianzas de alquileres (haciendo una media por zonas). El precio de alquiler de un contrato nuevo no puede superar este índice (el precio normal de la zona), y si el del contrato anterior fuera más bajo que el de referencia, no podrá superarse ese último precio. La actualización de estos contratos no puede superar el IPC, y solo se actualiza si está previsto en contrato.

³⁴ GARCIA MONTALVO, J., MONRAS, J. Y RAYA J.M. (2023). *Los efectos de la limitación de precios de los alquileres en Cataluña*, ESADE, disponible en <https://www.esade.edu/ecpol/en/publications/los-efectos-de-la-limitacion-de-precios-de-los-alquileres-en-cataluna/>

³⁵ Introducido por la reforma de la LAU por el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

³⁶ Véase la Disposición Final Sexta de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la Vivienda, que modifica a su vez y conforme a lo señalado supra el artículo 46 del Real Decreto Ley 6/2022, de 29 marzo por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, que ya estableció los topes anteriores.

³⁷ Disposición adicional undécima LAU: Índice de referencia para la actualización anual de los contratos de arrendamiento de vivienda.

“El Instituto Nacional de Estadística definirá, antes del 31 de diciembre de 2024, un índice de referencia para la actualización anual de los contratos de arrendamiento de vivienda que se fijará como límite de referencia a los efectos del artículo 18 de esta ley, con el objeto de evitar incrementos desproporcionados en la renta de los contratos de arrendamiento.”

Este índice ya establecido y en vigor puede verse, consultarse y utilizarse en <https://www.mivau.gob.es/vivienda/calculadora-precio-alquiler>

³⁸ “El IRAY se define como el valor mínimo entre la tasa de variación anual del Índice de Precios de Consumo, la tasa de variación anual del Índice de Precios de Consumo subyacente y las tasas de variación anual media ajustada del IPC y del IPC subyacente, medidas como la diferencia entre las tasas de crecimiento anual tanto del Índice de Precios de Consumo como del Índice de Precios de Consumo subyacente de cada mes y un parámetro de referencia que representa la inflación esperada a medio plazo, ajustadas con un coeficiente moderador”, en https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177110&menu=ultiDatos&idp=1254735976607

³⁹ En la Disposición Final Primera de la LDV.

⁴⁰ Artículo 17.6 LAU tras la LDV.

⁴¹ Este índice, la metodología utilizada y los datos tratados son criticados por NASARRE AZNAR, S., SIMON MORENO, H y ARISTE CASTAÑO, S. (2025). The calculation of rent control of the Spanish Act 12/2023 breaches the constitutional rights to private property and equality, ponencia presentada en el *5th International Workshop on Rent Control*, Cátedra UNESCO de la Vivienda, Tarragona 19 y 20 junio 2025.

⁴² OBSERVATORIO DEL ALQUILER (2025). *Dos años de la Ley de Vivienda: la oferta se reduce en más de 120.000 inmuebles*, p. 1, disponible en <https://observatoriodelalquiler.org/dos-anos-de-la-ley-de-vivienda-la-oferta-se-reduce-en-mas-de-120-000-inmuebles/>.

⁴³ Si bien, el arrendamiento turístico es bastante testimonial, alcanzando solo un 1, 1 % de la oferta arrendaticia de Madrid, y un 1,4% en Barcelona.

⁴⁴ Por ejemplo, en Barcelona, zona tensionada y donde se aplican las medidas de control de la LDV, se ha pasado de un censo de viviendas vacías de 1,2% del parque total en 2019, a un 9,3% en la actualidad según los datos del Instituto Nacional de Estadística. OBSERVATORIO DEL ALQUILER (2025). *Dos años de la Ley de Vivienda*, ob. cit., p. 2.

⁴⁵ Sobre los riesgos que soporta el propietario arrendador véase lo que ya dijimos en (2024). La lenta pero imparable transmutación del arrendamiento de vivienda urbana: hacia un contrato aleatorio y regulado, *RDC*, vol. XI, núm. 2, (abril-junio) Estudios, pp. 165-203.

⁴⁶ Datos extraídos del informe OBSERVATORIO DEL ALQUILER (2025). *Un año de zonas tensionadas: sus efectos en el mercado del alquiler*, disponible en <https://observatoriodelalquiler.org/un-ano-de-zonas-tensionadas-sus-efectos-en-el-mercado-del-alquiler/>

⁴⁷ Los datos publicados salen del registro de fianzas del Instituto Catalán del Suelo, el Incasòl, disponible en <https://incasol.gencat.cat/es/actualitat/>.

⁴⁸ NASARRE AZNAR, S. (2025), en el *5th International Workshop on Rent Control*, Cátedra UNESCO de la vivienda, Tarragona 19 y 20 junio 2025.

⁴⁹ Sobre los efectos negativos de la LDV en el derecho de propiedad, véase MAS BADÍA, D. (2024). *¿Una habitación propia? Arrendamiento y propiedad en la Ley por el Derecho a la Vivienda*, Marcial Pons; Madrid; TORRES, A. (2023). Los arrendamientos de vivienda tras la Ley por el Derecho a la Vivienda. *Cuaderno de Arrendamientos Urbanos*, n.º 358, pp. 15-21; MAGAÑA, J.M. (2023). Aspectos positivos y negativos de la Ley de Vivienda. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 999, pp. 1-5; QUESADA PAEZ, A. (2025). La falacia de la regulación del alquiler en España: cómo la ley de vivienda de 2023 agrava la crisis del mercado inmobiliario, *RCDI*, n.º 810, pp. 1905-1945.

⁵⁰ En este sentido, MAS BADÍA, D. (2024). *¿Una habitación propia? Arrendamiento y propiedad en la Ley por el Derecho a la Vivienda*, ob. cit. p. 75.

⁵¹ ALONSO PÉREZ, M.T. (2025). La función social como elemento delimitador del contenido del derecho de la propiedad de la vivienda, *Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Burgos, 29-31 mayo.

⁵² Como ya hemos explicado en otras ocasiones, también se están limitando las facultades de uso y disfrute, destino, disposición y exclusión, como consecuencia de las reformas legales que están impidiendo la recuperación de la posesión del inmueble okupado por personas vulnerables, las moratorias en las ejecuciones hipotecarias, las nuevas prórrogas obligatorias en la LAU, las prohibiciones de destinar un piso a vivienda turística.

⁵³ En este sentido, en el recurso de inconstitucionalidad de la LDV, se defendía que la medida de control de rentas era inconstitucional porque: “la determinación del contenido esencial de un derecho viene determinada por el elenco de facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito, quedando

rebasado cuando queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable, o lo despojan de la necesaria protección.”

En ese sentido, consideran —y también nosotros— que el establecimiento de un tope en la renta de los contratos de arrendamiento limita la facultad esencial “insita y consustancial” del derecho de propiedad de disfrute. En concreto “la posibilidad de fijar de acuerdo con el arrendatario la utilidad económica del bien arrendado, mediante la fijación de la renta, estando ante una norma de fijación directa y automática de la “merced arrendaticia”, que desnaturaliza el derecho real de dominio al suponer una limitación esencial y determinante de una de sus facultades, sin precedentes en nuestro ordenamiento jurídico postconstitucional.

⁵⁴ En este sentido, y así lo consideran y manifiestan otros autores como: QUESADA PAEZ, A. (2025). La falacia de la regulación del alquiler en España: cómo la ley de vivienda de 2023 agrava la crisis del mercado inmobiliario, *RCDI*, n.º 810, p. 1925. (pp. 1905-1945)

⁵⁵ En este sentido, afirma MAGRO SERVET, V. (2023). Análisis práctico y sistemático de los aspectos relevantes de la nueva Ley de vivienda 12/2023 de 24 de mayo. *Diario La Ley*, n.º 10299, p. 33: “Al final, lo que conlleva todo ello es que, posiblemente, se reduzca el precio de los inmuebles que se encuentren en «zonas tensionadas», ya que serán en estas donde se establezcan los límites en la renta a fijar en los arrendamientos, por lo que los inversores de viviendas para alquiler optarán por adquirir inmuebles en zonas no tensionadas, y no hacerlo en zonas tensionadas, y el particular tampoco lo hará en estas zonas, porque le afectan los límites de renta, y aunque lo pretendan adquirir como residencia habitual si en el futuro lo desean alquilar estarán sometidos a estos límites, por los que se dificulta la venta de estos inmuebles, y, con ello, el precio será distinto”.

⁵⁶ Además, en Suecia, si un inquilino entiende que no se ha respetado esos precios pactados, puede denunciar al arrendador ante el tribunal regional del alquiler que lo corregirá.

⁵⁷ Tal y como ya defendimos en GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M. (2024). La lenta pero imparable transmutación del contrato de arrendamiento: hacia un contrato aleatorio y regulado. *RDC*, vol. XI, núm. 2, (abril-junio) Estudios, pp. 165-203.

⁵⁸ Sobre la necesidad de nuevas formas de alquileres sociales, véase MURCIO QUINTANA, E. (2022). El alquiler social. En: *El nuevo derecho de propiedad inmobiliaria en Iberoamérica* (GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 171-188.

⁵⁹ En este punto, seguimos a SAENZ de JUBERA HIGUERO, B. (2022). Medidas de incentivo al alquiler para el propietario arrendador. En: *El nuevo derecho de propiedad inmobiliaria en Iberoamérica* (GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 197-200.

⁶⁰ La Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler previó en su artículo tercero la creación de un Registro público de sentencias firmes de impagos de rentas de alquiler, que permitiría a todo propietario antes de arrendar el inmueble consultar, bajo ciertas condiciones, si su futuro arrendatario tiene antecedentes firmes de morosidad. Debía desarrollarse por Reglamento y todavía no se ha hecho.

⁶¹ CUENA CASAS, M. (2024). Una propuesta para incentivar la oferta de alquiler de vivienda asequible, en blog *Hay Derecho*, disponible en <https://www.hayderecho.com/2024/10/07/alquiler-incentivar-propuesta/>.

⁶² BORGIA SORROSAL, S. (2024). Novedades fiscales del arrendamiento, en el congreso *Problemática jurídica de la vivienda en el actual entorno socio-económico*, Oviedo, 14 octubre.

⁶³ Así lo ha empezado a promover la Fundación Arteale, mediante alquileres conscientes para personas refugiadas, aplicando esta fórmula. Véase <https://arteale.org/>.

⁶⁴ Se calcula el valor de la donación por Usufructo sobre bienes inmuebles. El 2 por 100 del valor catastral del inmueble cada año de duración del usufructo, determinándose proporcionalmente al número de días que corresponda en cada período impositivo

⁶⁵ Sobre este tema, véase el acertado tratamiento que hace de la cuestión de revisar la tipología contractual de los arrendamientos DIEZ SOTO, C. M. (2025). Propuestas de reforma de la legislación vigente en materia de arrendamiento de viviendas, en *Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Burgos, mayo. Este autor considera, en primer lugar, necesario distinguir entre arrendamientos de vivienda y destinados a usos no residenciales (local de negocio) Pero, dentro de los primeros, a su vez, distingue entre los de vivienda habitual y los de vivienda sin más. En estos últimos entrarían todos aquellos cuya finalidad es residir, sea de forma estable, puntual, incluyendo por tanto los arrendamientos de temporada y los de habitación. Véase también sobre la nueva tipología arrendaticia a MARTENS JIMÉNEZ, I. L. (2023) *Los arrendamientos de vivienda. Tipos, problemas y propuestas de modernización*, Atelier, Barcelona.

⁶⁶ Sobre las propuestas de reforma del arrendamiento de temporada y su comparación con el arrendamiento de vivienda, véase CALLEJO RODRÍGUEZ, M.C. (2025). Consideraciones actuales en torno a la duración del contrato de arrendamiento de vivienda y de temporada. *RCDI*, n.º 809, pp. 1247-1286.

⁶⁷ En este sentido se acaba de rechazar (por Junts, PP y Vox) la proposición de ley de reforma del arrendamiento de temporada que han hecho Sumar, EH Bildu, el Grupo Republicano y el Grupo Mixto. Esta proposición de ley pretendía limitar los arrendamientos de temporada a una duración máxima de 6 meses máximo, y si se encadena con otro, se entenderá que el primero era de vivienda habitual; establece la necesidad de señalar una causa que los justifique; se establece una presunción de arrendamiento de vivienda habitual si no se dice lo contrario; un desistimiento por parte del arrendatario al mes de su formalización y con diez días de preaviso sin indemnización para el propietario (hasta ahora seis meses y un mes preaviso); fianza solo de un mes, y reparaciones a cargo del propietario. En conclusión, parece que se pretende totalmente desincentivar al propietario. Al terminar estas líneas ERC ha vuelto a presentar la proposición de Ley en el Congreso, con ligeras modificaciones solo del tema competencial favorables a Cataluña para que JUNTS la apruebe.

Inscripción de la Representación Gráfica Catastral de fincas matrices con División en Propiedad Horizontal. Los inmuebles sobre parcela coordinada.

Registration of Cadastral Graphical Representations of Properties Subject to Horizontal Property Regimes. Real Estate within Coordinated Land Parcels

por

DIEGO HERMOSO MESA

Diploma en cartografía catastral y bases gráficas registrales.

Universidad Autónoma Madrid

Registrador de la propiedad

RESUMEN: El sistema de coordinación entre Registro de la Propiedad y Catastro en España exige ya, para su progresivo desarrollo, la inscripción de las representaciones gráficas catastrales (RGC) de las fincas registrales matrices divididas en propiedad horizontal. Y ello por su gran aplicación práctica, puesto que afecta a un gran número de parcelas catastrales urbanas y a un número aún mayor de fincas registrales.

Desde la Resolución conjunta de 7 octubre de 2020, las dos Direcciones Generales de Catastro y de Seguridad Jurídica y Fe pública establecieron el sistema para lograrlo y desde el año 2023 se implementó el servicio catastral que lo favorece en la práctica diaria.

Son los titulares registrales del dominio o derechos reales de cada elemento independiente o sus representantes y/o las comunidades de propietarios quienes están legitimados para solicitarlo y los Registradores de la Propiedad quienes pueden impulsarlo y aplicarlo.

La cuestión es si casi cinco años después de la regulación incluida en la Resolución conjunta —y ante su escasa implementación práctica— es conveniente dictar otra que favorezca su ejecución y amplíe la legitimación de quienes pueden o deben solicitarla.

ABSTRACT: The coordination system between the Land Registry and the Cadastre in Spain now requires, for its progressive development, the registration of the cadastral graphical representations (CGRs) within the parent properties subdivided under the horizontal property regime. This requirement arises due to its significant practical implications, as it affects a large number of urban cadastral parcels and an even greater number of registered properties.

Following the Joint Resolution of 7 October 2020, the two competent authorities—the Directorate General for the Cadastre and the Directorate General for Legal Certainty and Public Faith—established the framework for such coordination, and since 2023, a cadastral service has been implemented to support its application in day-to-day practice.

It is the registered holders of ownership or of real rights over each independent unit, or their authorised representatives and/or the communities of property owners, who are legally entitled to request such registration. Moreover, it is within the powers of the Land Registrars to promote and implement this process.

The issue at stake is whether, nearly five years after the aforementioned Joint Resolution, it is now appropriate to issue a new resolution to enhance its implementation and to clarify the rules concerning the standing required to request such registration.

PALABRAS CLAVE: División horizontal. Finca Matriz. Parcela urbana catastral. Inmueble en parcela coordinada. Incorporación al folio electrónico.

KEYWORDS: Condominium regime. Parent parcel. Urban cadastral parcel. Property on a Coordinated Cadastral Parcel. Incorporation into the Electronic Land Registry Folio.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES.—II. MOTIVOS PARA FAVORECER LA COORDINACIÓN ENTRE CATASTRO Y REGISTRO DE LAS FINCAS DIVIDIDAS EN PROPIEDAD HORIZONTAL.—III. FUNDAMENTO LEGAL DE LA COORDINACIÓN CATASTRO-REGISTRO DE FINCAS EN DIVISIÓN HORIZONTAL.—IV. PROCEDIMIENTO PARA LA INCORPORA-

CIÓN AL FOLIO REAL ELECTRÓNICO DE LA COORDINACIÓN CON LA PARCELA CATASTRAL.—V. INSCRIPCIÓN Y EFECTOS.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES Y JURISPRUDENCIA.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. ANTECEDENTES

La Ley 13/2015 de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo tuvo entre sus objetivos principales mejorar la coordinación de descripciones entre el Registro de la Propiedad y el Catastro, con la finalidad de lograr una mayor seguridad jurídica, evitando las diferencias descriptivas de los inmuebles entre ambas instituciones, lo que supone además incrementar el valor de los inmuebles (Preámbulo III de dicha Ley).

Transcurridos diez años de su entrada en vigor, procede reflexionar sobre los resultados de su aplicación. En esta exposición se tratará de analizarlos respecto a un supuesto muy concreto: la inscripción de la representación gráfica de aquellas parcelas catastrales que coinciden con fincas registrales urbanas que son denominadas como “fincas matrices” (finca donde se describe el suelo edificable y la construcción en su conjunto) ya que a su vez se han dividido (DH) en propiedad horizontal (PH), formando elementos independientes configurados como auténticas fincas registrales y analizar los efectos que dicha inscripción produce en los inmuebles inscritos sobre esa parcela coordinada con Catastro.

Nos estamos refiriendo, obviamente a los inmuebles que, conforme al artículo 8 del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (LH): *“Se inscribirán como una sola finca bajo un mismo número...Cuarto Los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluida o, por lo menos, comenzada. En la inscripción se describirán, con las circunstancias prescritas por la Ley, además del inmueble en su conjunto, sus distintos pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente, asignando a éstos un número correlativo, escrito en letra y la cuota de participación que a cada uno corresponde en relación con el inmueble. En la inscripción del solar o del edificio en conjunto se harán constar los pisos meramente proyectados. Se incluirán además aquellas reglas contenidas en el título y en los estatutos que configuren el contenido y ejercicio de esta propiedad. La inscripción se practicará a favor del dueño del inmueble constituyente del régimen o de los titulares de todos y cada uno de sus pisos o locales. Quinto. Los pisos*

o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal, siempre que conste previamente en la inscripción del inmueble la constitución de dicho régimen”.

Este supuesto no ha sido tratado por la doctrina, o lo ha sido muy someramente, dicho sea sin perjuicio de las extraordinarias aportaciones de los autores relacionados en la bibliografía y los protocolos de buenas prácticas del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (CORPME)¹ y no ha tenido amplia repercusión práctica en estos años de aplicación de la reforma.

Sin embargo, se considera que está llamado a generalizarse al afectar a la mayoría de las fincas inscritas en los Registros de la Propiedad y generar muy positivos efectos.

La importancia en términos globales de la reforma de 2015 se demuestra por la consideración de la misma como parte del Plan Estratégico Nacional. Efectivamente, en la web del Portal de transparencia de la Administración del Estado, figuraba como parte del mismo, dentro del “eje: rendición de cuentas”, dicha coordinación como parte del III Plan de fecha 2017. Según el cronograma ese objetivo ya finalizó en 2019, pero aún falta por implementar parte; el texto se encuentra disponible en:

4.3: Mejora de la calidad de los datos inmobiliarios mediante la coordinación del Catastro y del Registro de la Propiedad – Compromisos del III Plan de Gobierno Abierto – III Plan de Gobierno Abierto – Gobierno Abierto – Portal de la Transparencia de la Administración del Estado. España – Inicio.

Y es cierto que la coordinación pretendida entre parcelas-fincas que se corresponden con suelos, edificados o no, está siendo muy solicitada e impulsada proactivamente por los titulares de inmuebles en los supuestos en los que la representación gráfica de la finca registral le aporta un evidente valor añadido a la misma, bien al atribuirle seguridad jurídica, bien para mejor defensa de sus linderos. Y ello gracias a que las presunciones de la Ley Hipotecaria a favor del titular registral se expanden a su representación gráfica, una vez coordinada la finca registral con su parcela catastral.

Dicha solicitud de coordinación se realiza a través de un procedimiento muy ágil ante el Registro de la Propiedad competente o en la sede electrónica de los Registradores, mediante instancia en el momento de presentación de cualquier título cuyo contenido vaya a acceder al Registro, bien en el momento del otorgamiento del título (administrativo, judicial, notarial o privado) que luego será objeto de presentación en el Registro de la Propiedad (Artículos 199 y 201.3.b de la Ley Hipotecaria) o bien en momento posterior como operación individualizada.

Según la sede de Catastro —donde puede actualizarse la cifra— existen ya coordinados 1.652.000 inmuebles, sobre unas 1.202.000 parcelas coordinadas.²

E incluso puede que en la realidad existan más: los envíos generados por los Registros de la Propiedad son de unas diez veces más de parcelas que se encuentran pendientes de procesamiento en la base de datos de Catastro, en situaciones de precoordiación, de suministro, etc. por lo que la cifra en trámite es probablemente muy superior.

Pero todo lo expuesto se refiere —en cuanto al 1.202.000 parcelas coordinadas— a la definición clásica de parcela como “espacio terrestre delimitado por línea poligonal”.

Y es que el concepto de parcela catastral es mucho más limitado —en este sentido— que el concepto finca registral; la Dirección General de Seguridad jurídica y Fe pública (DGSJFP) (antes de los Registros y del Notariado), en Resolución de 30 de mayo de 2009 —recogiendo otras múltiples— señalaba esa circunstancia obvia: *“el concepto de finca inscrita hoy día no se limita a su descripción perimetral, sino que abarca también su edificabilidad...esta DG ya tuvo oportunidad de identificar como finca independiente el volumen identificable...y el propio Texto Refundido de la Ley del Suelo ha sancionado esta concepción moderna de finca en su artículo 17 a) cuando la define como unidad de suelo o de edificación atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o a varios proindiviso, que puede situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo”*.

Pues precisamente esas fincas registrales no figuran como “coordinadas” con el Catastro, ni tampoco la superficie sobre las que están edificadas (lo cual es llamativo)³.

La regulación más común de las fincas configuradas como espacio o volumen identificable es la del régimen de propiedad horizontal que se regula por los arts. 396 y 401 y concordantes del Código Civil (Cc), por la Ley 49/1960 de Propiedad Horizontal de 21 de julio con múltiples modificaciones, la última de 28 diciembre 2023 (LPH) y por la legislación hipotecaria ex art. 8. 4.^a LH y concordantes del Reglamento Hipotecario (RH). Además, en el ámbito de la propiedad horizontal, como bien es sabido, no sólo se regulan los edificios por pisos o locales, trasteros, plazas de garaje, etc. sino que también abarca conjuntos inmobiliarios, complejos inmobiliarios privados, urbanizaciones privadas, puentes deportivos, etc.

Así pues, en las parcelas catastrales donde exista una edificación dividida en propiedad horizontal, habrá inscritas tantas fincas y subfincas registrales como resultantes de la división horizontal, relacionadas en la finca matriz (elementos privativos) que a su vez tendrán cada una un número de finca independiente (art.8.4 LH).

Lo cierto es que, transcurrido ya un decenio desde la entrada en vigor de la reforma operada en la Ley Hipotecaria por la Ley 13/2015, de 24 de junio, en los supuestos relativos a fincas configuradas en régimen de propiedad horizontal

—que representan, según estimaciones consolidadas, más del setenta y cinco por ciento del total de fincas inscritas en los Registros de la Propiedad en España—, el número de fincas matrices a las que se ha procedido a incorporar la correspondiente representación gráfica georreferenciada conforme a lo dispuesto en los artículos 9.b) y 10 de la Ley Hipotecaria ha sido notoriamente reducido⁴.

Se trata de fincas matrices en las que constan inscritas la superficie, los linderos perimetrales y la edificación, extremos todos ellos susceptibles de ser coordinados con la correspondiente parcela catastral.

Pese a ello, la práctica registral ha revelado una escasa aplicación de dicha posibilidad, con la consiguiente pérdida de los efectos jurídicos inherentes a la coordinación gráfica registral. En este sentido, resulta particularmente ilustrativa la evolución estadística catastral antes referida, la cual pone de manifiesto que el grado de implantación de la referida coordinación en este tipo de fincas ha sido significativamente inferior al que cabría razonablemente esperar, siendo su desarrollo, por tanto, manifiestamente mejorable.

El escaso volumen de coordinación en el supuesto contemplado probablemente se deba a alguna de las siguientes causas:

- 1) Porque los titulares registrales legitimados para solicitarlo no han considerado que esa coordinación aporte un mayor valor a sus inmuebles ya que éstos, de por sí, están perfectamente definidos en sus linderos reales arquitectónicos y perfectamente identificados en sus descripciones registrales, con lo cual, esa coordinación no les supone ninguna mayor protección jurídica. La falta de ventaja económico-jurídica conllevaría que apenas la han solicitado (y en esta materia se aplica el principio registral de rogación ex art. 6 Ley Hipotecaria).
- 2) Porque la constancia de la referencia catastral dentro de la descripción literaria de la finca-elemento independiente, ha servido de enlace suficiente entre Catastro y Registro como sucedáneo de la coordinación⁵. El art. 9.1 LH establece: *“El folio real de cada finca incorporará necesariamente el código registral único de aquélla. Los asientos del Registro contendrán la expresión de las circunstancias relativas al sujeto, objeto y contenido de los derechos inscribibles según resulten del título y los asientos del registro, previa calificación del Registrador... Igualmente se incluirá la referencia catastral del inmueble o inmuebles que la integren y el hecho de estar o no la finca coordinada gráficamente con el Catastro en los términos del artículo 10”*. Y ello matizado por la doctrina de la DGSJFP de 3 noviembre 2016 que señala que la aportación de la referencia catastral no es obligatoria tras la Ley 13/2015 y por las manifiestas diferencias entre *“representación gráfica”* (RGC) y *“constancia registral de la referencia catastral”* (entre otras, Resolución DGSJFP de 16 de

mayo de 2018 que recoge anteriores desde la Resolución de 6 de mayo de 2016)⁶.

- 3) Porque el Catastro representa gráficamente, por ahora, sólo la parcela —el suelo en sentido de línea poligonal cerrada de parte de la corteza terrestre, como se frecuentaba definir— en la que se enclava la total edificación dividida en propiedad horizontal. Y en ese momento en que le consta dividida en propiedad horizontal, le deja de asignar referencia catastral a la parcela con el edificio, y sólo tienen “referencia catastral” (una para cada elemento) los resultantes de la división horizontal. Con lo que la parcela con el edificio deja de tener reflejo catastral alfanumérico y a cambio, los diferentes elementos (privativos y comunes) —que no quedan gráficamente representados— sí son quienes ostentan referencia catastral individualizada.

Es decir, para cualquier elemento en división horizontal de una edificación, el catastro ofrece la misma representación gráfica: la de la parcela sobre la que se asienta lo edificado (cuya identificación alfanumérica desaparece del Catastro) y sin embargo, los elementos que sí tienen cada uno su referencia alfanumérica, no tienen representación gráfica individualizada. Con lo cual no se inscribe la verdadera “representación gráfica”⁷.

- 4) Porque para inscribir la representación gráfica de cada elemento independiente de una división horizontal, la LH prevé otro sistema distinto que no tiene conexión con el aquí tratado, ni por ahora con la coordinación con Catastro: el plano arquitectónico de planta de cada elemento en división horizontal, tal como recoge el artículo 202.3 in fine de la LH: “... cuando se trate de edificaciones en régimen de propiedad horizontal, se hará constar en el folio real de cada elemento independiente su respectiva representación gráfica tomada del proyecto incorporado al libro (del edificio)”.

Y el apartado 8.º, regla 2.ª de la Resolución DGRN de 3 de noviembre de 2015 ya determinaba que podrá hacerse constar en el folio real de cada elemento de un régimen de propiedad horizontal su respectiva representación gráfica tomada del proyecto incorporado al libro del edificio. Para ello el registrador extraerá del proyecto el plano en planta de cada elemento y, con asignación del correspondiente código de finca registral, firmará electrónicamente el archivo a que se refiere el apartado tercero de esta Resolución-Circular, y cuyo código seguro de verificación (CSV) se hará constar en el folio real.

Y la Resolución DGRN de 16 de diciembre de 2015 destacaba que, con la reforma por la Ley 13/2015, se reforzaban las exigencias del principio de especialidad registral y señalaba que la exigencia del art. 202 en cuanto a los

elementos de un propiedad horizontal pretendía precisar una ubicación y delimitación de cada elemento mediante su respectiva representación gráfica, que no necesita estar georreferenciada (pues tal georreferenciación sólo se exige para la porción de suelo ocupada por la edificación en su conjunto), pero sí que permite, mediante la apreciación del plano en planta de cada elemento (o de cada una de sus plantas o anexos, si estuviera integrado por varios), concretar de manera precisa su ubicación y delimitación con respecto al resto de la edificación global de la que forma parte.

Por tanto, no es un supuesto de georreferenciación de representación gráfica y ni siquiera de constancia de coordenadas —como ocurre con las obras nuevas— sino de inscripción en folio de cada elemento independiente de la propiedad horizontal del plano en planta de cada elemento extraído del proyecto arquitectónico incorporado al libro del edificio, (Resoluciones DGRN de 16 de diciembre de 2015, 22 de julio de 2016, 19 de julio de 2018 y 13 de marzo de 2019).

El ámbito del artículo 202 LH no es pues un supuesto de georreferenciación propiamente dicho por la imposibilidad de aplicar en la actualidad a los elementos de una propiedad horizontal el sistema de proyección UTM, al sólo incluir coordenadas X e Y, que sólo se refieren al plano horizontal de proyección Y.

Sólo se convertirá en un verdadero supuesto de georreferenciación cuando el sistema actual se sustituya por otro sistema que incluya la coordenada Z de cada punto para el plano vertical. Lo cual está siendo objeto de desarrollo, aún incipiente, por parte de la Dirección General de Catastro⁸.

II. MOTIVOS PARA FAVORECER LA COORDINACIÓN ENTRE CATASTRO Y REGISTRO DE LAS FINCAS DIVIDIDAS EN PROPIEDAD HORIZONTAL

En la actualidad empero, la coordinación entre Registro y Catastro en esta materia de fincas registrales en regímenes de propiedad horizontal, tanto de la finca matriz con la descripción de los elementos comunes, comunes de uso privativo, procomunales, vinculados ob rem, etc. como su reflejo registral en las fincas y subfincas que configuran los elementos privativos, propter rem, vinculados, etc. sí se torna especialmente relevante por los siguientes motivos:

1. Por los propiamente expresados en la Exposición de Motivos de la Resolución de 7 octubre del 2020 de la Subsecretaría de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria democrática, por la que se publica la Resolución conjunta de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP) y de

la Dirección General del Catastro (DGC), por la que se aprueban especificaciones técnicas complementarias para la representación gráfica de las fincas sobre la cartografía catastral y otros requisitos para el intercambio de información entre el Catastro y el Registro de la Propiedad (BOE sábado 10 octubre 2020), que señala: “... Se regulan tres aspectos novedosos que *pueden tener una gran aplicación práctica*, como son,... *la de los solares con edificación en régimen de propiedad horizontal, que es la situación más frecuente en zonas urbanas consolidadas...*, *incluyéndose en la presente Resolución soluciones no contempladas en la actual operativa y que van a permitir coordinar los grandes ejes que vertebran nuestro territorio*”.

Es decir, para favorecer el desarrollo del proyecto de coordinación entre Catastro y Registro que sirve de eje para vertebrar el territorio: la coordinación está siendo un éxito al proporcionar seguridad jurídica a millones de parcelas y fincas registrales que hasta el momento de la incorporación de la representación gráfica no la tenían, sobre todo en las de naturaleza rústica o urbanas sin edificación en PH. Esa coordinación les ha multiplicado su valor de mercado.

2. Para evitar la extraña situación de no estar coordinadas la mayoría de parcelas catastrales urbanas con las correspondientes fincas matrices registrales donde se asientan edificaciones divididas en propiedad horizontal —cuando precisamente en su mayoría son las más fáciles de coordinar por su fácil identificación geográfica y casi generalizada identidad perimetral—.

Ello está distorsionando todo el proyecto de coordinación y provocando injustas críticas: se interpreta por algún detractor de la reforma que, hasta ahora, son pocas las fincas coordinadas con Catastro. Pero es que simplemente en la estadística oficial no figuran los millones de fincas registrales divididas en propiedad horizontal a cuya matriz fácilmente podría incorporársele su representación gráfica catastral coincidente.

3. Por los beneficios de carácter fiscal: los impuestos que toman como base imponible el valor del inmueble por metro cuadrado tienen un importe ya muy significativo y con la coordinación quedarán mucho mejor precisados (en beneficio tanto del obligado tributario como de la seguridad tributaria) al especificarse los metros cuadros de cada elemento privativo diferenciando entre útiles y construidos, separando la cabida de los elementos comunes, recogiendo la multitud de modalidades intermedias de usos, vinculaciones, etc. lo cual hasta ahora no se produce dado que el Catastro sólo divide la total superficie entre las cuotas de los elementos en división horizontal.

4. Por la seguridad jurídica que implica su geolocalización: la coordinación permitirá que las fincas registrales tengan asignada la referencia catastral con lo que estarán perfectamente geolocalizadas, con el subsiguiente beneficio de identificación (piénsese en caso de catástrofes, a efectos de aplicación de políticas

por las Administraciones Públicas, gestión de inmuebles por grandes tenedores, analítica de datos, etc.).

El Colegio Nacional de Registradores de España (CORPME), es plenamente consciente de esas ventajas de la coordinación y a su vez está siendo realista con respecto a su ritmo de implantación y de la geolocalización de fincas.

Baste recordar los premios nacionales —y la repercusión internacional para aplicarlo en casos análogos— que ha tenido el denominado “portal registral de emergencias” del Colegio de Registradores por su magnífica función en la gestión de desastres.⁹

Las ventajas que, considera el CORPME, aportaría esa geolocalización masiva de fincas registrales, las enumera (dentro del proceso interno de geolocalización desarrollado por el Servicio de Bases Gráficas) señalando: *“saber cuál es el parque de fincas geolocalizadas en todo el territorio nacional y que esa información pueda servir para apoyar procesos de desarrollos urbanísticos, de concentración parcelaria, expropiaciones..., mejorar la operatividad del Portal Registral de Emergencias, la elaboración de capas gráficas propias (por ejemplo, en materia de avenidas y retornos de aguas pluviales), la colaboración en materia de deslindes administrativos o dar respuesta a las peticiones de localización masiva de fincas en nuestros Registros por su referencia catastral o localización”*.

Por todo lo cual, el CORPME está promoviendo un proyecto voluntario entre los registradores de la propiedad, que *“tiene por objeto tratar de geolocalizar el mayor número de fincas registrales dentro de un distrito hipotecario sobre el parcelario catastral... se emplea, exclusivamente, sólo aquella información existente en las bases de datos de los registros...tales como: ...Referencia catastral, polígono y/o parcela u otros datos catastrales que permitan localizar la parcela catastral.”*

Es decir, se considera que aprovechar, entre otros, los datos que dentro de la descripción de la finca registral contienen referencia catastral (aunque la misma no haya sido coordinada) será útil para impulsar los objetivos antes relacionados, como solución aproximativa pero factible, antes de lograr la coordinación Catastro-Registro tal como está diseñada en la Resolución Conjunta.

5. Por la posibilidad de aplicar con ello los avances tecnológicos: ya parece cercana una posible capa catastral en 3D con representación gráfica de cada elemento dividido en propiedad horizontal. De ese modo el Registro de la Propiedad tendrá posibilidad de incorporar los planos de los elementos divididos en Propiedad horizontal procedentes del Catastro y no sólo por el sistema actual del proyecto del libro de edificio, tal como ha venido sucediendo hasta ahora de conformidad con el artículo 202 de la Ley Hipotecaria, antes citado.

Y se podrá incorporar esa capa en 3D¹⁰, alojada en la base de datos del Catastro, como un servicio en línea más, incluido dentro del denominado *“informe*

*catastral de ubicación de las construcciones*¹¹, tal como se apunta en la Resolución conjunta de 7 octubre 2020.

III. FUNDAMENTO LEGAL DE LA COORDINACIÓN CATASTRO-REGISTRO DE FINCAS EN DIVISIÓN HORIZONTAL.

El marco normativo con rango de Ley que sustenta este procedimiento se encuentra con carácter general en los artículos 9 y 199 de la Ley Hipotecaria y en los artículos 10 y 14 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario. Estos artículos establecen las bases para la incorporación de la representación gráfica catastral en las fincas matrices de inmuebles divididos en propiedad horizontal, promoviendo una mayor claridad y precisión en la descripción de los inmuebles.

II. Y el marco normativo del procedimiento específico para parcelas que contienen elementos divididos en propiedad horizontal y normas técnicas para la coordinación gráfica de solares y edificaciones en Propiedad Horizontal, se encuentra establecido en la ya citada Resolución de 7 de octubre de 2020, de la Subsecretaría de la Presidencia, relaciones con las Cortes y memoria democrática, por la que se publica la Resolución conjunta de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública y de la Dirección General del Catastro,

III. A su vez, el marco normativo general de intercambio de información entre el Catastro y el Registro, viene establecido por:

A) el artículo 10.6 de la LH:” 6. *Con el fin de asegurar el intercambio de información entre el Catastro y el Registro de la Propiedad, así como la interoperabilidad entre sus sistemas de información, mediante resolución conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy DGSJFP) y de la Dirección General del Catastro, se regularán:*

a) La forma, contenido, plazos y requisitos del suministro mutuo de información que sea relevante para el cumplimiento de las funciones respectivas.

b) Las características y funcionalidades del sistema de intercambio de información, así como del servicio de identificación y representación gráfica de las fincas sobre la cartografía catastral.

c) Los requisitos que deben cumplir la descripción técnica y la representación gráfica alternativa que se aporte al Registro de la Propiedad en los supuestos legalmente previstos”.

B) Resolución de 29 de octubre de 2015, de la Subsecretaría, por la que se publica la Resolución conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro, por la que se regulan los requisitos técnicos para el intercambio de información entre el Catastro y los Registros de la Propiedad. (BOE viernes 30 octubre 2015).¹²

IV. PROCEDIMIENTO PARA LA INCORPORACIÓN AL FOLIO REAL ELECTRÓNICO DE LA COORDINACIÓN CON LA PARCELA CATASTRAL

Existen dos supuestos claramente diferenciados¹³:

- a) aquellos en los que se inscriba una obra nueva y/o división horizontal por primera vez, partiendo de una finca registral que figura inscrita como “parcela” conforme al artículo 26 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: *“Formación de fincas y parcelas, relación entre ellas y complejos inmobiliarios. 1. Constituye a) Finca: la unidad de suelo o de edificación atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o varios en proindiviso, que puede situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo. Cuando, conforme a la legislación hipotecaria, pueda abrir folio en el Registro de la Propiedad, tiene la consideración de finca registral. b) Parcela: la unidad de suelo, tanto en la rasante como en el vuelo o el subsuelo, que tenga atribuida edificabilidad y uso o sólo uso urbanístico independiente.”*
- b) y aquellos en los que ya consta inscrita la obra nueva y la división horizontal con anterioridad. Este supuesto se desdobra en dos: que se inste ahora la coordinación con la RGC como operación única específica, o que se solicite a la vez que se inste la práctica de otra operación registral (sea otra inscripción, anotación o cancelación).

I. Para los supuestos en los que se inscriba una obra nueva y/o división horizontal por primera vez, existe un procedimiento ordinario. No parece necesario exponer pormenorizadamente ese procedimiento dado que sigue la tramitación general y es solicitado por el titular registral que insta la inscripción de la obra nueva y/o división horizontal ab initio sobre la finca urbana que consta inscrita como solar (generalmente el promotor). Sucintamente:

- a) tras practicarse la inscripción con apertura de nuevo folio electrónico y nuevo “código único registral” identificador alfanumérico para toda España de cada finca registral (CRU) a las nuevas fincas,
- b) se genera un envío a Catastro de los correspondientes nuevos CRU y la constancia en la finca matriz y en las fincas divididas en PH.
- c) posteriormente, Catastro comunica al Registro de la Propiedad el alta catastral con sus nuevas referencias respecto a cada nueva finca en DH.
- d) el Registro practica las correspondientes notas marginales de coordinación.

La asignación del CRU registral que se comunica por el Registro al Catastro, viene también contemplado en la norma 11 de la Resolución de 7 octubre 2020:

“El Catastro incorporará en sus datos el código registral único de dichas fincas diferenciado del que corresponde a cada uno de los elementos privativos... con ocasión de la declaración de una obra nueva terminada”

II. Si se expone con más detalle el procedimiento para los supuestos en los que se pretende la coordinación con ocasión de la realización de cualquier operación registral sobre cualquier elemento de la división horizontal ya inscrita con anterioridad:

A) Legitimación para Iniciar el Procedimiento:

1. El procedimiento —como norma general— se podrá iniciar a instancia del titular registral o del titular de un derecho real, o “de quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir” (art. 6 LH) de cualesquiera elementos independientes de la división horizontal mediante la aportación de la representación gráfica alternativa de la finca georreferenciada o la correspondiente certificación catastral descriptiva y gráfica de la parcela catastral sobre la que se asienta la edificación. No es necesaria la acreditación de no sujeción al impuesto en una instancia privada iniciadora del procedimiento del artículo 199 LH (disponible en RDGRN 12.09.2016).
2. En caso de PH lo lógico es que quien inicie el procedimiento lo fuere la comunidad de propietarios, representada por su presidente u órganos de la comunidad de propietarios legitimadas para ello (ya que beneficiará a todas las fincas resultantes de la DH). Los representantes podrán iniciar el procedimiento (art. 13 LPH) sin necesidad de acuerdo expreso por parte de la comunidad, al tratarse de un mero acto establecido por la normativa catastral e hipotecaria y serlo en cumplimiento de disposiciones legales.
3. Pero existe también la posibilidad de que uno solo de los titulares registrales de uno de los elementos divididos en PH inicie el procedimiento, siempre que no se afecte ninguna finca colindante ni modifiquen linderos ni cabida de la matriz. Esta posibilidad es clave para lograr la coordinación del mayor número de fincas registrales-parcelas catastrales, ya que supone abrir el procedimiento de coordinación por cualquier acto jurídico con trascendencia registral a iniciativa de cualquier titular registral de un inmueble incluido en una división horizontal.

En todo caso, cabe dicha rogación al tratarse de actos legalmente establecidos y/o en beneficio de la comunidad, conforme a doctrina de la DGSJFP: “el consentimiento de los titulares registrales no será necesario cuando se trate de actos de ejecución de una sentencia firme, ni cuando se trate de actos de administración ordinaria que redunden en beneficio de todos los comuneros, o que sean legalmente establecidos o acordados unánimemente en junta de propietarios.”

La cuestión en este segundo supuesto merece algún comentario: ¿cabe iniciar el procedimiento por cualesquiera de los titulares registrales de uno de los elementos divididos en propiedad horizontal, respecto al cual ostente facultades de administración o de disposición —aunque no tenga expresamente autorización de la comunidad de propietarios en su conjunto— ya que se trata un acto beneficioso para el inmueble en régimen de propiedad horizontal en su conjunto y deriva de la aplicación de normas generales (Ley del Catastro y Ley Hipotecaria)? Obviamente, siempre que concurra el hecho imprescindible de que la descripción y cabida de la parcela catastral coincida con la de la finca registral matriz y no haya afectadas fincas colindantes.

El argumento a favor reside en la propia norma hipotecaria (art. 199 LH) que permite iniciarlo por el titular registral (del elemento privativo en PH), estableciendo un sistema de notificaciones practicadas por el propio registrador a los órganos de la comunidad y en la existencia de la certificación catastral coincidente con la matriz, con lo cual, cualquiera de los titulares de la edificación tendrá a su favor la misma descripción gráfica de su finca registral (la de la parcela en su conjunto)¹⁴.

Obsérvese que tras la inscripción de coordinación en la matriz ésta no tendrá una referencia catastral nueva, sino que será en cada uno de los elementos privativos donde figurará la categorización de *“inmueble sobre parcela coordinada”*.

Esa interpretación la avala la Resolución conjunta de 7 de octubre 2020, que en su Acuerdo UNDÉCIMO, ya diferencia entre “personas” —refiriéndose a cada titular de cada elemento— y a “los órganos de comunidad”, como “personas” y “órganos” diferenciados que pueden instar la coordinación.

Y también la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe pública ha ido evolucionando a favor de dicha legitimación de cada titular registral de cada elemento de la PH:

- a) La Resolución de 22 de Julio de 2016, parecía oponerse, pero con la salvedad precisamente de la representación gráfica de la finca matriz: *“En los procedimientos de inscripción de representación gráfica catastral en inmuebles divididos en propiedad horizontal, no se podrá realizar la inscripción de dicha representación gráfica sin el consentimiento unánime de los propietarios, salvo en los casos en los que se trate de la representación gráfica de la finca matriz.”*
- b) Pero la Resolución de 7 de octubre de 2020 ya lo admite para cada elemento de la PH: *“La inscripción de la representación gráfica catastral de un elemento dividido en propiedad horizontal podrá ser admitida, de manera excepcional, siempre que dicha inscripción se encuentre bajo la salvaguardia de los tribunales y no se altere la cabida de la finca sin el consentimiento de los colindantes.”*

- c) Y Resolución de 26 de Julio de 2021 supone la posibilidad de que el titular de una casa adosada georreferencie la finca matriz, sin necesidad de proporcionar la de su vivienda individual: *“En los procedimientos de división horizontal de casas adosadas, no será necesario proporcionar las coordenadas georreferenciadas de cada vivienda individual, siempre y cuando la finca matriz en su conjunto esté debidamente georreferenciada en el Catastro.”*

A pesar de lo expuesto, es indudable que aún hay dudas fundadas en los registradores de la propiedad respecto a la posibilidad de iniciar el procedimiento simplemente con la solicitud de algún titular registral de algún elemento independiente de la PH.

La Resolución conjunta, como veremos, no contiene norma especial respecto a la legitimación y al socaire de regular quiénes pueden solicitar la certificación catastral se refiere a: *“...se solicite por las personas u órganos de la comunidad de propietarios legitimadas para ello.”* Con lo cual, el término “personas” puede ser objeto tanto de una interpretación extensa como restrictiva.

Y desde luego, si se interpreta restrictivamente la legitimación para poder solicitar la coordinación, exigiendo acuerdo previo de la junta de propietarios (artículo 17 LPH) efectivamente, la implantación de la coordinación en estos casos se retrasaría.

Cabe añadir que el registrador de la propiedad puede facilitar esa coordinación, ya que tanto la Ley Hipotecaria y la del Catastro, como las Resoluciones conjuntas de las DDGG le asignan el acceso a los medios informáticos y servicios catastrales para conseguir esa coordinación y le confieren un rol proactivo. Véase, por ejemplo, la doctrina de la Dirección General respecto a obtener directamente del Catastro —el registrador— las coordenadas de la porción de suelo ocupada (disponible en RDGRN 06.02.2017).

Es más, la conformación estructurada de los campos de la base de datos del Registro de la Propiedad tras la entrada en vigor de la Ley 11/2023, de 8 de mayo, de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria, que incluye la digitalización de actuaciones notariales y registrales, establece: *“Dieciocho. Se introduce una disposición adicional primera. Adaptación e incorporación de los principios de administración electrónica a los procedimientos y actuaciones previstos en la legislación hipotecaria...1. Los registradores de la propiedad y mercantiles utilizarán las tecnologías de la información...”* y por tanto, esa norma impone avanzar en la coordinación utilizando dichas tecnologías, de modo que cada registrador está llamado, también a estos efectos, a hacer buen uso de la herramienta que ya quedó determinada en el artículo 9 LH: *“Todos los registradores dispondrán, como elemento auxiliar*

de calificación, de una única aplicación informática suministrada y diseñada por el Colegio de Registradores e integrada en su sistema informático único, bajo el principio de neutralidad tecnológica, para el tratamiento de representaciones gráficas, que permita relacionarlas con las descripciones de las fincas contenidas en el folio real, previniendo además la invasión del dominio público, así como la consulta de las limitaciones al dominio que puedan derivarse de la clasificación y calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente”.

Podrá, por tanto, generar informes de fincas matrices que ya contienen referencias catastrales en las fincas de su división horizontal con referencia catastrales. Ello permitirá determinar la parcela catastral coincidente con la matriz respectiva y calificar su descripción geoespacial y cabida para conocer si es susceptible de coordinación o no y si basta con certificación catastral o precisa una representación gráfica georreferenciada alternativa, expedida por técnico competente.

B) Fases del Procedimiento Registral¹⁵.

La representación gráfica podrá incorporarse con carácter potestativo al tiempo de formalizarse cualquier acto inscribible, o como operación registral específica. En ambos casos se aplicarán los requisitos establecidos en el artículo 199 (art. 9 LH).

El expediente registral al respecto está regulado con carácter general en el artículo 199.1 de la Ley Hipotecaria, con referencia a los artículos 10.1 y 10.5-38 de la misma Ley y se regula también en la Resolución de la Resolución de 7 de octubre de 2020, de la Subsecretaría, antes citada que en su “acuerda” UNDÉCI-MO, en cuanto recoge lo siguiente:

I. El procedimiento para la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca se ajustará a las siguientes reglas (con carácter general):

1. Se tramitará con carácter previo a la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca y a la rectificación de su descripción en cuanto a su ubicación y delimitación, salvo que proceda su inscripción simultánea con la inscripción de la obra nueva, división horizontal u otros actos inscribibles.
2. Para la incorporación de la representación gráfica de la finca al folio real, deberá aportarse junto con el título inscribible la certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en este caso, de la finca matriz, salvo que se trate de uno de los supuestos en los que la ley admita otra representación gráfica georreferenciada alternativa. (art.9 LH)

La base de representación gráfica de las fincas registrales será la cartografía catastral, que estará a disposición de los registradores de la propiedad.¹⁶

En los casos de incorporación de la representación gráfica georreferenciada conforme a lo dispuesto en la letra b) del artículo 9, deberá aportarse, junto al título inscribible, certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, salvo que se trate de uno de los supuestos regulados en el apartado 3 de este artículo. (art.10 LH)

II. Instrumentos específicos: el Catastro —una vez dividida la parcela-finca en división horizontal NO asigna ninguna referencia catastral a la parcela, sino a cada uno de los elementos privativos en los que se ha dividido— al objeto de poder establecer la coordinación gráfica con el Catastro respecto de las fincas registrales sobre las que conste inscrito un régimen de propiedad horizontal. Por ello, la Resolución conjunta establece específicamente varios instrumentos alternativos (servicios catastrales a disposición del registrador y la certificación de la parcela a disposición de los legitimados, como es la regla general).

Se exponen siguiendo la literalidad del texto de la Resolución conjunta:

a) Servicio de certificación de parcelas en PH: *“1...El Catastro facilitará un servicio de certificación de parcelas sujetas al régimen de propiedad horizontal, que incluirá su geometría y un identificador asignado a estos solos efectos. A dicho servicio se accede por los Registros a través del aplicativo de gestión registral-GIS; éste conecta con el servicio catastral a través del menú cargar bases gráficas, una vez seleccionada la referencia catastral, y marcada la opción certificación parcela catastral, remitirá la CEPC (certificación especial de parcela catastral).”*

Esta certificación no implica la consideración de dichas parcelas como inmuebles catastrales independientes, sino que tiene como única finalidad facilitar al Registro de la Propiedad la coordinación gráfica con el Catastro de las parcelas en las que se encuentre enclavado un edificio sujeto al régimen de propiedad horizontal.”

Este sistema se confirma incluso en otra Resolución de 8 de abril de 2021, de la Subsecretaría, por la que se publica la Resolución de 29 de marzo de 2021, conjunta de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública y de la Dirección General del Catastro, por la que se aprueban las normas técnicas para la incorporación de la representación gráfica de inmuebles en documentos notariales, que también hace referencia a dicho servicio, pero dirigido a los notarios y sin accederse a través del aplicativo GIS, que corresponde a los registradores: *“Undécimo. Solares edificados en régimen de propiedad horizontal. Al objeto de conocer las parcelas sobre las que exista inscrito un régimen de propiedad horizontal, el Catastro facilitará un servicio de certificación de parcelas sometidas al régimen de propiedad horizontal, que incluirá su geometría e identificador. Esta certificación no implica la consideración de dichas parcelas como inmuebles catastrales independientes, sino que tiene como única finalidad informar*

al notario de las parcelas sobre las que se encuentra un edificio sometido al régimen de división horizontal.”

b) Certificación catastral con ocasión de inscripción de la base gráfica del inmueble matriz: “2. *El Catastro incorporará en sus datos el código registral único de dichas fincas diferenciado del que corresponde a cada uno de los elementos privativos. De este modo, cuando, con ocasión de la declaración de una obra nueva terminada o bien como consecuencia de una operación específica, se solicite por las personas u órganos de la comunidad de propietarios legitimadas para ello la inscripción de la base gráfica del inmueble matriz en el que se enclava la edificación, se podrá aportar tanto la mencionada certificación de parcela como, en su caso, una representación gráfica georreferenciada alternativa, al objeto de establecer la situación de coordinación entre la finca registral matriz y la parcela catastral que se corresponda con el identificador asignado a estos solos efectos.*

La incorporación del CRU de la parcela —cuando ya no existe referencia catastral alfanumérica para dicha parcela— permite a estos exclusivos efectos obtener certificación catastral de la parcela que tendrá “identificador asignado a estos solos efectos”.

c) Servicio específico disponible para el Registro de la Propiedad:” 3. *El Registro de la Propiedad también podrá utilizar el servicio que al efecto está disponible en la sede electrónica de la Dirección General del Catastro, denominado «informe catastral de ubicación de las construcciones», con el fin de dar soporte a la previsión contenida en el artículo 202 de la Ley Hipotecaria.”*

En los tres supuestos y respecto del “identificador asignado a estos solos efectos” a que se refiere la Resolución (que aclara: “esta certificación no implica la consideración de dichas parcelas como inmuebles catastrales independientes”) hemos de mencionar que el identificador que se le asigna se configura alfanuméricamente sólo con los catorce primeros dígitos de la referencia catastral de los elementos divididos en propiedad horizontal, dado que de los veinte caracteres (parcelas urbanas), los siete primeros identifican la finca o parcela, los siete siguientes indican la hoja de plano donde se ubica, los cuatro siguientes identifican el inmueble dentro de la finca y finalmente, los dos últimos son caracteres de control. Por tanto, se utilizarán los catorce primeros caracteres para la finca matriz.

III. Y tras aportarse la mencionada certificación catastral específica de parcela, o representación gráfica alternativa, o el informe catastral de ubicación de parcelas” el Registrador calificará la correspondencia de la representación gráfica aportada con la descripción literaria de la finca que conste en el Registro. En caso de que se aprecie una total correspondencia entre la descripción literaria y la representación gráfica, el Registrador la inscribirá. Si existieran discrepan-

cias, se tramitará un expediente conforme a las reglas de esta Ley”. (Artículo 199 LH).

Se entenderá que existe correspondencia entre la representación gráfica aportada y la descripción literaria de la finca cuando ambos recintos se refieran básicamente a la misma porción del territorio y las diferencias de cabida, si las hubiera, no excedan del diez por ciento de la cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca inscrita ni su correcta diferenciación respecto de los colindantes (además, se aplican las cuestiones técnicas de margen de tolerancia en parcelas urbanas de $\pm 0,50$ metros a los bordes y menos del 5% determinadas en la DA 6.^a Orden Hacienda/1293/2018 de 19 abril).

IV. Simplificación del procedimiento: Sin embargo, el procedimiento se agiliza conforme a la doctrina contenida en la Resolución de 12 de febrero de 2016 DGRN y otras posteriores de la actual DGSJFP: *“podrá evitarse el uso de este complejo procedimiento en muchos casos de inscripción potestativa —diferencias de superficie de —10% y clara identificación sin rebasar el perímetro catastral y sin que el registrador considere que existe perjuicio para colindantes.”* (disponible en RDGRN 12.02.2016, RDGRN 27.09.2017, RDGRN 11.05.2018).

Ello es de gran trascendencia en la práctica, ya que las diferencias descriptivas gráficas entre parcelas catastrales con edificaciones divididas en PH y sus respectivas fincas matrices registrales, en zonas urbanas, casi todas tiene diferencias inferiores a ese 10%, con lo cual en la mayoría de los casos el procedimiento de coordinación es más rápido.

Cabe recordar que, a efectos de valorar la correspondencia de la representación gráfica aportada, en los supuestos de falta o insuficiencia de los documentos suministrados, el Registrador podrá utilizar, con carácter meramente auxiliar, otras representaciones gráficas disponibles, que le permitan averiguar las características topográficas de la finca y su línea poligonal de delimitación conforme al artículo 9 b) noveno LH antes expuesto.

Y también cabe utilizar base gráfica alternativa, conforme al Acuerdo Undécimo de la Resolución: *“se podrá aportar tanto la mencionada certificación de parcela como, en su caso, una representación gráfica georreferenciada alternativa al objeto de establecer la situación de coordinación entre la finca registral matriz y la parcela catastral que se corresponda con el identificador asignado a estos solos efectos.”*

En todo caso, la representación gráfica alternativa habrá de respetar la delimitación de la finca matriz o del perímetro del conjunto de las fincas aportadas que resulte de la cartografía catastral.

Si la representación gráfica alternativa afectara a parte de parcelas catastrales, deberá precisar la delimitación de las partes afectadas y no afectadas, y el conjunto de ellas habrá de respetar la delimitación que conste en la cartografía

catastral. Dicha representación gráfica deberá cumplir con los requisitos técnicos que permitan su incorporación al Catastro una vez practicada la operación registral.

V. Notificaciones¹⁷: Especial mención merecen las notificaciones exigidas en el art. 199.1LH en su caso, que habrán de practicarse con las singularidades establecidas: *“Cuando las fincas colindantes estén divididas en régimen de propiedad horizontal, la notificación se realizará al representante de la comunidad de propietarios. No será precisa la notificación a los titulares registrales de las fincas colindantes cuando se trate de pisos, locales u otros elementos situados en fincas divididas en régimen de propiedad horizontal.”*

Este precepto se refiere tanto a parcelas colindantes con la edificación que se está coordinando, como también a los casos en los que se haya iniciado la coordinación por uno solo (o no iniciado por la mayoría) de los titulares de elementos privativos. De ese modo la Comunidad de Propietarios tendrá conocimiento del procedimiento de coordinación y podrá contrastarlo, alegar lo que estime pertinente y o bien oponerse o bien aprovecharlo para todos los demás comuneros que lo deseen, según sea el caso.

La notificación deberá contener los elementos necesarios para comprobar, a través del sistema de geoportal de registradores, el titular registral que inicia el procedimiento y la coincidencia entre la parcela catastral y la matriz (con el margen mínimo de diferencia en la cabida). Para aceptar la propuesta de coordinación bastará la confirmación por parte de los representantes de la comunidad (artículo 13 LPH), conociendo o no la Junta de Propietarios según resulte de sus Estatutos (artículo 14 LPH).

V. INSCRIPCIÓN Y EFECTOS

A) Conforme a la Resolución de 7 octubre 2020:

1) Undécima.4: *“Una vez practicada la inscripción gráfica y establecida la coordinación Catastro-Registro en cuanto al suelo, dicha información se hará constar en el folio registral del solar (finca matriz) y en cada uno de los elementos privativos de la propiedad horizontal, inscribiéndose como “inmueble sobre parcela coordinada”.*

Es decir:

- la inscripción de la representación gráfica catastral se practicará, por inscripción, en la finca matriz (folio registral del solar y de la edificación en su conjunto).
- Y se practicará nota marginal en la finca de quien ha instado la coordinación. Figurando en la misma: la referencia catastral correspondiente,

el “hecho de la coordinación respecto a la matriz” y la fecha en la que se practica dicha nota marginal.

- Y tanto en la citada nota marginal, como en la base de datos del Catastro, figurará con la frase: “*inmueble sobre parcela coordinada*”.

No obstante, cabe aclarar cómo proceder en los casos en los que sólo uno o algunos de los titulares de las fincas en división horizontal (y no la comunidad en su conjunto a través de sus representantes) fueran quienes hubieran iniciado el procedimiento.

En esos supuestos se inscribirá la coordinación en la finca matriz, pero la nota marginal se practicará sólo en la de la finca de quien inició el procedimiento, que es quien lo ha solicitado. Y según vayan accediendo operaciones registrales instadas por los demás titulares registrales de los demás elementos privativos, se irán practicando las notas marginales siempre que así lo soliciten sus titulares o representantes.

2) Undécima.5: *En los certificados que el Catastro emita de los elementos privativos de los referidos inmuebles se hará constar esta circunstancia.”.*

Igualmente, respecto a la publicidad formal registral¹⁸, en toda forma de publicidad registral de cada elemento independiente de la PH habrá de expresarse, además de la referencia catastral que corresponda a la finca, si está o no coordinada gráficamente con el Catastro a una fecha determinada la parcela sobre la que se asienta.

Otro tanto acontecerá cuando se expida publicidad formal de la finca matriz.

B) Conforme a la LH, con carácter general y resumiendo, serán aplicables además las siguientes reglas de procedimiento:

1. La representación gráfica aportada será objeto de incorporación al folio real de la finca matriz, siempre que no se alberguen dudas por el registrador sobre la correspondencia entre dicha representación y la finca inscrita, valorando la falta de coincidencia, siquiera parcial, con otra representación gráfica previamente incorporada, así como la posible invasión del dominio público.

2. El registrador incorporará al folio real la representación gráfica catastral aportada siempre que se corresponda con la descripción literaria de la finca, haciendo constar expresamente en el asiento que en la fecha correspondiente la finca ha quedado coordinada gráficamente con el Catastro. Asimismo, el registrador trasladará al Catastro el código registral de las fincas que hayan sido coordinadas.

En el supuesto de que la correspondencia no haya quedado acreditada, el registrador dará traslado de esta circunstancia al Catastro por medios telemáticos, motivando a través de un informe las causas que hayan impedido la coordinación, a efectos de que, en su caso, el Catastro incoe el procedimiento oportuno.

3. Una vez inscrita la representación gráfica georreferenciada de la finca, su cabida será la resultante de dicha representación, rectificándose, si fuera preciso,

la que previamente constare en la descripción literaria. El registrador notificará el hecho de haberse practicado tal rectificación a los titulares de derechos inscritos, salvo que del título presentado o de los trámites del artículo 199 ya constare su notificación (art. 10 LH).

La aplicación de esta norma general al caso de PH, implica que se notificará, como se ha señalado antes, a la comunidad de propietarios en la que se incluya el elemento cuyo titular ha instado el procedimiento de coordinación.

4. Alcanzada la coordinación gráfica con el Catastro e inscrita la representación gráfica de la finca en el Registro de la Propiedad, se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38LH, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real.¹⁹

Esta presunción igualmente regirá cuando se hubiera incorporado al folio real una representación gráfica alternativa, en los supuestos en que dicha representación haya sido validada previamente por una autoridad pública, y hayan transcurrido seis meses desde la comunicación de la inscripción correspondiente al Catastro, sin que éste haya comunicado al Registro que existan impedimentos a su validación técnica.

5. Con el fin de asegurar el intercambio de información entre el Catastro y el Registro de la Propiedad, así como la interoperabilidad entre sus sistemas de información, mediante Resolución conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro, se regularán:

- a) La forma, contenido, plazos y requisitos del suministro mutuo de información que sea relevante para el cumplimiento de las funciones respectivas.
- b) Las características y funcionalidades del sistema de intercambio de información, así como del servicio de identificación y representación gráfica de las fincas sobre la cartografía catastral.
- c) Los requisitos que deben cumplir la descripción técnica y la representación gráfica alternativa que se aporte al Registro de la Propiedad en los supuestos legalmente previstos.

VI. CONCLUSIONES:

I. Unos 20.000.000 de fincas divididas en propiedad horizontal inscritas en los Registros de la Propiedad se encuentran en parcelas catastrales urbanas que en su inmensa mayoría coinciden con las fincas registrales matrices. Hay motivos de seguridad jurídica, eficiencia por la geolocalización, económicos, etc. para promover la coordinación e inscripción de la representación gráfica catastral en las fincas matrices, haciéndolo constar, a su vez, en cada folio electrónico de los elementos independientes que se encuentran sobre la parcela coordinada.

II. Las Direcciones Generales del Catastro y de Seguridad Jurídica y Fe Pública configuraron desde el año 2020 las herramientas y los servicios catastrales para lograr ese objetivo que consideraron de “*gran aplicación práctica*” y que cumplía uno de los objetivos de toda la reforma: “*permitir coordinar los grandes ejes que vertebran nuestro territorio*” (Exposición de Motivos citada).

III. La ya amplia experiencia de las dos Direcciones Generales involucradas, de los Servicios Catastrales y de los registradores de la propiedad en materia de Bases Gráficas, les debe permitir remover los obstáculos que hasta ahora han impedido su aplicación ordinaria en las zonas urbanas. De hecho, en algún distrito hipotecario ya se ha alcanzado más del 84% de fincas matrices coordinadas con Catastro, aplicando el sistema tal como está previsto actualmente por las DDGG.

IV. Ha de prevalecer la idea de que la incorporación de la representación gráfica al folio real de la finca matriz merece ser instada incluso por cualquier comunero, sin que ello suponga que el mismo cargue con todo el coste de coordinación del inmueble en su conjunto, ya que la coordinación per sé tiene múltiples beneficios, entre los que destacan la mejora en la precisión descriptiva y la facilitación de operaciones registrales futuras.

El coste puede dilatarse en el tiempo y repartirse entre los diferentes titulares registrales, según vayan instando operaciones registrales futuras en sus fincas y así se irá haciendo constar de modo progresivo que se encuentran sobre parcela coordinada, sin que resulte gravoso.

V. Encontrar soluciones que permitan el desarrollo pleno del proyecto de Coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad pasa ineludiblemente por configurar millones de fincas como “*inmuebles en parcela coordinada*”. Dichas soluciones tal vez merecieran ser objeto de un desarrollo por parte de ambas Direcciones Generales a modo de nueva Resolución Conjunta que resolviera las dudas planteadas.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES Y JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia relevante sobre la coordinación Catastro-Registro (desde 2015):

- *STS de 15 de marzo de 2016*. Sobre la validez de la representación gráfica aportada para la inscripción registral y su correspondencia con la realidad física de la finca. Recuperado de CENDOJ.
- *SAP Madrid de 22 de noviembre 2017*. Acerca de la discrepancia entre la descripción catastral y registral de una finca, y la aplicación de la Ley 13/2015 para su resolución. Recuperado de CENDOJ.
- *STSJ AND de 10 de mayo 2018*. Impugnación de resolución catastral relativa a la georreferenciación de una parcela y su coordinación con el Registro de la Propiedad. Recuperado de CENDOJ.

Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (antes DGRN):

- DGRN. (2009, 30 de mayo). Sobre el concepto moderno de finca registral incluyendo edificabilidad y volumen.
- DGSJFP. (2015, 29 de octubre). *Resolución conjunta sobre requisitos técnicos del intercambio de información* [En línea]. BOE, 30 de octubre de 2015. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2015/10/30/>
- DGSJFP. (2016, 12 de febrero). Sobre la posibilidad de evitar el procedimiento del art. 199 LH si hay correspondencia gráfica suficiente.
- DGSJFP. (2016, 6 de mayo). Diferencias entre representación gráfica y referencia catastral.
- DGSJFP. (2016, 3 de noviembre). No obligatoriedad de aportar referencia catastral tras la Ley 13/2015.
- DGSJFP. (2016, 22 de julio). Necesidad de consentimiento unánime para inscribir RGC en PH, salvo en el caso de la finca matriz.
- DGSJFP. (2017, 6 de febrero). Sobre la posibilidad de que el registrador obtenga directamente del Catastro las coordenadas de la porción ocupada.
- DGSJFP. (2017, 27 de septiembre). Simplificación registral cuando la diferencia de superficie es inferior al 10%.
- DGSJFP. (2018, 11 de mayo). Tolerancias para la inscripción sin expediente específico.
- DGSJFP. (2018, 16 de mayo). Sobre la insuficiencia de la simple referencia catastral.
- DGSJFP. (2020, 7 de octubre). *Resolución conjunta sobre especificaciones técnicas para representación gráfica en PH* [En línea]. BOE, 10 de octubre de 2020. Disponible en <https://boe.es/boe/dias/2020/10/10/>
- DGSJFP. (2021, 8 de abril). *Resolución conjunta de 29 de marzo de 2021*. Incorpora normas técnicas para representación gráfica en documentos notariales.
- DGSJFP. (2021, 26 de julio). En supuestos de PH con casas adosadas, basta con georreferenciar la finca matriz.
- DGSJFP. (2016, 12 de septiembre). Sobre instancias privadas en el procedimiento del art. 199 LH y la doctrina de no sujeción fiscal.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Artículos de revistas electrónicas

Dirección General del Catastro. (2015). *Monográfico coordinación Catastro y Registro de la Propiedad* [En línea]. Ministerio de Hacienda y Función Pública.

Disponible en <https://www.catastro.hacienda.gob.es/documentos/publicaciones/ct/ct84/CT-Catastro%2084-web.pdf>

FEMENIA-RIBERA, C., & MORA-NAVARRO, G. (2018). La coordinación Catastro-Registro en España: Aplicación y efectos de la Ley 13/2015. *Mapping: Revista de Ciencia y Tecnología de la Información Geoespacial*, 27(195), 34–41.

Disponible en <https://ojs.revistamapping.com/MAPPING/article/download/119/10/216>

MARTIN ORTEGA, E., & MARTOS RODRIGUEZ, J. F. (2018). Coordinación Catastro-Registro: Nuevas herramientas gráficas. *Mapping: Revista de Ciencia y Tecnología de la Información Geoespacial*, 27(196), 28–35.

FERNÁNDEZ DE LA PUENTE, J. A. (2018). La dualidad Registro-Catastro en España y su problemática. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (770), 3249–3280.

Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6847592.pdf>

FI Group. (2020). *La importancia de la coordinación Catastro-Registro* [En línea]. FI Group España.

Disponible en <https://es.fi-group.com/importancia-coordinacion-catastro-registro/>

Monografías y documentos académicos

DELGADO RAMOS, J. (2022). *Georreferenciación de fincas registrales y su coordinación con el Catastro. Estudio especial del artículo 199 de la Ley hipotecaria*. Barcelona: Aferre.

FANDOS PONS, P. (2016). *Los efectos jurídicos de la identificación y descripción gráfica de fincas registrales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Disponible en <https://www.tirant.com>

VÁZQUEZ ASENJO, O. G., & GÓMEZ PERLAS, M. (2013). *Coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad*. Valencia: Tirant lo Blanch.

NOTAS

- ¹ FANDOS PONS, P. (2016). Los efectos jurídicos de la identificación y descripción gráfica de fincas registrales. Valencia: Tirant lo Blanch. p.400
- ² Disponible en: https://www.catastro.hacienda.gob.es/asistente_catreg/asistente_catreg.html.
- ³ FI Group. (2020). *La importancia de la coordinación Catastro-Registro* [En línea]. FI Group España. pp 5 y sig.
- ⁴ https://www.catastro.hacienda.gob.es/asistente_catreg/asistente_catreg.html
- ⁵ VÁZQUEZ ASENJO, O. G., & GÓMEZ PERLAS, M. (2013). *Coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp34 y sig.
- ⁶ FERNÁNDEZ DE LA PUENTE, J. A. (2018). La dualidad Registro-Catastro en España y su problemática. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (770), pp 3260 y sig.
- ⁷ MARTIN ORTEGA, E., & MARTOS RODRIGUEZ, J. F. (2018). Coordinación Catastro-Registro: Nuevas herramientas gráficas. *Mapping: Revista de Ciencia y Tecnología de la Información Geoespacial*, 27(196), pp 28–35.
- ⁸ FEMENIA-RIBERA, C., & MORA-NAVARRO, G. (2018). La coordinación Catastro-Registro en España: Aplicación y efectos de la Ley 13/2015. *Mapping: Revista de Ciencia y Tecnología de la Información Geoespacial*, 27(195), pp 35 y sig..
- ⁹ Disponible en: <https://geoportal.registradores.org/emergency>.
Incorporado al proyecto europeo, disponible en: <https://www.copernicus.eu/en/copernicus-services/land>.
- ¹⁰ MARTIN ORTEGA, E., & MARTOS RODRIGUEZ, J. F. (2018). Coordinación Catastro-Registro: Nuevas herramientas gráficas. *Mapping: Revista de Ciencia y Tecnología de la Información Geoespacial*, 27(196), 28–35.
- ¹¹ https://www.catastro.hacienda.gob.es/ayuda/Guia_de_servicios_SEC_ciudadanos.pdf
- ¹² En general, la legislación y las herramientas aplicables al caso, disponibles en:
https://www.catastro.hacienda.gob.es/asistente_catreg/asistente_catreg.html
<https://geoportal.registradores.org/home>
<https://www.mjjusticia.gob.es/es/ciudadania/registros/propiedad-mercantiles/coordinacion-registro-catastro>
- ¹³ FANDOS PONS, P. (2016). *Los efectos jurídicos de la identificación y descripción gráfica de fincas registrales*. Valencia: Tirant lo Blanch. pp 209 y sig
- ¹⁴ DELGADO RAMOS, J. (2022). *Georreferenciación de fincas registrales y su coordinación con el Catastro. Estudio especial del artículo 199 de la Ley hipotecaria*. Barcelona: Aferre. pp 15 y sig
- ¹⁵ DELGADO RAMOS, J. (2022). *Georreferenciación de fincas registrales y su coordinación con el Catastro. Estudio especial del artículo 199 de la Ley hipotecaria*. Barcelona: Aferre. pp 28 y sig
- ¹⁶ <https://www.sedecatastro.gob.es/Accesos/SECAccValidacionesGraficas.aspx>
- ¹⁷ FANDOS PONS, P. (2016). *Los efectos jurídicos de la identificación y descripción gráfica de fincas registrales*. Valencia: Tirant lo Blanch. pp 202 y sig
- ¹⁸ VÁZQUEZ ASENJO, O. G., & GÓMEZ PERLAS, M. (2013). *Coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp 364 y sig.
- ¹⁹ FANDOS PONS, P. (2016). *Los efectos jurídicos de la identificación y descripción gráfica de fincas registrales*. Valencia: Tirant lo Blanch. pp 608 y sig

El gemelo digital urbano y su interacción con el registro de la propiedad: retos jurídicos en la protección de datos y la publicidad registral en la ciudad inteligente

The urban digital twin and its interaction with the property registry: legal challenges in data protection and registry advertising in the smart city

por

M.^a ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora Titular de Derecho Civil, acreditada a la Cátedra (UCM)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2814-6701>

RESUMEN: El gemelo digital urbano (GDU) se posiciona como una herramienta fundamental en la transformación de las ciudades inteligentes, integrando tecnologías avanzadas para mejorar la planificación, sostenibilidad y eficiencia en la gestión urbana. Su capacidad para simular escenarios en tiempo real permite optimizar el uso de recursos, reducir costos y mejorar la resiliencia ante desastres. Sin embargo, su puesta en marcha requiere inversiones sustanciales y estrategias para garantizar la interoperabilidad con sistemas preexistentes. Además, la digitalización del entorno urbano mediante el GDU debe abordarse desde una perspectiva ética y legal, asegurando la protección de los datos personales conforme a normativas como el RGPD. La ciberseguridad se erige como un pilar

esencial para evitar accesos indebidos y garantizar la confianza ciudadana. La incorporación de datos registrales en los gemelos digitales amplía su utilidad en la planificación urbana y en la gestión del territorio, promoviendo la transparencia y eficiencia administrativa. No obstante, el acceso a la información registral debe equilibrar la publicidad con la privacidad, evitando la divulgación indiscriminada de datos sensibles. La regulación y supervisión del Delegado de Protección de Datos (DPD) resultan claves para garantizar el cumplimiento normativo y mitigar los riesgos asociados al uso de estas tecnologías. En el contexto de la Cuarta Revolución Industrial, el GDU representa un avance significativo en la modernización de las ciudades, pero su desarrollo debe enmarcarse en un modelo de gobernanza responsable, que equilibre innovación tecnológica, derechos fundamentales y sostenibilidad urbana.

ABSTRACT: The urban digital twin is positioned as a fundamental tool in the transformation of smart cities, integrating advanced technologies to improve planning, sustainability, and efficiency in urban management. Its ability to simulate scenarios in real time allows for the optimization of resource use, reducing costs, and improving disaster resilience. However, its implementation requires substantial investments and strategies to ensure interoperability with pre-existing systems. Furthermore, the digitalization of the urban environment through the urban digital twin must be approached from an ethical and legal perspective, ensuring the protection of personal data in accordance with regulations such as the GDPR. Cybersecurity is an essential pillar to prevent unauthorized access and guarantee citizen trust. The incorporation of registry data into digital twins expands their usefulness in urban planning and land management, promoting transparency and administrative efficiency.

However, access to registry information must balance disclosure with privacy, avoiding the indiscriminate disclosure of sensitive data. The regulation and supervision of the Data Protection Officer (DPO) are key to ensuring regulatory compliance and mitigating the risks associated with the use of these technologies. In the context of the Fourth Industrial Revolution, the urban digital twin represents a significant advance in the modernization of cities, but its development must be framed within a responsible governance model that balances technological innovation, fundamental rights, and urban sustainability.

PALABRAS CLAVE: *Gemelo digital, protección de datos, ciberseguridad, ciudad inteligente, gobernanza responsable, innovación tecnológica, derechos fundamentales y sostenibilidad urbana.*

KEYWORDS: *Digital twin, data protection, cybersecurity, smart city, responsible governance, technological innovation, fundamental rights and urban sustainability.*

Este trabajo se enmarca en la Cátedra Internacional de “IA Generativa: retos y riesgos”, financiada por la Unión Europea-Next Generation EU.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL GEMELO DIGITAL URBANO INTELIGENTE.—III. EL GDU Y LA PLANIFICACION ESTRATÉGICA: PROYECCIONES DE CRECIMIENTO Y PLANIFICACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS.—IV. FUNCIONAMIENTO DEL GEMELO DIGITAL URBANO.—V. DIGITALIZACIÓN CENTRADA EN LAS PERSONAS. VI.—RELACIÓN ENTRE EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD ESPAÑOL Y UN GEMELO DIGITAL URBANÍSTICO.—VII. CONTENIDO Y VENTAJAS DE LA INTERRELACIÓN ENTRE GDU y REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—VIII. EL PROBLEMA DEL ACCESO A LOS DATOS REGISTRALES.—IX. EL DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS EN LA CIUDAD INTELIGENTE. A. FUNCIONES DEL DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS EN UNA CIUDAD INTELIGENTE. *1. Introducción: El Rol del Delegado de Protección de Datos en un Gemelo Digital Urbanístico Vinculado al Registro de la Propiedad. 2. Supervisión del Tratamiento de Datos Catastrales y Registrales. 3. Protección de Datos en la Representación y Simulación Urbanística. 4. Evaluación de Impacto en Protección de Datos (EIPD). 5. Control del Acceso y Seguridad de la Información. 6. Interacción con el Registro de la Propiedad y Otras Entidades.* B. LA INTERVENCIÓN DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS EN ESTAS CUESTIONES.—X. REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y PRIVACIDAD DE DATOS.—XI. EL INTERÉS LEGÍTIMO EN LA PUBLICIDAD FORMAL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y SU RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES: LA DOCTRINA DE LA DGPYSJ EN RELACIÓN CON ESTAS CUESTIONES.—XII. LA PRIVACIDAD EN RELACIÓN CON EL GEMELO REGISTRAL URBANO Y SU VÍNCULO CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. A. INTEGRACIÓN DE DATOS PERSONALES SENSIBLES. B. ACCESIBILIDAD Y EXPOSICIÓN DE LA INFORMACIÓN. C. PRINCIPIO DE MINIMIZACIÓN DE DATOS. D. DERECHO AL OLVIDO. E. SEGURIDAD DE LOS DATOS Y CIBERSEGURIDAD. F. AUTORIZACIÓN Y CONSENTIMIENTO.—XIII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En el contexto de la Cuarta Revolución Industrial, el concepto de *gemelo digital* ha emergido como una de las tecnologías más avanzadas y prometedoras. Un gemelo digital es una representación virtual de un objeto o sistema físico, enriquecida con datos en tiempo real obtenidos mediante sensores y tecnologías de análisis de datos. Esta tecnología integra múltiples disciplinas, como el Internet de las Cosas (IoT), la Inteligencia Artificial (IA), el aprendizaje automático (Ma-

chine Learning) y el análisis de datos, permitiendo una interacción y simulación precisa de entornos reales.

Los gemelos digitales ofrecen la posibilidad de analizar procesos físicos, experimentar con objetos ya existentes y desarrollar escenarios hipotéticos para predecir comportamientos futuros. En este sentido, el presente trabajo se enfoca en *el diseño y aplicación de un gemelo digital en el contexto de una ciudad inteligente, destacando su relevancia en la planificación y gestión urbana*. La disponibilidad y el procesamiento de grandes volúmenes de datos permiten no solo visualizar el futuro de la ciudad, sino también comprender y abordar las complejidades de la vida urbana moderna.

Uno de los *principales beneficios* del gemelo digital radica en la posibilidad de manipular los datos dentro del entorno virtual para simular intervenciones hipotéticas, probar nuevas estrategias y evaluar sus posibles impactos. Desde una perspectiva tecnológica, esta herramienta deja una huella digital que facilita la identificación de problemas por parte de los ingenieros y técnicos, permitiendo una respuesta eficaz para evitar fallos recurrentes.

El desarrollo de un gemelo digital urbano es viable gracias a la interconectividad proporcionada por el IoT, lo que posibilita la comunicación entre dispositivos físicos. La construcción de una réplica digital de una ciudad inteligente requiere la integración de diversas fuentes de datos en un sistema unificado, lo que permite una representación coherente y operativa del entorno urbano. Además, el gemelo digital puede ser reprogramado a través de sensores, tecnologías de IA y análisis predictivo, optimizando la planificación y el desarrollo de la ciudad inteligente.

Un aspecto fundamental de los gemelos digitales es su modularidad, ya que tanto su componente físico como el virtual pueden dividirse en diferentes partes o capas, lo que facilita su gestión y actualización. Esto permite a los planificadores urbanos y responsables de políticas experimentar con diversas estrategias en entornos simulados antes de su puesta en funcionamiento en el mundo real.

Diversas ciudades han instaurado con éxito el concepto de gemelo digital en distintos ámbitos. Por ejemplo, Las Rozas de Madrid ha desarrollado un modelo de tráfico capaz de predecir el impacto del cierre de calles en la movilidad y la calidad del aire. Bolonia ha aplicado esta tecnología en sectores clave como movilidad, energía y cambio climático, utilizando sensores y datos cualitativos para mejorar la infraestructura urbana. Barcelona ha empleado su gemelo digital para evaluar la viabilidad del modelo de ciudad de 15 minutos, influyendo en la planificación de sus líneas de metro. Por su parte, Florencia ha efectuado esta tecnología para monitorear la calidad del arbolado urbano y crear modelos tridimensionales de edificios históricos, mejorando la seguridad y eficiencia en su mantenimiento.

En conclusión, el gemelo digital se posiciona como una herramienta clave en la gestión de ciudades inteligentes, proporcionando un entorno seguro y eficiente

para la planificación, experimentación y optimización de estrategias urbanas. Su integración con tecnologías emergentes abre nuevas posibilidades para la sostenibilidad y mejora continua del entorno urbano, consolidándose como un pilar fundamental en la transformación digital de las ciudades.

II. EL GEMELO DIGITAL URBANO INTELIGENTE

La tecnología digital twin opera mediante un software que recopila grandes volúmenes de datos del mundo real para generar una simulación virtual de la ciudad inteligente. Este sistema permite analizar múltiples escenarios y predecir el rendimiento de productos, procesos o sistemas que conforman la urbe.

Uno de los *principales beneficios* del gemelo digital en la planificación urbana es la posibilidad de simular escenarios de crecimiento urbano, evaluar el impacto de nuevas infraestructuras y optimizar el uso del suelo. Gracias a estas capacidades, los planificadores pueden tomar decisiones fundamentadas que favorezcan el desarrollo sostenible y la eficiencia de los recursos.

Algunas ciudades inteligentes ya han utilizado la tecnología digital twin en diversos ámbitos, destacando su aplicación en *la gestión del tráfico, la planificación urbana y el monitoreo de infraestructuras como torres de telecomunicaciones y paneles solares*. Un ejemplo relevante es el Departamento de Transporte de Los Ángeles, que ha desarrollado un gemelo digital basado en datos de movilidad urbana. Actualmente, esta herramienta se emplea para la gestión de redes de bicicletas y sistemas eléctricos, pero en el futuro se prevé su uso en la administración de servicios emergentes como los viajes compartidos y los taxis aéreos autónomos.

Singapur ha llevado esta tecnología a un nivel superior con su proyecto Virtual Singapur,¹ una réplica digital de la ciudad que integra información sobre edificios, carreteras, servicios públicos, datos ambientales y flujos de población. Este gemelo digital se actualiza continuamente para reflejar cambios en la ciudad, facilitando la planificación urbana, la gestión de desastres y la asignación eficiente de recursos. Su objetivo primordial es mejorar la sostenibilidad y garantizar el bienestar de una población en constante crecimiento dentro de un espacio urbano limitado.

El desarrollo de un gemelo digital urbano requiere la recopilación y análisis de información diversa, lo que permite generar modelos precisos y obtener perspectivas relevantes para la toma de decisiones. Dado su impacto en las políticas públicas, el urbanista y, por extensión, el gemelo digital, deben adoptar una visión integral que contemple los múltiples factores que influyen en el desarrollo de la ciudad.

En conclusión, la tecnología digital twin se consolida como una herramienta estratégica en la transformación de las ciudades inteligentes, proporcionando soluciones innovadoras para la planificación urbana y la gestión eficiente de los recursos. Su adopción permite a las administraciones anticiparse a los desafíos del crecimiento urbano y mejorar la calidad de vida de los ciudadanos mediante el uso optimizado de la información y la tecnología.

III. EL GDU Y LA PLANIFICACION ESTRATÉGICA: PROYECCIONES DE CRECIMIENTO Y PLANIFICACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS

En el contexto de la transformación digital de las ciudades, los Gemelos Digitales Urbanos (GDU) representan una herramienta clave para la gestión y planificación de municipios inteligentes. A través del uso de inteligencia artificial, datos y herramientas de modelado existentes en el territorio, es posible realizar simulaciones de escenarios estratégicos con miras a mejorar la eficiencia y sostenibilidad de los espacios urbanos.

Como hemos visto anteriormente algunas de sus *principales aplicaciones* afectan positivamente a los servicios públicos ya estudiados, e incluyen los siguientes métodos y funcionalidades. *Monitoreo y mantenimiento predictivo de infraestructuras públicas*, como carreteras, puentes, sistemas de agua o redes eléctricas. Con la ayuda de sensores, recopilan datos en tiempo real que, junto con algoritmos de IA, pueden predecir fallos y planificar el mantenimiento antes de que ocurran problemas.

En cuanto a la *gestión de recursos urbanos*, el gemelo digital posibilita la simulación de la distribución y consumo de servicios como el agua, electricidad y gas, lo que ayuda a optimizar la gestión y la distribución de estos recursos. Y, además, al monitorear el estado de los activos urbanos (edificios, carreteras, sistemas de energía, etc.) en tiempo real, el gemelo digital ayuda a prever el mantenimiento necesario, mejorando la eficiencia de los recursos y reduciendo costos.

Simulaciones de crecimiento urbano ya que ayudan a modelar el crecimiento de la ciudad, permitiendo a los planificadores simular el impacto de nuevas infraestructuras, como edificios, parques o carreteras, antes de su construcción. Esto incluye el análisis de tráfico, áreas verdes y servicios, de modo que los gestores públicos pueden visualizar sus efectos en la vida de la ciudad y optimizar la toma de decisiones. También se puede utilizar para estudiar y analizar el crecimiento urbano y turístico en zonas concretas. La herramienta identifica patrones de gentrificación y evalúa su impacto en la población local, utilizando datos

censales. De esta forma se pueden comprender mejor los cambios demográficos y su impacto, como las necesidades de vivienda, y tomar decisiones que faciliten el crecimiento equitativo y sostenible.

Gestión de emergencias a través de la simulación de desastres como catástrofes naturales o emergencias. Al replicar la ciudad, es posible simular inundaciones, terremotos o incendios y ensayar respuestas ante estas situaciones. Por ejemplo, se ha podido simular diversos escenarios de inundaciones y el impacto que tendría instalar elementos de contención u obstáculos, como un muro, que redirigieran el flujo del agua. También se puede estudiar la distancia entre el terreno y el agua subterránea, para determinar el impacto de la filtración de fertilizantes, entre otras cuestiones. Gracias a ella se puede predecir, analizar riesgos simular infraestructuras futuras, detallando tendencias gracias a los modelos de inteligencia artificial. Y en conexión con ello y con los sistemas de videovigilancia o la utilización del despliegue de servicios de seguridad, como la policía y los bomberos, pueden optimizar rutas y tiempos de respuesta ante emergencias.

No debemos olvidar que una de las partes fundamentales de la ciudad inteligente es el ámbito referido a la *sostenibilidad*. Pues bien, en relación con el medio ambiente pueden ayudar a monitorizar la calidad del aire, la gestión de residuos y el uso eficiente de recursos naturales. Las distintas simulaciones de escenarios climáticos o ecológicos posibilitan el diseño de políticas de sostenibilidad más efectivas (monitoreo ambiental). Además, de modelar la reducción de la huella de carbono de la ciudad, simulando las emisiones en diferentes áreas y probando estrategias de mitigación.

En la *planificación urbana* el gemelo digital tiene diversas aplicaciones, por ejemplo, en relación con las simulaciones de tráfico y movilidad, permite modelar el flujo de tráfico, evaluar el impacto de nuevas infraestructuras viales y prever posibles congestiones en tiempo real. Los planificadores pueden probar diferentes escenarios sin necesidad de intervenir físicamente en la ciudad. Sin olvidarnos de otra innovación como es el del desarrollo y prueba de vehículos autónomos en entornos urbanos, antes de ponerlos en las calles.

Por último, el gemelo digital puede utilizarse también para *involucrar a los ciudadanos en el proceso de planificación urbana*, permitiendo que visualicen y comprendan los proyectos propuestos de manera interactiva.

Y, *¿qué podemos decir en cuanto al coste del proyecto?* En primer lugar, hay que detenerse en el coste de ejecución, pues, en principio se requiere inversiones en infraestructura tecnológica, sensores, almacenamiento de datos y personas expertas en IA. Si el Ayuntamiento viene de un proyecto Smart City o Smart Village, es muy probable que pueda reutilizar una buena parte de las infraestructuras existentes.

En todo caso, este es un proyecto financiable con diferentes ayudas destinadas, directa o indirectamente, a la transformación digital, incluidos los Fondos Next Generation EU, ya que están destinados a la recuperación, transformación y resiliencia. No obstante, cabe la integración con los sistemas existentes. Así se optimizará la inversión tecnológica existente, en este caso en relación a los sistemas de información y gestión.

IV. FUNCIONAMIENTO DEL GEMELO DIGITAL URBANO

El proceso comienza con la *información sobre la dinámica de la ciudad a través de la recogida de datos*, esto es la de los sensores desplegados en todo el entorno urbano referidos a la calidad del aire, el flujo de tráfico, los niveles de ruido, la temperatura, la humedad, etc. Así, se conocerá, por ejemplo, las condiciones ambientales, los patrones de transporte, el uso de la infraestructura y la salud pública. Pero sobre todo se necesita un *enfoque inclusivo* que refleje la dinámica multifacética de la vida urbana.

Además de la información, el otro componente clave de los gemelos digitales locales son *los modelos, representaciones o simulaciones de diversos aspectos del entorno urbano y sus sistemas*.

Con todos estos datos, el urbanista puede interactuar, plantear preguntas y generar escenarios hipotéticos para analizar sus implicaciones para la ciudad. Aquí es donde entra en juego el tercer componente del gemelo digital: *las personas que interactúan con él*. Los urbanistas y los responsables políticos pueden utilizar el gemelo digital para simular múltiples posibilidades de intervención.

¿Cuáles son las aplicaciones que pueden traer los gemelos digitales de ciudades al mundo inmobiliario? En principio simular cómo un desarrollo inmobiliario puede afectar al entorno donde se ubica (tráfico, servicios, impacto medioambiental, etc), puede ser de mucha utilidad tanto para el ciudadano como para el promotor que estudia la viabilidad del proyecto.

Como vamos a ver a lo largo de este pequeño estudio, *puede mejorar y acelerar la toma de decisiones de compra*, tanto para el inversor como para el comprador final, a través de diagramas interpretados de una manera visualmente atractiva y comprensible. Y, sobre todo, *ayudar a las consultas de la ciudadanía sobre el estado, en tiempo real, de cualquier dato o trámite de ciertos elementos que desea conocer* (licencias, permisos, proyectos en estudio, costes, etc). Por otro lado, *puede predecir fallos en ciertos supuestos*, tanto desde el punto de vista urbanístico como técnico. Y *posibilita la consulta de bases de datos dinámicas* útiles para el mercado de intermediación inmobiliaria, como el estado de venta de inmuebles y el nuevo escenario que quedaría en caso de introducir algún cambio, por ejemplo, en la legislación.

V. DIGITALIZACIÓN CENTRADA EN LAS PERSONAS

La privacidad y seguridad de los datos desempeñan un papel fundamental en el desarrollo y puesta en funcionamiento de gemelos digitales urbanos. El Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)² establece directrices estrictas para garantizar que la gestión de datos personales se realice de manera responsable, protegiendo el derecho a la privacidad de los ciudadanos.

Las administraciones públicas tienen la obligación de construir estos sistemas desde una perspectiva ética, adoptando un modelo de gobernanza de datos que asegure la inclusión y la transparencia en su ejecución. La recolección masiva de datos personales provenientes de diversas fuentes conlleva el tratamiento de información altamente sensible, lo que implica riesgos tanto económicos—derivados de inversiones adicionales en seguridad y posibles sanciones—como reputacionales.

Asimismo, la ciberseguridad se convierte en un aspecto crucial dentro de esta tecnología, requiriendo estrategias avanzadas para la protección de los datos y la integridad de los sistemas. Esta cuestión, dada su relevancia, será abordada en detalle en el siguiente apartado.

VI. RELACIÓN ENTRE EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD ESPAÑOL Y UN GEMELO DIGITAL URBANÍSTICO

La relación entre el Registro de la Propiedad español y un gemelo digital urbanístico se está volviendo cada vez más relevante en el contexto de la transformación digital del territorio y la gestión del suelo y la propiedad. Y ello porque el Registro de la Propiedad es un organismo oficial que otorga publicidad jurídica a los actos relacionados con la propiedad inmobiliaria (compraventas, hipotecas, servidumbres, obras nuevas, divisiones, etc) cuyo objetivo es garantizar la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario.

El gemelo digital urbanístico se enriquece enormemente al incorporar datos del Registro de la Propiedad ya que le permite tener una visión integral del territorio, que combina lo físico (cómo es), lo jurídico (de quién es y qué limitaciones tiene) y lo normativo (qué se puede hacer).

Como ya hemos señalado, el gemelo digital urbanístico es una réplica virtual precisa y dinámica de un entorno urbano físico, que incluye datos geoespaciales, edificaciones, infraestructuras, usos del suelo, normativa urbanística, sensores IoT, etc. y, que se usa para la planificación urbana, simulaciones, sostenibilidad, y gestión inteligente de las ciudades.

La Institución registral y el gemelo digital tienen en común datos geoespaciales y catastrales comunes, y, además ambos manejan información sobre

inmuebles: localización, linderos, superficie, uso... De esta manera el gemelo digital puede integrarse con el Catastro y el Registro para tener una visión coherente entre lo físico, lo jurídico y lo económico del territorio.

Un gemelo digital permite llevar a cabo una visualización jurídica del territorio, pues puede mostrar, en 3D o sobre mapas, la información registral de una parcela o inmueble, como titularidad, cargas, restricciones legales o normativas. Además, permite a los poderes públicos de la ciudad inteligente tomar decisiones de manera más informada, pues al incorporar datos del Registro, un gemelo digital urbanístico permite a las administraciones, técnicos y ciudadanos ver en tiempo real quién es propietario, de qué, si existen servidumbres, limitaciones, etc. Aquí nos encontraríamos con el derecho de privacidad de los ciudadanos al que luego aludiremos.

Esta interrelación agilizaría algunos trámites, como la integración de la información registral en entornos digitales interactivos que podría facilitar procesos como licencias urbanísticas, verificaciones notariales o certificaciones.

Por otro lado, serviría para la definitiva coordinación entre Registro y Catastro en el ámbito del gemelo digital, donde se combinarían planos, datos legales y modelos tridimensionales.

A fin de que sea más fácil visualizar estas ideas, vamos a poner el siguiente ejemplo: ante un proyecto de regeneración urbana en el centro de una ciudad donde el ayuntamiento quiere rehabilitar un barrio histórico degradado para transformarlo en una zona mixta de vivienda, comercio local y zonas verdes, para ello se plantea expropiar algunos inmuebles abandonados, fomentar la colaboración público-privada y aplicar criterios de sostenibilidad.

Teniendo en cuenta que el gemelo digital urbanístico del barrio incluiría modelos 3D de las edificaciones existentes, datos catastrales (superficie, uso, linderos...), normativa urbanística aplicable por parcela, simulación de sombras, ventilación natural y zonas verdes, flujo peatonal y tráfico rodado, y gracias a los sensores de IoT cuenta con los datos en tiempo real (ruido, contaminación, tráfico), si se le une una Institución jurídica clave como es el Registro de la Propiedad se podría conocer:

Primero, la identificación de la titularidad real, al conectarse cada parcela o inmueble con los datos del Registro se puede conocer quién es el propietario, si hay varios copropietarios, si el inmueble forma parte de un patrimonio hereditario, o si hay empresas fantasmas detrás... por ejemplo.

También pueden conocerse las cargas y limitaciones existentes, pues algunas parcelas pueden tener hipotecas, embargos o servidumbres (por ejemplo, paso de instalaciones). Con estos datos se evitarían sorpresas jurídicas en el planeamiento o las expropiaciones.

Al incorporar la seguridad jurídica del contenido del Registro, el ayuntamiento podría filtrar rápidamente en el modelo digital y conocer qué inmuebles son de titularidad pública, cuáles están en ruinas y tienen cargas que impiden

su rehabilitación... y, además les permitiría tomar decisiones con rapidez y de manera totalmente fiable.

Por otro lado, la correlación permitiría una agilización de trámites urbanísticos, pues a través del gemelo digital, los promotores interesados pueden consultar la normativa urbanística aplicable, ver si el inmueble que quieren adquirir tiene problemas registrales y, sobre todo, obtener una preevaluación de impacto urbanístico.

El resultado a primera vista es que el proyecto se ejecutaría de forma más ágil, transparente y fundamentada, con todos los actores viendo la misma “verdad digital” del territorio, que incluye la realidad física, la normativa y la situación registral.

Y, ¿cómo se benefician los distintos integrantes del proyecto al integrar el Registro de la Propiedad dentro de un gemelo digital urbanístico?

El *Ayuntamiento o administración pública* cuyo objetivo se centra en planificar, gestionar y regular el territorio de forma eficiente y legal, se beneficia al localizar fácilmente propiedades públicas y privadas con datos registrales y catastrales sincronizados. También detecta inmuebles abandonados o en situación irregular (por ejemplo, sin inscripción registral actualizada). Verifica si hay limitaciones legales (servidumbres, hipotecas, protección patrimonial, etc.) antes de tomar decisiones. Le facilita los procesos de expropiación o cesión de suelo con información registral al instante. Lo que le posibilita agilizar licencias, pues cruza automáticamente, el uso permitido, más la titularidad real, y el estado legal del inmueble.

El *promotor inmobiliario o el arquitecto*, cuyo objetivo es evaluar oportunidades, diseñar proyectos y garantizar su viabilidad legal, obtiene de esta interrelación varios beneficios, como acceder en un clic a titularidad, cargas y uso urbanístico permitido de cada parcela desde un mapa interactivo. También consigue evitar comprar propiedades con conflictos legales (embargos, herencias sin resolver, etc.). Puede simular en el gemelo digital cómo encajaría un nuevo edificio, respetando normativas y afectaciones reales, y puede planificar mejor las fases del proyecto al ver en tiempo real qué terrenos están disponibles o son viables. En definitiva, utilizaría el gemelo digital con los datos del Registro como una herramienta para presentar el proyecto ante las autoridades, con datos sólidos y visuales.

Y, ¿qué ocurre con el ciudadano quien es realmente el que nos importa cómo civilistas? A grandes rasgos le permite entender su propiedad, defender sus derechos o hacer diversas gestiones. Le reporta como beneficios consultar y conocer en un solo lugar y de forma visual, quién es el propietario de una finca, si la misma tiene cargas, qué usos están permitidos en su zona, y, si está afectada por planes urbanísticos futuros.

Cuestiones que le son útiles si quiere comprar una vivienda, puede verificar su situación legal y su ubicación exacta con transparencia, o, si tiene un conflicto con el vecino (por ejemplo, por lindes o servidumbres), puede visualizar gráficamente el problema con datos oficiales.

En conclusión, integrar el Registro de la Propiedad en un gemelo digital urbanístico democratiza el acceso a información jurídica clave, aumenta la eficiencia, y reduce el riesgo de errores o conflictos en la gestión del suelo.

VII. CONTENIDO Y VENTAJAS DE LA INTERRELACIÓN ENTRE GDU Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

A fin de entender mejor cómo funciona el gemelo digital, tenemos que indicar que actuaría como una plataforma web 3D interactiva tipo mapa, y en ella se puede navegar por una ciudad, como si fuera Google Earth, pero con capas de información activables.

Así en relación con el *contenido* se puede observar a simple vista los edificios en volumen real, calles, parques, mobiliario urbano, pero también los límites de las parcelas, el número de referencia catastral, y su superficie.³ Del Registro se aporta, además de la información física existente en sus libros, los datos sobre titular, cargas (hipotecas, servidumbres, embargos), notas simples, derechos reales. La normativa aporta el conocimiento sobre los usos permitidos, las alturas máximas, las alineaciones, las zonas protegidas. El planeamiento urbanístico aporta datos sobre los proyectos aprobados, las áreas en desarrollo, las expropiaciones previstas. Y, la ciudad inteligente y sus diversos desarrollos aportan datos sobre tráfico, contaminación, sensores IoT, ruidos, niveles de ocupación.

Toda esta información visual, técnica y jurídica posibilita, tras conocer al titular registral, cargas, superficie, uso permitido, situación jurídica y estado urbanístico señalado, simular en el entorno digital un nuevo edificio o reforma para ver si cumple la normativa y si es viable jurídicamente, con el añadido de que permite activar alertas sobre determinadas cuestiones cómo, por ejemplo, detectar automáticamente conflictos sobre titularidad dudosa, cargas ocultas, fuera de ordenación, etc... Y, además, generar en PDF informes completos del inmueble con contenido registral, urbanístico, y, técnico.

De este modo si “pinchamos” o seleccionamos una parcela del centro histórico, teniendo en cuenta que estaría abierto a ciudadano, técnico urbanista, registrador, notario, promotor, administración, podríamos saber:

- Titular registral: “Juan Pérez y María López (copropietarios)”
- Cargas: “Hipoteca a favor de CaixaBank”, “Servidumbre de paso”
- Estado catastral: 162 m², uso residencial.

- Normativa aplicable: Casco histórico protegido, máximo 2 plantas, uso compatible: vivienda y local comercial.
- Aviso: “Propiedad afectada por proyecto de peatonalización 2026”.

VIII. EL PROBLEMA DEL ACCESO A LOS DATOS REGISTRALES

El acceso a los datos registrales puede abordarse desde dos perspectivas fundamentales, dependiendo del marco normativo y las restricciones establecidas por la legislación vigente.

El acceso oficial a los datos registrales está regulado por la legislación hipotecaria, que lo encomienda a los registradores. En este sentido, no se dispone de APIs públicas completas para el acceso a la información registral. Sin embargo, existen diversos mecanismos mediante los cuales es posible obtener estos datos, siempre bajo el cumplimiento estricto de los requisitos legales: A través del notariado y entidades autorizadas se permite el acceso mediante servicios web seguros basados en arquitecturas REST o SOAP (estas interfaces están diseñadas para garantizar la integridad y confidencialidad de los datos). Por medio de la plataforma web del Colegio de Registradores es posible extraer información de manera manual o *a través de convenios específicos entre las partes interesadas y el Registro*.

En cuanto a la interoperabilidad con administraciones públicas, cabe recordar que existen plataformas y servicios interoperables con distintas administraciones, tales como el Sistema de Interconexión de Registros (SIR)⁴, la Oficina de Registro Virtual (ORVE)⁵ y la Sede Electrónica del Catastro,⁶ que facilitan el acceso a ciertos datos bajo esquemas normativos establecidos.

Resulta importante destacar que la protección de los datos registrales está garantizada por la Ley Hipotecaria. En este sentido, el acceso a dicha información solo puede efectuarse bajo el principio de “interés legítimo”, lo que implica que *su uso debe estar debidamente justificado o regulado mediante convenios formales con las entidades responsables de la gestión registral*.

IX. EL DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS EN LA CIUDAD INTELIGENTE

A. FUNCIONES DEL DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS EN UNA CIUDAD INTELIGENTE

1. *Introducción: El Rol del Delegado de Protección de Datos en un Gemelo Digital Urbanístico vinculado al Registro de la Propiedad*

En el contexto de las ciudades inteligentes, el Delegado de Protección de Datos (DPD) desempeña un *papel crucial* en la supervisión del cumplimiento

normativo en relación con el tratamiento de datos personales. Esta función adquiere una relevancia aún mayor cuando se desarrolla un gemelo digital urbanístico vinculado al Registro de la Propiedad, dado que se manejan datos de carácter registral y catastral, *los cuales pueden incluir información sensible sobre la titularidad y derechos reales sobre bienes inmuebles*.

Conviene en este momento tener en cuenta el informe 0038/2023 de la AEPD⁷ en el que se aclara diferentes aspectos del ejercicio del cargo de DPD. Así, en primer lugar, señala que la posición del DPD es de *asesoramiento y supervisión*. El DPD no toma decisiones (ésta es una característica intrínseca del responsable del tratamiento).⁸ Si el DPD aprecia la existencia de una vulneración, deberá documentarlo e informar. Por supuesto, puede proponer un plan de actuación, pero corresponde al responsable o encargado determinar qué se hace finalmente.

En segundo lugar, el informe indica que, para desarrollar adecuadamente las funciones de supervisión, *el DPD podrá tener acceso a cualquier tipo de procedimientos o documentos necesarios para el ejercicio de sus funciones* (siempre que lo justifique debidamente), sin que el responsable o el encargado puedan negarse alegando la existencia de cualquier deber de confidencialidad o secreto.

En tercer lugar, se señala que las funciones señaladas en el artículo 39.1 del RGPD son un *listado de mínimos*. El DPD *puede asumir otras tareas adicionales*.

Y, por último, concreta que el DPD desempeña una importante labor sirviendo de *enlace entre el responsable y encargado del tratamiento y la autoridad de control*, con la que debe colaborar en virtud del artículo 39.1.d) del RGPD. Se recuerda que nuestra normativa nacional prevé un mecanismo de traslado al DPD de las reclamaciones presentadas y que cualquier consulta efectuada a la Agencia debe acompañarse de un informe emitido por el DPD.

2. Supervisión del Tratamiento de Datos Catastrales y Registrales

El DPD tiene la responsabilidad de garantizar que la integración y tratamiento de los datos provenientes del Registro de la Propiedad, Catastro y demás bases de datos urbanísticas cumplan con el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) y otras normativas específicas en materia de protección de datos y privacidad. Asimismo, debe verificar que *los principios de licitud, limitación de la finalidad, minimización y confidencialidad* sean debidamente aplicados en el tratamiento de estos datos.

3. Protección de Datos en la Representación y Simulación Urbanística

Un aspecto esencial en la ejecución del gemelo digital urbanístico es la *anonimización* (eliminación o transformación de los datos de manera irreversible para

que no sea posible identificar a las personas) o *seudonimización* (sustitución de datos identificativos por códigos o seudónimos, permitiendo cierto nivel de protección sin perder completamente la posibilidad de asociación bajo control restringido) de la información contenida en las simulaciones y visualizaciones tridimensionales, o simplemente, utilizar la *generalización y agregación*, es decir, el uso de datos agrupados o con menor precisión para reducir la posibilidad de identificación.

El DPD debe evaluar si dichos modelos incluyen datos personales identificables, tales como direcciones exactas, nombres de propietarios o referencias catastrales explícitas, y adoptar las medidas necesarias para evitar la reidentificación de los titulares.

4. Evaluación de Impacto en Protección de Datos (EIPD)

Dado el alto volumen de datos y el cruce de información entre diversas fuentes, el DPD debe llevar a cabo una *evaluación de impacto en protección de datos* (EIPD) con el objetivo de analizar los riesgos inherentes a la interconexión del gemelo digital con el Registro de la Propiedad. Esta evaluación es especialmente relevante en casos en los que se utilicen tecnologías de *big data*, inteligencia artificial o análisis predictivo, que pueden generar riesgos de acceso indebido o uso no autorizado de la información.

Para un mayor desarrollo y comprensión de este punto vamos a desarrollar un ejemplo de *evaluación de impacto en protección de datos* (EIPD) del gemelo digital urbanístico (GDU) en relación con el Registro de la Propiedad

Un ayuntamiento desarrolla un Gemelo Digital Urbanístico (GDU) para mejorar la planificación urbana. Este sistema 3D integra información del Registro de la Propiedad, catastros y sensores urbanos. Los datos utilizados incluirían datos catastrales y registrales (con la ubicación exacta de inmuebles, referencias catastrales y estado de propiedad), información de infraestructuras (tanto de edificaciones, como de usos del suelo y redes de servicios públicos) y, por supuesto los datos de simulación típicos de la ciudad inteligente (flujo de tráfico, proyección de desarrollo urbano y análisis de sostenibilidad).

El delegado de protección de datos realizará el análisis de necesidad y proporcionalidad, teniendo en cuenta la *necesidad* de los datos (se justifica el uso de datos para mejorar la gestión del territorio, facilitar la toma de decisiones y promover la transparencia en la planificación urbana) y la proporcionalidad (se aplican medidas para evitar el tratamiento excesivo de datos personales).

Posteriormente llevará a cabo una evaluación de riesgos, y que son:

- Riesgo 1: Reidentificación de propietarios a través de referencias catastrales y datos visuales.

- Riesgo 2: Uso indebido del modelo 3D para realizar perfiles de habitantes en función de su propiedad.
- Riesgo 3: Acceso no autorizado a datos registrales sensibles a través del GDU.

Ante ello, llevará a cabo las medidas para mitigar dichos riesgos, y que como ya hemos expuesto son:

- La anonimización y seudonimización: Eliminación de nombres de propietarios y reemplazo de referencias catastrales *por códigos internos*.
- Control de acceso: Restricción de la consulta de datos registrales dentro del GDU a personal autorizado (ej. urbanistas, administraciones públicas).
- Generalización de datos: Representación agregada de inmuebles en zonas sensibles para evitar identificación individual.
- Cifrado y trazabilidad: Protección de datos sensibles en reposo y auditoría de accesos para detectar usos indebidos.

Por último, si se identifican riesgos que no pueden mitigarse completamente (ej. posibilidad de reidentificación indirecta), se deberá consultar a la Agencia de Protección de Datos antes de la puesta en marcha del GDU.

5. Control del Acceso y Seguridad de la Información

Es responsabilidad del DPD *establecer los mecanismos de control de acceso a los datos registrales y urbanísticos dentro del gemelo digital*. En este sentido, se debe garantizar que únicamente usuarios autorizados, tales como administraciones públicas competentes o entidades con legitimación suficiente, accedan a la información, evitando así exposiciones indebidas que comprometan la privacidad de los titulares registrales.

Además, debe colaborar con los órganos encargados de la ciberseguridad municipal para poner en marcha medidas de protección contra posibles ataques informáticos o filtraciones de datos. Generalmente, el equipo municipal que se encargue de la realización de este proyecto creará una Comisión integrada por el Responsable del proyecto del GDU, el Responsable de Servicios Digitales, la Responsable de TIC y, el Delegado de Protección de Datos, a fin de vigilar de cerca todo el desarrollo del producto con el análisis de riesgos y medidas de solución.

6. Interacción con el Registro de la Propiedad y otras entidades

El DPD actúa como *interlocutor* entre la administración pública, el Registro de la Propiedad y los ciudadanos en cuestiones relacionadas con la protección de datos. En este sentido, debe garantizar que el acceso a la información registral a

través del gemelo digital se realice conforme a las *normativas vigentes*, respetando los derechos de los titulares sobre el tratamiento de sus datos personales. Asimismo, debe *velar por la transparencia* y proporcionar mecanismos adecuados para que los ciudadanos puedan ejercer sus *derechos de acceso, rectificación, supresión y oposición sobre la información que les concierne*.

En conclusión, el papel del Delegado de Protección de Datos en un gemelo digital urbanístico vinculado al Registro de la Propiedad implica una labor altamente especializada, que combina el conocimiento normativo con la supervisión tecnológica. Su función principal es garantizar que el desarrollo y uso de estos sistemas cumplan con los principios de protección de datos y privacidad, evitando la exposición indebida de información patrimonial y la posible reidentificación de los titulares registrales.

En este sentido, su labor no solo se centra en la conformidad legal, sino también en la adopción de medidas proactivas de seguridad y anonimización, asegurando así un equilibrio entre el desarrollo tecnológico y la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

B. LA INTERVENCIÓN DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS EN ESTAS CUESTIONES

La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ha abordado diversas cuestiones relacionadas con la protección de datos en el contexto de las ciudades inteligentes. Sin embargo, no se han encontrado resoluciones específicas que traten directamente sobre las funciones del Delegado de Protección de Datos (DPD) en este ámbito.⁹

No obstante, la AEPD ha emitido resoluciones y sanciones que, aunque no se refieren exclusivamente a las ciudades inteligentes, sí abordan aspectos relevantes para la protección de datos en entornos urbanos tecnológicos. Por ejemplo, en el procedimiento sancionador número 00378/2019, abierto por infracción del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), sanciona con 15.000 euros a una comunidad de propietarios formada por 215 vecinos, uno de ellos planteó denuncia ante este regulador al aparecer los datos personales de todos los afectados en un acta publicada en el ascensor del inmueble y a través de un grupo de mensajería telefónica entre vecinos. El documento era especialmente importante, ya que en él se acordaba el inicio de acciones judiciales contra una serie de vecinos de la comunidad por obras ilegales.¹⁰

Otra resolución es la referente a la orden a la empresa Worldcoin de eliminar todos los datos biométricos de iris recopilados en España, considerando que su tratamiento infringía la normativa de protección de datos personales.¹¹

Estas resoluciones subrayan la importancia de que las entidades que operan en entornos urbanos tecnológicos, como las ciudades inteligentes, implementen medidas adecuadas para garantizar la privacidad y seguridad de los datos personales. Aunque no se refieren directamente a las funciones del DPD, destacan la necesidad de una supervisión y asesoramiento efectivos en materia de protección de datos en proyectos urbanos.

X. REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y PRIVACIDAD DE DATOS

El Registro de la Propiedad se rige por la Ley Hipotecaria (LH) de 8 de febrero de 1946 y su correspondiente Reglamento Hipotecario (RH), aprobado por el Real Decreto de 14 de febrero de 1947. Esta normativa establece el marco legal para la inscripción de derechos sobre bienes inmuebles, siendo uno de los pilares fundamentales para la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario. Su función primordial es asegurar la publicidad, prioridad y certidumbre en las transacciones inmobiliarias.

La Ley Hipotecaria establece un sistema público de acceso a la información registral, según el principio de publicidad registral, dispuesto en su artículo 2, que establece que *“El Registro de la Propiedad tiene por objeto dar publicidad a los derechos reales sobre los bienes inmuebles, garantizando la seguridad jurídica en las transacciones que se realicen sobre los mismos.”* Este principio asegura que cualquier persona pueda acceder a la información registrada, lo que contribuye a la transparencia y a la protección de los derechos de los propietarios frente a posibles fraudes o disputas.

Sin embargo, la privacidad de los datos personales de los individuos, que surgen en el contexto de la propiedad, encuentra su marco de protección en las normativas de protección de datos personales, principalmente la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD),¹² y el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento General de Protección de Datos-RGPD).

En este sentido, aunque el acceso a la información registral es público, los datos personales de los titulares de los derechos inscritos deben ser manejados de acuerdo con las normativas de privacidad. Por ejemplo, el artículo 5 de la LOPDGDD establece que el tratamiento de los datos personales debe ser lícito, transparente, y de acuerdo con los fines para los que se recogen. En la práctica, esto significa que el acceso público a los registros de propiedad debe estar condicionado a la protección de la privacidad de los datos personales, garantizando que la divulgación no infrinja los derechos fundamentales de los titulares.

El Reglamento Hipotecario, en su artículo 210, dispone que los datos que consten en el Registro de la Propiedad pueden ser consultados por cualquier persona, pero esto no autoriza la divulgación de datos sensibles que puedan vulnerar la intimidad de los titulares. La legislación establece ciertas excepciones para el acceso a la información, por ejemplo, en el caso de la publicidad personal de los derechos sobre inmuebles, se limita la divulgación de datos de carácter estrictamente personal o financiero, los cuales están sujetos a restricciones bajo la normativa de protección de datos.

Y, ¿cómo actúa entonces la interacción entre el Registro de la Propiedad y la privacidad de los datos? El principal desafío radica en el equilibrio entre los principios de publicidad registral y el derecho a la privacidad. Aunque la Ley Hipotecaria establece que el Registro debe ser público, el RGPD y la LOPDGDD limitan el acceso a aquellos datos que no sean estrictamente necesarios para los fines para los que fueron recabados, así como el tratamiento de los mismos sin el consentimiento del interesado.

En este contexto, el acceso a la información de un bien inmueble o de sus titulares debe seguir *principios de minimización y proporcionalidad*. El artículo 9 del RGPD establece que los datos sensibles, como los relacionados con la salud, la ideología, o la vida sexual, no deben ser tratados salvo excepciones muy específicas. A su vez, el artículo 12 del RGPD obliga a que el tratamiento de los datos sea transparente, y que los titulares de los datos tengan conocimiento claro de la forma en que sus datos son utilizados.

En conclusión, el sistema registral español, basado en la Ley Hipotecaria y el Reglamento Hipotecario, proporciona una base sólida para la protección jurídica de los derechos de propiedad. No obstante, la interacción con la normativa de protección de datos personales, en especial la LOPDGDD y el RGPD, obliga a una regulación cuidadosa para asegurar que la publicidad de los registros de propiedad no vulnere la privacidad de los titulares. La protección de los datos personales, como lo indica la legislación vigente, debe ser garantizada mediante un tratamiento adecuado, en el que se respete la proporcionalidad, minimización de la información y el consentimiento expreso cuando corresponda.

XI. EL INTERÉS LEGÍTIMO EN LA PUBLICIDAD FORMAL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y SU RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES: LA DOCTRINA DE LA DGFYPSJ EN RELACIÓN CON ESTAS CUESTIONES

El concepto de interés legítimo en el acceso a la publicidad formal del Registro de la Propiedad ha sido objeto de diversas interpretaciones jurisprudenciales.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que dicho interés no se restringe a un interés directo y concreto, sino que se extiende a cualquier interés lícito, siempre que esté amparado por fines legales. No obstante, dicho interés legítimo no puede ser cualquier tipo de interés, sino que debe ser un interés patrimonial, conforme al artículo 14 de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de 29 de octubre de 1996.¹³

Según esta normativa, el tratamiento profesional de la publicidad formal excluye la divulgación de datos que carezcan de trascendencia jurídica. Asimismo, la publicidad registral debe reflejar fielmente los datos contenidos en los asientos registrales sin exceder lo necesario para satisfacer el interés legítimo del solicitante. La determinación de dicho interés legítimo en el ámbito del Registro de la Propiedad recae en el Registrador, quien debe evaluarlo conforme al sentido y función del sistema registral, sin que ello implique discrecionalidad en la revelación del contenido de los asientos.¹⁴

Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) de 30 de noviembre de 2000¹⁵ establece que los datos de carácter personal y patrimonial contenidos en los asientos registrales no pueden ser objeto de publicidad formal ni de tratamiento automatizado para fines distintos a los propios de la institución registral.¹⁶ Esta doctrina es reforzada por las sentencias del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 12 de diciembre de 2000,¹⁷ 31 de enero,¹⁸ 9 de abril¹⁹ y 7 de junio de 2001²⁰ que enfatizan la necesidad de que la solicitud de información registral exprese la causa y finalidad de la consulta. Esto permite al Registrador no solo calificar la concurrencia del interés legítimo del solicitante, sino también garantizar el cumplimiento de la normativa de protección de datos personales, evitando la divulgación de información que no tenga un carácter patrimonial.

En relación con la aplicación de la normativa de protección de datos al Registro de la Propiedad, es indudable que éste contiene datos personales, sobre todo considerando la amplia interpretación del Tribunal Constitucional, que incluye los datos patrimoniales dentro de esta categoría. En un sistema donde la inscripción registral es voluntaria, podría entenderse que el interesado, al inscribir un derecho, está otorgando su consentimiento para el tratamiento de sus datos a través de la publicidad registral. No obstante, el problema radica en la presencia de datos no registrales que, pese a no ser publicables, figuran en los asientos registrales.

Dado que el Registro de la Propiedad contiene datos personales, le es aplicable la normativa de protección de datos. La cuestión a debatir es el alcance de dicha aplicación y los sujetos y datos afectados. La inscripción y la publicidad registral constituyen, sin duda, tratamientos de datos, los cuales estarían consentidos en virtud del principio de voluntariedad de la inscripción. Dicho consentimiento sería explícito y se encontraría respaldado por la propia legislación registral.

La Agencia Española de Protección de Datos concluye que, si bien la publicidad registral es un mecanismo legalmente reconocido, su aplicación debe ajustarse a los principios de proporcionalidad y finalidad, limitando la divulgación de datos personales a aquellos estrictamente necesarios para garantizar la seguridad jurídica inmobiliaria. De este modo, el Registrador no solo debe evaluar la procedencia de expedir publicidad formal sobre una finca o derecho, sino también determinar qué datos y circunstancias deben incluirse o excluirse en función de la normativa de protección de datos personales.

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (antigua Dirección General de los Registros y del Notariado) ha emitido diversas resoluciones que abordan la relación entre el Registro de la Propiedad y la protección de los datos personales en el contexto de la normativa hipotecaria. En lo que respecta a la privacidad de los datos personales, la Dirección General ha tratado situaciones en las que resulta necesario equilibrar la publicidad registral con la protección de datos personales. Para ello, ha enfatizado la aplicación del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) y la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD) al ámbito registral. Algunas de estas resoluciones se han centrado en el acceso y divulgación de los datos contenidos en los registros, especialmente en lo relativo a los datos personales de los titulares de derechos sobre bienes inmuebles.

Entre las resoluciones más destacadas en esta materia se encuentra la Resolución de la DGRN de 14 de septiembre de 2012,²¹ en la que se denegó la exhibición del libro de registro correspondiente a una finca determinada. En este caso, la Dirección General estableció que la publicidad registral debe ajustarse estrictamente a la finalidad para la que está institucionalmente prevista, limitándose a las personas que acrediten un interés legítimo y garantizando la custodia y conservación de los libros registrales.

Asimismo, la Resolución de 20 de septiembre de 2013²² reafirmó la doctrina del Tribunal Constitucional en el sentido de que los datos sensibles de carácter personal o patrimonial contenidos en los asientos registrales no pueden ser objeto de publicidad formal ni de tratamiento automatizado para finalidades distintas de las propias de la institución registral. En aquellos casos en que la solicitud de información no se ajuste a la finalidad registral, se requiere el consentimiento expreso del titular del dato para su cesión a terceros.

En una línea similar, la Resolución de 30 de mayo de 2014²³ estableció que el interés legítimo alegado por el solicitante de información debe justificarse adecuadamente ante el registrador, quien ostenta la facultad de apreciar su legitimidad. En este contexto, se subrayó que el interés legítimo en investigaciones sobre crédito, solvencia y responsabilidad debe estar directamente vinculado a

una persona específica, evitando solicitudes genéricas que no se ajusten a la finalidad registral.

La Resolución de 17 de noviembre de 2016 analizó la protección de los datos personales en el acceso a la información registral, reiterando la necesidad de tratar dichos datos con la debida seguridad y conforme a la normativa de protección de datos. Por su parte, la Resolución de 27 de junio de 2017,²⁴ en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo,²⁵ recordó que el registrador debe calificar no solo la causa y finalidad de la consulta, sino también su congruencia con los datos aportados en la solicitud.

En resoluciones posteriores, como la de 6 de noviembre de 2017²⁶ y la de 21 de febrero de 2018,²⁷ se reiteró que la expedición de información del Registro está sujeta tanto a la legislación hipotecaria como a la normativa general sobre protección de datos personales. En particular, se señaló que, aun existiendo interés legítimo en la consulta de los libros del Registro, deben quedar excluidos de la información suministrada aquellos datos que tengan la consideración de sensibles.

Posteriormente, la Resolución de 14 de marzo de 2019²⁸ confirma la denegación de una certificación literal de una finca solicitada por un eventual causahabiente del titular registral por no haber justificado ante el registrador su interés legítimo, no habiendo acreditado ser causahabiente y termina señalando que “Dado que el presente supuesto no concurre interés legítimo [...] no procede analizar en estos casos cuales son los datos personales que puede recoger la publicidad que se expida aunque en el futuro habrá que tener en cuenta el importante cambio normativo introducido por la nueva Ley Orgánica de Protección De datos 3/2018, de 6 de diciembre, que se adapta a lo previsto en el Reglamento Europeo de Protección de datos, que establece en el artículo 2.3: «Los tratamientos a los que no sea directamente aplicable el Reglamento (UE) 2016/679 por afectar a actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea, se regirán por lo dispuesto en su legislación específica si la hubiere y supletoriamente por lo establecido en el citado reglamento y en la presente ley orgánica. Se encuentran en esta situación, entre otros, los tratamientos realizados al amparo de la legislación orgánica del régimen electoral general, los tratamientos realizados en el ámbito de instituciones penitenciarias y los tratamientos derivados del Registro Civil, los Registros de la Propiedad y Mercantiles».”

Asimismo, la Resolución de 3 de diciembre de 2020²⁹ estableció límites al acceso a la información registral cuando esta implique la divulgación de datos personales sensibles.

La Resolución de 4 de junio de 2020,³⁰ señala que es posible certificar los asientos de presentación, pero son aplicables los mismos requisitos relativos al interés legítimo, incluso con más cautela. El interés ha de justificarse ante el

registrador, que es a quien corresponde apreciar la legitimación del solicitante de la información.

Finalmente, la Resolución de 23 de mayo de 2022³¹ reiteró que el acceso a la información registral debe canalizarse a través de los sistemas legalmente habilitados, garantizando el cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos.

En síntesis, las resoluciones emitidas por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública han sido fundamentales para establecer un marco de actuación que armonice la publicidad registral con la protección de los datos personales. Entre los *principios clave* desarrollados en esta jurisprudencia administrativa se destacan el *acceso a la información* ya que, si bien el acceso a los registros de propiedad es público, existen restricciones en la divulgación de datos personales para proteger la privacidad de los titulares. El *principio de minimización* de datos pues solo deben registrarse y divulgarse aquellos datos estrictamente necesarios para la correcta identificación de los derechos inscritos. El *derecho de cancelación* puesto que se han regulado procedimientos para la eliminación de datos registrados cuando estos dejen de ser pertinentes o vulneren derechos fundamentales. Y, el *acceso restringido a ciertos datos*, habiéndose establecido límites al acceso a información registral en casos en los que su divulgación pueda comprometer la intimidad de los titulares.

En conclusión, las resoluciones de la Dirección General han sido determinantes para consolidar un equilibrio entre la publicidad registral y la protección de los datos personales, en cumplimiento de las disposiciones del RGPD y la LOPDGDD.

XII. LA PRIVACIDAD EN RELACIÓN CON EL GEMELO REGISTRAL URBANO Y SU VÍNCULO CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

El concepto de gemelo registral urbano hace referencia a la creación de una réplica digital exacta de la realidad física y jurídica de un inmueble o conjunto urbano. Este modelo digital se construye a partir de tecnologías como el big data, la inteligencia artificial y los modelos de información geoespacial, integrando no solo los datos catastrales, sino también información relativa a los derechos de propiedad, regulaciones urbanísticas, innovaciones tecnológicas y otros aspectos fundamentales para la gestión y explotación de bienes inmuebles.

A pesar de que la ejecución del gemelo registral urbano es un fenómeno relativamente reciente y en desarrollo, especialmente en países con un alto grado de digitalización administrativa como España, su aplicación plantea desafíos significativos en materia de privacidad de los datos y su interacción con el Registro

de la Propiedad. A continuación, se exponen los principales aspectos que inciden en esta relación:

A. INTEGRACIÓN DE DATOS PERSONALES SENSIBLES

El gemelo registral urbano no solo contempla información física y jurídica sobre los inmuebles, sino que también puede incorporar datos personales de los propietarios o arrendatarios. Como ya se ha señalado, este modelo podría incluir información obtenida del Registro de la Propiedad, tales como la titularidad de bienes inmuebles, los datos sobre hipotecas y cargas financieras, y el historial de modificaciones y obras en los inmuebles.

Si bien el acceso a la información del Registro de la Propiedad es público, la protección de datos personales, regida por normativas como el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), establece restricciones sobre la utilización y divulgación de información identificable. La integración de estos datos en modelos digitales podría incrementar los riesgos de explotación indebida de información personal, afectando la privacidad de los titulares como ya hemos abordado con anterioridad.

B. ACCESIBILIDAD Y EXPOSICIÓN DE LA INFORMACIÓN

El desarrollo del gemelo registral urbano permitirá una mayor accesibilidad a la información sobre los derechos de propiedad en tiempo real a través de plataformas digitales. Sin embargo, esta *accesibilidad ampliada* conlleva riesgos inherentes a la privacidad. Aunque la Ley Hipotecaria en su artículo 2 establece el principio de publicidad registral, la legislación en materia de protección de datos impone restricciones a la divulgación de datos personales que puedan comprometer derechos fundamentales de los titulares.

Dado que la consulta del gemelo urbano podría ser posible para una variedad de actores, incluidos organismos no gubernamentales y particulares ajenos al sector inmobiliario, se requiere un *equilibrio entre transparencia y protección de la privacidad*.

C. PRINCIPIO DE MINIMIZACIÓN DE DATOS

El principio de *minimización de datos*, consagrado en el RGPD, establece que solo deben recopilarse y procesarse los datos estrictamente necesarios para el cumplimiento de los fines legales y administrativos. Por ello, los modelos de gemelo registral urbano deben evitar la inclusión de información sensible, como

datos financieros de los propietarios, a menos que sea indispensable. Además, el uso de tecnologías de *encriptación* y *anonimización* podría contribuir a una protección adecuada de la información personal.

D. DERECHO AL OLVIDO

El derecho al olvido, contemplado en el artículo 17 del RGPD, supone la eliminación o rectificación de datos personales cuando el titular así lo solicite. En el contexto del gemelo registral urbano, este derecho podría verse obstaculizado si los datos almacenados en el modelo digital persisten a pesar de las solicitudes de supresión. Además, la vinculación de estos datos con modelos de inteligencia artificial podría generar dificultades adicionales en su modificación o eliminación.

E. SEGURIDAD DE LOS DATOS Y CIBERSEGURIDAD

La integración de información pública y privada en el gemelo registral urbano conlleva riesgos en términos de *ciberseguridad*. La accesibilidad de estos modelos digitales a través de plataformas en línea los hace susceptibles a ataques informáticos y filtraciones de datos. Por ello, resulta imprescindible la puesta en marcha de medidas robustas de protección, tales como el cifrado de datos, protocolos de autenticación y sistemas de detección de intrusiones.

F. AUTORIZACIÓN Y CONSENTIMIENTO

Si bien el Registro de la Propiedad está regido por el principio de publicidad registral, la aplicación del gemelo registral urbano introduce nuevas formas de tratamiento de datos personales que podrían requerir el consentimiento explícito de los titulares. Por ejemplo, la incorporación de información sobre modificaciones o usos de un inmueble podría exigir una autorización específica del propietario, en virtud de la legislación de protección de datos.

En conclusión, el gemelo registral urbano constituye un avance significativo en la gestión digital del patrimonio inmobiliario, al proporcionar una representación detallada y dinámica de los datos urbanos. No obstante, su aplicación plantea retos sustanciales en materia de privacidad y protección de datos personales. Para su desarrollo efectivo dentro del marco legal vigente, es fundamental:

- Garantizar el cumplimiento del RGPD y otras normativas de protección de datos.
- Realizar mecanismos de acceso restringido y protección de información sensible.

- Aplicar tecnologías de cifrado y anonimización para la seguridad de los datos.
- Respetar los derechos de los propietarios en relación con la publicidad registral y el derecho a la supresión de información.

En definitiva, el diseño y la gestión del gemelo registral urbano deben asegurar un equilibrio entre la innovación tecnológica y el respeto por los derechos fundamentales de los titulares de los bienes inmuebles, garantizando que la transparencia no se convierta en una amenaza para la privacidad.

XIII. CONCLUSIONES

I. El gemelo digital urbano (GDU) se consolida como una herramienta clave para la gestión eficiente de las ciudades inteligentes, integrando tecnologías como IoT, IA y análisis de datos en tiempo real. La capacidad de simular escenarios permite una planificación estratégica que optimiza la gestión de recursos urbanos, favoreciendo la sostenibilidad y la eficiencia energética. La integración de sensores y algoritmos de IA posibilita la detección temprana de fallos en infraestructuras críticas, mejorando la seguridad y reduciendo costos de mantenimiento. La simulación de desastres naturales y emergencias facilita la preparación y respuesta ante crisis, optimizando la distribución de servicios de emergencia y aumentando la resiliencia urbana. El GDU permite evaluar y predecir flujos de movilidad, contribuyendo a la reducción de la congestión vehicular y al diseño de infraestructuras más eficientes. La visualización interactiva de proyectos urbanos a través del GDU fomenta la participación ciudadana en la toma de decisiones, fortaleciendo la gobernanza digital.

La adopción del GDU requiere inversiones significativas en infraestructura tecnológica y capital humano especializado, aunque su financiamiento es viable a través de programas como los Fondos Next Generation EU. La interoperabilidad con plataformas previas de ciudades inteligentes permite optimizar la inversión en tecnologías digitales y garantizar una transición eficiente hacia el uso del gemelo digital.

La evolución del GDU, impulsada por la IA y el aprendizaje automático, promete transformar radicalmente la planificación urbana, permitiendo modelos predictivos cada vez más precisos y adaptativos. En el marco de la Cuarta Revolución Industrial, el gemelo digital urbano se erige como un componente esencial en la modernización de las ciudades, promoviendo su desarrollo sostenible e inteligente.

II. La digitalización de los entornos urbanos mediante gemelos digitales debe garantizar la protección de los datos personales, cumpliendo con normati-

vas como el RGPD y evitando riesgos económicos y reputacionales derivados de su uso indebido. Las administraciones deben adoptar un enfoque ético en la gestión de datos urbanos, asegurando la inclusión, transparencia y responsabilidad en su desarrollo para preservar la confianza ciudadana. La ejecución de gemelos digitales urbanísticos requiere estrategias avanzadas de ciberseguridad para proteger la integridad de los datos y evitar accesos no autorizados.

III. La incorporación de datos registrales en los gemelos digitales permite una visión más completa del territorio, combinando información física, jurídica y normativa para mejorar la planificación urbana. Los gemelos digitales facilitan la identificación de propiedades públicas y privadas, detectan irregularidades y agilizan trámites urbanísticos al integrar información catastral y registral.

La disponibilidad de información jurídica y urbanística en tiempo real permite evaluar oportunidades de inversión, diseñar proyectos ajustados a normativas y evitar conflictos legales en la planificación de edificaciones.

IV. El acceso a datos registrales en gemelos digitales empodera a los ciudadanos al facilitar la consulta de titularidad, cargas y normativas urbanísticas, promoviendo la transparencia en el mercado inmobiliario. La combinación de modelos tridimensionales, datos en tiempo real y registros jurídicos proporciona un marco fiable para la gestión eficiente del suelo y la toma de decisiones estratégicas en políticas urbanas.

El acceso a la información del Registro de la Propiedad está sujeto a regulaciones estrictas que requieren mecanismos seguros de interoperabilidad y el principio de “interés legítimo” para su consulta. La interrelación entre el Registro de la Propiedad y los gemelos digitales urbanísticos democratiza el acceso a la información, fomenta la eficiencia administrativa y reduce riesgos en la gestión del territorio, consolidando un modelo de ciudad inteligente y sostenible.

V. El DPD desempeña un papel clave en las ciudades inteligentes, garantizando el cumplimiento normativo en el tratamiento de datos personales, especialmente en la puesta en funcionamiento de gemelos digitales urbanísticos vinculados al Registro de la Propiedad. Es responsabilidad del DPD asegurar que la recopilación, uso y almacenamiento de datos cumplan con los principios del RGPD, garantizando su licitud, minimización y confidencialidad. Para evitar la reidentificación de personas, el DPD debe supervisar la anonimización y seudonimización de datos en simulaciones digitales y modelos tridimensionales.

La interconexión del gemelo digital con bases de datos urbanísticas requiere evaluaciones de impacto para identificar riesgos, especialmente cuando se emplean tecnologías como el big data y la inteligencia artificial.

Se deben ejecutar mecanismos de acceso restringido a la información registral y urbanística, garantizando que solo entidades legitimadas accedan a estos datos, en coordinación con las estrategias municipales de ciberseguridad.

El DPD actúa como intermediario entre administraciones, ciudadanos y el Registro de la Propiedad, asegurando el ejercicio de derechos como el acceso, rectificación y oposición de datos personales.

Aunque la AEPD no ha emitido resoluciones específicas sobre el papel del DPD en ciudades inteligentes, ha sancionado infracciones en entornos urbanos tecnológicos, evidenciando la necesidad de una regulación efectiva.

VI. Equilibrio entre publicidad registral y privacidad. La normativa española garantiza la publicidad del Registro de la Propiedad, pero su interacción con el RGPD y la LOPDGDD impone restricciones para proteger la privacidad de los titulares, limitando el acceso a datos sensibles. La divulgación de información registral debe seguir criterios de proporcionalidad, evitando la exposición de datos personales innecesarios y garantizando la transparencia en su tratamiento.

La coexistencia de la normativa hipotecaria con las regulaciones de privacidad obliga a una adaptación constante de los mecanismos de acceso y gestión de datos, asegurando el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La jurisprudencia ha ampliado la noción de interés legítimo, incluyendo cualquier interés lícito con base legal, siempre que sea patrimonial y no de naturaleza genérica. El Registrador tiene la función de evaluar la concurrencia del interés legítimo sin discrecionalidad absoluta, ajustándose a la normativa hipotecaria y de protección de datos. La publicidad registral debe respetar la normativa de protección de datos, garantizando que solo se divulguen datos esenciales para la seguridad jurídica inmobiliaria. La divulgación de información registral debe limitarse a lo estrictamente necesario, evitando la exposición de datos personales irrelevantes o sensibles. La publicidad registral no implica una divulgación indiscriminada, debiendo garantizarse un equilibrio entre transparencia y privacidad.

La digitalización y el uso de tecnologías avanzadas en el Registro de la Propiedad generan nuevos desafíos en materia de privacidad y protección de datos personales. La integración de información en plataformas digitales requiere medidas robustas de seguridad para prevenir accesos indebidos y filtraciones de datos. La inclusión de ciertos datos en el gemelo registral urbano podría requerir el consentimiento explícito de los titulares, en línea con la normativa de protección de datos. La digitalización registral debe garantizar el cumplimiento de la normativa vigente, evitando que la transparencia comprometa la privacidad de los titulares.

NOTAS

¹ <https://utopiaurbana.city/2022/07/24/conoce-virtual-singapur-el-gemelo-digital-del-que-habla-el-mundo/>

² REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

³ Desde 2015, con la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, se puede coordinar gráficamente el Registro y el Catastro, lo que permite: Asociar cada finca registral a su geometría exacta (coordenadas geográficas, GML); incluir esa geometría en la descripción registral, y, facilitar el cruce automático entre lo jurídico y lo espacial (clave para un gemelo digital).

⁴ Infraestructura básica que permite el intercambio de asientos electrónicos de registro entre las AAPP. De forma segura y con conformidad legal, independientemente de la instalación de registro utilizada, siempre que esté certificada en la Norma SICRES.

<https://administracionelectronica.gob.es/ctt/verPestanaGeneral.htm?idIniciativa=sir>

⁵ ORVE (Oficina de Registro Virtual) es una solución de registro completa que proporciona un servicio en la nube que permite gestionar las Oficinas de Registro de entrada/salida de una Administración, proporcionando su propio libro de registro. Adicionalmente, al contar con certificación SICRES 3.0 posibilita el intercambio de registros en formato electrónico con otros organismos conectados a la plataforma SIR (Sistema de Interconexión de Registros). <https://administracionelectronica.gob.es/ctt/orve>

⁶ <https://www.sedecatastro.gob.es/>

⁷ <https://www.ramoneycalabogados.com/es/noticias/la-aepd-analiza-las-funciones-del-delegado-de-proteccion-de-datos>

⁸ Se cita en este sentido lo ya indicado en el Informe 170/2018 de la AEPD, en el que se señalaba: *“Con respecto al asesoramiento del DPD al responsable en las evaluaciones de impacto, dicho asesoramiento, no puede interpretarse como una manera en la que el DPD reciba instrucciones del responsable o que participe en la toma de decisiones sobre los tratamientos. El asesoramiento del DPD con relación al responsable del tratamiento debe de entenderse de la siguiente forma:*

– El DPD asesora al responsable, tanto en las evaluaciones de impacto como en cualquier aspecto de las actividades de tratamiento que lleve a cabo.

– El responsable toma decisiones atendiendo, o no, al asesoramiento del DPD, pues es el responsable finalmente quien determina los fines y medios y quien asumirá las posibles consecuencias que para, los derechos y libertades de las personas, pudieran tener los tratamientos que lleva a cabo...”

⁹ En la memoria de la AEPD de 2023 publicada en 2024, “como resultado de las obligaciones que establece el artículo 34 del RGPD aproximadamente 17 millones de interesados afectados fueron comunicados por los responsables acerca del hecho de que sus datos fueron objeto de una brecha.”

<https://www.aepd.es/memorias/memoria-aepd-2023.pdf>

¹⁰ La comunidad ha vulnerado el artículo 5.1 f) del RGPD, que rige los principios de integridad y confidencialidad de los datos personales, así como la responsabilidad proactiva del responsable del tratamiento de demostrar su cumplimiento.

El regulador español establece la sanción máxima en este sentido con los agravantes que vienen definidos como acción negligente no intencional, pero significativa (artículo 83.2 b del propio RGPD y además se encuentran afectados identificadores personales básicos, según el artículo 83.2g del citado reglamento.

“La comunidad de propietarios actuará como responsable de los tratamientos de datos personales y el administrador de fincas como encargado de tratamiento”. <https://conflegal.com/20210310-la-aepd-impone-una-multa-de-15-000-euros-a-una-comunidad-de-propietarios-por-publicar-las-actas-de-una-reunion-sin-anonimizar/>

¹¹ La Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht (BayLDA), autoridad de protección de datos de Baviera (Alemania), ha adoptado una resolución que declara la infracción por parte de la empresa responsable del proyecto Worldcoin de varios artículos del RGPD y le insta a implantar las medidas correctivas oportunas. Esta resolución se produce una vez finalizado el procedimiento de cooperación entre autoridades competentes previsto en el artículo 60 del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), en el que la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ha cooperado con la BayLDA de forma activa.

La finalización de este procedimiento supone la ratificación de la medida cautelar impuesta por la Agencia Española de Protección de Datos en marzo de este año que, ante los indicios de graves incumplimientos, para evitar daños potencialmente irreparables y proteger los derechos de los ciudadanos, ordenó de forma inmediata el cese en la recogida y el tratamiento de datos personales que la compañía estaba llevando a cabo en España, así como el bloqueo de los que ya se habían recopilado. <https://www.aepd.es/prensa-y-comunicacion/notas-de-prensa/worldcoin-tendra-que-eliminar-todos-los-codigos-de-iris>

¹² «BOE» núm. 294, de 06/12/2018. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2018-16673>

¹³ Instrucción de 29 de octubre de 1996, de la Dirección General de los Registros y del Notario, sobre medios técnicos en materia de comunicaciones entre Registradores y ordenación de sus Archivos. «BOE» núm. 271, de 9 de noviembre de 1996. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1996-24752

¹⁴ MANRIQUE PLAZA, JAVIER: “El conflicto entre la publicidad registral y la protección de datos personales.”, en *El Notario del S. XXI*. N.º 33 Sept. Oct 2010

¹⁵ STC, de 30 de noviembre de 2000. Número Sentencia: 292/2000 Número Recurso: 1463/2000. Ponente: Julio Diego González Campos.

¹⁶ La Sentencia del Pleno del TC 292/2000, de 30 de noviembre lo configura, con absoluta nitidez, como un derecho autónomo e independiente consistente en «un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/384774-vivas.html>

¹⁷ STS, Sala tercera de lo contencioso administrativo, sección sexta. Número Recurso: 519/1998. Ponente: Jesús Ernesto Peces Morate. Documento TOL1.717.073.

¹⁸ STS, Sala tercera de lo contencioso administrativo, sección sexta de 31 de enero de 2001. Recurso: 507/1998. Ponente: Jesús Ernesto Peces Morate. Numroj: STS 571/2001. Ecli: ECLI:ES:TS:2001:571

¹⁹ STS, Sala tercera de lo contencioso administrativo, sección sexta de 9 de abril de 2001. Ponente: Fernando Ledesma Bartret

²⁰ STS, Sala tercera de lo contencioso administrativo, sección sexta de 7 de junio de 2001. Número Recurso: 467/1998. Ponente: José Manuel Sieira Míguez. Numroj: STS 4806/2001. Ecli: ECLI:ES:TS:2001:4806.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de junio de 2001, recuerda la necesidad de expresar la causa y finalidad de la consulta [...] 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.

²¹ TOL2.663.155

²² Resolución de 20 de septiembre de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Las Palmas de Gran Canaria n.º 5, por la que se rechaza la expedición de la información solicitada. (BOE, núm. 253, de 22 de octubre de 2013) https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-11066

²³ Resolución de 30 de mayo de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra las notas de calificación extendidas por la registradora de la propiedad de Ledesma por la que se deniega la expedición de notas simples relativas a determinadas fincas registrales (BOE Núm. 180 viernes 25 de julio de 2014). <https://www.boe.es/boe/dias/2014/07/25/pdfs/BOE-A-2014-7911.pdf>

²⁴ Resolución de 27 de junio de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Madrid n.º 29, por la que se deniega la expedición de una certificación en cuanto a asientos no vigentes. (BOE Núm. 173, viernes 21 de julio de 2017). <https://www.boe.es/boe/dias/2017/07/21/pdfs/BOE-A-2017-8598.pdf>

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 7 de junio de 2001 recuerda la necesidad de expresar la causa y finalidad de la consulta para que el registrador pueda, no sólo calificar la concurrencia de interés legítimo, sino también para que pueda velar por el cumplimiento de las normas sobre protección de datos de carácter personal. Y para ello resulta fundamental, como hemos visto, ajustar la publicidad registral a la finalidad para la que está institucionalmente prevista.

²⁶ Resolución de 6 de noviembre de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Almuñécar, por la que se deniega la constancia del precio en una certificación. (BOE Núm. 290 miércoles 29 de noviembre de 2017). <https://www.boe.es/boe/dias/2017/11/29/pdfs/BOE-A-2017-13883.pdf>

²⁷ Resolución de 21 de febrero de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora

de la propiedad de Valencia n.º 3, por la que deniega la expedición de certificación literal del historial registral de determinadas fincas. BOE Núm. 59, jueves 8 de marzo de 2018. <https://www.boe.es/boe/dias/2018/03/08/pdfs/BOE-A-2018-3263.pdf>

²⁸ Resolución de 14 de marzo de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Santa María de Guía de Gran Canaria, por la que se deniega la expedición de una certificación. BOE Núm. 85 martes 9 de abril de 2019. <https://boe.es/boe/dias/2019/04/09/pdfs/BOE-A-2019-5290.pdf>

²⁹ Resolución de 3 de diciembre 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 Torrelodones, por la que se deniega la expedición de certificación en determinados extremos.

A los efectos de dar publicidad registral, el registrador debe tener en cuenta la finalidad para la que se solicita, y aún en el caso de que dicha finalidad sea aceptable, deberá cohonestar la legislación sobre protección de datos con el derecho a esa información de forma que no deberá dar publicidad respecto de titularidades o de cargas o gravámenes no vigentes y ajenos al objeto de la solicitud.

³⁰ Resolución de 4 de junio de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Mérida, por la que se suspende la expedición de una certificación de determinados asientos de presentación del Libro Diario, por no resultar acreditado el interés legítimo. BOE Núm. 206, jueves 30 de julio de 2020. <https://www.boe.es/boe/dias/2020/07/30/pdfs/BOE-A-2020-8804.pdf> En el presente caso, la recurrente manifiesta ser hija de la titular registral, ya fallecida, de las fincas a que se refieren los asientos de presentación. Sin embargo, no acredita dichas circunstancias, fallecimiento de la titular registral y su condición de hija de la misma, en el momento de la solicitud de la publicidad registral, por lo que el recurso debe ser desestimado. Acreditadas dichas circunstancias, podrá expedirse la información solicitada.

³¹ Resolución de 23 de mayo de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto ante la negativa del registrador de la propiedad de Petra a emitir varias notas simples solicitadas por correo electrónico. BOE Núm. 141 martes 14 de junio de 2022.

<https://www.boe.es/boe/dias/2022/06/14/pdfs/BOE-A-2022-9807.pdf>

La facultad de disposición del fiduciario sobre los bienes y derechos sujetos a sustitución fideicomisaria

The trustee's power of disposition over assets and rights subject to trust substitution

por

M.^a DEL MAR MANZANO FERNÁNDEZ

Profesora Titular acreditada a Catedrática Universidad de Córdoba

RESUMEN: El Código Civil impone al heredero fiduciario la obligación de conservar y transmitir al fideicomisario los bienes recibidos del testador fideicomitente. Esta obligación implica, de principio, la prohibición de realizar cualquier acto de disposición sobre dichos bienes, aunque en ocasiones se precisa liquidez para hacer frente a otros gastos de la herencia. Se plantea, por tanto, la colisión entre una obligación de no disponer que parece que forma parte de la esencia de la institución y la necesidad de dar solución a los problemas reales, profundizando en las normas y en la verdadera voluntad del causante.

ABSTRACT: *The Civil Code imposes on the fiduciary heir the obligation to preserve and transfer to the trustee the assets received from the testator or settlor. This obligation implies, in principle, the prohibition of any act of disposition of said assets, although sometimes liquidity is required to cover other expenses of the inheritance. This raises the question of a collision between an obligation not to dispose, which seems to be part of the essence of the institution, and the need to resolve real problems by delving deeper into the rules and the true will of the testator.*

PALABRAS CLAVE: Sustitución fideicomisaria, heredero fiduciario, bienes fideicomitidos, fideicomisario, disposición, prohibición de disponer.

KEYWORDS: *Fiduciary substitution, fiduciary heir, trust assets, trustee, disposition, prohibition of disposition.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LAS SUSTITUCIONES HEREDITARIAS.—III. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA. ANTECEDENTES EN EL DERECHO ROMANO Y EVOLUCIÓN POSTERIOR.—IV. LA CUESTIÓN DE LA ENAJENABILIDAD DE LOS BIENES AFECTOS A LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA. 1. LA LIMITACIÓN DE LA FACULTAD DE DISPONER DEPENDE DE LA CARACTERIZACIÓN DE LA FIGURA. LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA. 2. ¿ES LA PROHIBICIÓN DE DISPONER DE ESENCIA A LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA?—V. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA, FIDEICOMISO DE RESIDUO Y USUFRUCTO TESTAMENTARIO CON FACULTAD DE DISPONER.—VI. EL CONSENTIMIENTO DEL FIDEICOMISARIO Y EL RESPETO A LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE.—VII. LA POSIBILIDAD DE DEUDUCCIÓN DE LOS GASTOS LEGÍTIMOS, CRÉDITOS Y MEJORAS.—VIII. LA OBLIGACIÓN DE ENTREGAR LA HERENCIA AL FIDEICOMISARIO. ¿RESTRICCIÓN A LA DISPOSICIÓN O PROHIBICIÓN DE DISPONER?—IX. ACTOS DE DISPOSICIÓN SOBRE LOS BIENES Y DERECHOS FIDEICOMITIDOS. 1. NEGOCIOS DISPOSITIVOS VOLUNTARIOS EN LOS QUE EL BIEN O DERECHO SALE DEL PATRIMONIO DEL FIDUCIARIO. 1.A. *Se transmite libre el bien o derecho cuando concurre el consentimiento de todos los fideicomisarios.* 1.B. *Los fideicomisarios con existencia actual prestan su consentimiento, pero, dado que el fiduciario aún vive, no hay certeza de que aquellos sean los únicos porque no ha entrado en juego todavía la limitación del segundo grado (entendido como dos llamamientos) que recoge el art. 781 del Código Civil.* 2. ACTOS QUE NO SON TRANSMISIVOS EN SENTIDO ESTRICTO, PERO EL BIEN O DERECHO SUJETO A GRAVAMEN SALE DEL PATRIMONIO DEL FIDEICOMISARIO. 3. ACTOS QUE PUEDEN LLEVAR CONSIGO UNA POSTERIOR TRANSMISIÓN. 3.A. *Embargo sobre bienes o derechos fideicomitidos.* 3.B. *Hipoteca de bienes gravados con sustitución fideicomisaria.*—X. LAS SOLUCIONES EN EL DERECHO ESPECIAL AUTONÓMICO O FORAL. 1. DERECHO BALEAR. 2. DERECHO NAVARRO. 3. DERECHO CATALÁN.—CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

En el número 17 de la revista “El Notario del Siglo XXI”, GARRIDO DE PALMA¹ relata el siguiente supuesto que, como fedatario público, vivió él mismo hace bastantes años. Se trataba de la institución a la única hija, necesitada de periódicos tratamientos

médicos, sustituyéndola fideicomisariamente por una institución religiosa. Se designaban en el testamento dos albaceas mancomunados con facultades colaboradoras en la conservación de los bienes y atención a las necesidades de la heredera. El único bien que quedaba era un caserón en ruinas. La atención médica a la heredera y la conservación del patrimonio requería la disposición de otros bienes o valores productivos. Consultadas por el Notario, tanto la heredera fiduciaria como la fideicomisaria entendieron la situación. Uno de los albaceas mostraba su preocupación; el otro no quiso saber nada de la historia. Así se resolvió: en los casos de suma urgencia, dice el art. 896 del Código Civil, “podrá uno de los albaceas mancomunados practicar, bajo su responsabilidad personal, los actos que fueren necesarios, dando cuenta inmediatamente a los demás”. La venta la celebró la fiduciaria y el albacea compareció también para hacer constar que tomaba “las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes, con intervención de los herederos presentes” (art.902.4.º CC) sin necesidad de rendir cuentas al Juez porque no se trataba del supuesto contemplado en el art. 907 del Código Civil, previsto para aquellos casos en que hubiesen sido nombrados para darle a los bienes “la inversión o distribución que el testador hubiese dispuesto en los casos permitidos por derecho”.

En definitiva, como dice GARRIDO DE PALMA, se trata de la necesidad de percatarse de los problemas de la vida real y profundizar en las normas para extraer de ellas su jugo. Y cita a GONZÁLEZ PALOMINO, cuando le decía a él mismo: “si quieres profundizar en el estudio del Derecho español, empieza por sacarles la leche a nuestros juristas del XIX”.

La idea que subyace en este trabajo es la de determinar si, a la luz de la normativa del Código Civil es posible o no la disposición de los bienes fideicomitidos habida cuenta del encargo al heredero fiduciario de conservar y transmitir (art. 781 CC). Los problemas de la vida real, como en el supuesto de hecho que se ha reflejado más arriba, hacen pensar que sí. Sin embargo, la esencia de esta clase de sustitución puede avalar lo contrario. Para poder llegar a una conclusión fundada es necesario indagar en el origen de las sustituciones, en general, y en el de la fideicomisaria, en particular. Los problemas que motivaron la creación de esta figura serán claves para hacernos una idea de si la facultad de disposición es o no de esencia a esta institución y si, a la luz de la regulación del Código Civil se ha de entender prohibida, o no, la enajenación de los bienes fideicomitidos.

II. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LAS SUSTITUCIONES HEREDITARIAS

La palabra “sustitución”, de *sub instituere*, implica una institución de heredero (u ordenación a título singular o legado) subordinada a otra. Es decir, una

disposición en virtud de la cual un tercero es llamado a una herencia, fracción o legado, *en defecto* de una primera persona o *después* de ella.

Nacen de la idea romana de asegurar por todos los medios la sucesión testamentaria, pues, si no había heredero que aceptara la herencia, el testamento perdía su eficacia. Era preciso multiplicar los posibles llamamientos para que hubiera uno que recogiera la sucesión. También era preciso librar al descendiente sometido a potestad, que no podía hacer testamento, de la ignominia de morir intestado.

En nuestro Derecho, a partir del Ordenamiento de Alcalá (1348), al no ser ya necesaria la institución de heredero para la validez del testamento, ni ser incompatibles las sucesiones testada e intestada, ni ignominioso morir sin testamento, desaparecen las razones históricas que determinaron el nacimiento de las sustituciones, pero han subsistido como una consecuencia del principio de libertad de testar y para atender a la idea de mantener los bienes dentro de la familia.

Dejando a un lado la clasificación de las sustituciones atendiendo al modo de ordenarse (recíprocas y compendiosas), si adoptamos el criterio de la estructura que ofrecen, las sustituciones se dividen en:

a) *Sustitución directa o subsidiaria*. Una persona es llamada a la herencia o legado *en defecto de otra*. Hay una sola liberalidad y un solo llamamiento real o efectivo. Trata de evitar la sucesión intestada y tiene dos modalidades: sustitución vulgar y la sustitución pupilar. La reforma operada en el Código Civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, en cuanto —como señala su preámbulo— “...sienta las bases del nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad”, ha eliminado del Código Civil la denominada sustitución ejemplar o cuasi pupilar mediante la supresión del artículo 776, que la regulaba.

b) *Sustitución indirecta o sucesiva*. Una persona es llamada a la herencia o legado *después de otra*. Hay varias liberalidades o llamamientos efectivos. Se persigue fijar la trayectoria que deben seguir los bienes en el futuro. Su modalidad más importante es la sustitución fideicomisaria. En ella centraremos nuestro estudio.

III. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA. ANTECEDENTES EN EL DERECHO ROMANO Y EVOLUCIÓN POSTERIOR

La sustitución fideicomisaria tiene su origen en el fideicomiso romano (*fideicommissum*)², que es el encargo hecho a una persona con capacidad para su-

ceder, para que transmitiera la herencia a un tercero que no tenía capacidad para suceder. Curiosamente, los orígenes del fideicomiso romano se remontan a la primera fase del *testamentum per aes et libram*, el testamento por el bronce y la balanza. Consistía en el acto solemne por el que el disponente vendía sus bienes a una persona de confianza (*mancipatio familiae*) en presencia del portador de la balanza (*libripens*) y de cinco testigos. La persona que recibía los bienes en custodia se comprometía a entregarlos a quien había designado el disponente. Este procedimiento se fundaba en la desconfianza del testador de que se respetase su voluntad después de su muerte, motivo éste por el que intervenía un fiduciario. El adquirente —dice GAYO— no era heredero, pero conseguía la situación de heredero (Inst. II, 23).

El fideicomiso no se configuraba como una sustitución, sino como una primera sucesión cuando el instituido no llegaba a serlo por cualquier causa. Se aplicaba también cuando un ciudadano romano quería dejar sus bienes a un peregrino, que no tenía “testamentifacio pasiva” (G., 2285). Era la forma de eludir una norma demasiado rigurosa³, por lo que esta práctica se fue generalizando y arraigó en las costumbres romanas.

El causante confiaba en que el heredero cumpliera el encargo. Se trataba de encargos de confianza para disponer de todo o parte de la herencia, como resulta de su etimología: confiar en la fe o *fideicommittere*. El encargo se hacía en términos de petición⁴.

El tercero no era llamado como sucesor, pero se beneficiaba del encargo. El heredero nombrado sucesor (heredero fiduciario) era una especie de pantalla, un intermediario entre el causante y el tercero beneficiado (fideicomisario). Tenía el inconveniente de que el encargo hecho al fiduciario no tenía fuerza vinculante, de modo que no había garantía de que los bienes llegasen realmente a la persona deseada por el causante o fideicomisario.

En tiempos de Augusto, el encargo se consideró obligatorio, ya que, preocupado por el constante incumplimiento de lo ordenado y ante la carencia de tutela jurídica en estos casos, convocó a los cónsules para que cuidaran del cumplimiento de los fideicomisos. Claudio instituyó dos pretores fideicomisarios especializados en este asunto, pero el Senado Consulto Pegasiano exigió la misma capacidad para ser fideicomisario que para ser heredero, con lo que desapareció la utilidad práctica del fideicomiso.

Posteriormente, aparece en Roma otra institución similar: el llamado *fideicommissum familiae relictum*, que era el encargo o disposición por el que el testador pedía a su heredero que conservase el patrimonio hereditario y que a su muerte fuese transferido a personas pertenecientes a su familia o que tuviesen determinado grado de parentesco, como el hijo primogénito. Esta figura permitía

sucesivos e indefinidos llamamientos. Para evitar abusos, Justiniano lo limitó hasta el cuarto grado (Nov, 129,51), incluyendo patronos, libertos y esclavos.

Más adelante aparece el *fideicommissum hereditatis o universitatis*, que servía para transmitir la herencia en su totalidad o una parte de ella. El heredero podía transmitir las cosas hereditarias, pero no podía ceder su cualidad de heredero. Para ello se servía de una venta ficticia de la herencia por una moneda y realizaba las estipulaciones de la herencia comprada y vendida para la transferencia de los créditos y deudas al fideicomisario.

La diferencia entre el fideicomiso y la sustitución fideicomisaria estriba en que en el primero, el primer llamado ha de hacer entrega de los bienes fideicomitidos de una manera inmediata, mientras que en la sustitución fideicomisaria la restitución tiene lugar cuando llega el momento fijado o cuando se cumple la condición que se impuso. Hasta este momento, el fiduciario conserva los bienes⁵. Apunta ROYO MARTÍNEZ (1951,156), muy gráficamente, que cabría comparar este fideicomiso con el juego del frontón: la pelota pasa de un jugador a otro, pero no directamente, sino arrojada contra el muro, que no la retiene, sino que la devuelve para que el otro jugador la recoja. Y continúa explicando que este ejemplo sirve para aclarar la transformación del fideicomiso en sustitución fideicomisaria, y las diferencias entre aquel y ésta. En la sustitución fideicomisaria se permite al frontón que retenga temporalmente la pelota, y el juego se hace más lento o, lo que es lo mismo, sin lenguaje metafórico, en el Derecho romano postclásico y el medieval, el fideicomiso llega a ser empleado para vincular por varias generaciones, e incluso indefinidamente, los bienes a una estirpe. El fideicomiso implica un beneficio indirecto, pero inmediato, para el fiduciario. La sustitución fideicomisaria origina un beneficio directo, pero demorado, para el o los sustitutos fideicomisarios.

En la Edad Media, las sustituciones fideicomisarias se desarrollan bajo la forma de vinculaciones, caracterizadas por la perpetuidad y el preestablecimiento de un orden para suceder, lo que suponía la inmovilización de la riqueza e impedía el tráfico de bienes.

La Revolución francesa suprime las vinculaciones y mayorazgos. En España, lo hace la Ley de 11 octubre de 1820⁶ y prohíbe su constitución futura.

Los códigos civiles europeos, que se redactaron en pleno auge del liberalismo económico, son contrarios a la figura:

- El Código Civil italiano de 1865 la prohibía en absoluto (art. 899); el de 1942 admite la familiar, a favor de nietos o sobrinos, o la sustitución en beneficio de entes públicos (art. 693).
- Los Códigos germánicos la admiten limitándola a un grado (art. 488).

El Código Civil español conserva las sustituciones fideicomisarias, pero sometiéndolas a toda una serie de limitaciones.

IV. LA CUESTIÓN DE LA ENAJENABILIDAD DE LOS BIENES AFECTOS A LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

1. LA LIMITACIÓN DE LA FACULTAD DE DISPONER DEPENDE DE LA CARACTERIZACIÓN DE LA FIGURA. LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA.

Ya en el Proyecto de Código Civil de 1851 de García Goyena fue esta cuestión objeto de debate. El Código Civil francés, que le sirvió de base, justificaba la limitación de la facultad de disponer en beneficio de los hijos del instituido (art. 595). Como señala VALLET⁷, este criterio, respecto de las sustituciones fideicomisarias temporales, convenció a la comisión codificadora.

Nada señala el Código Civil sobre esta cuestión. No hay respuesta, ni positiva ni negativa, acerca de si es posible enajenar los bienes fideicomitidos. Expresamente, no lo prohíbe. De los preceptos reguladores de la sustitución fideicomisaria parece inferirse la prohibición de enajenar, por cuanto el encargo de “conservar y transmitir” y la obligación de entrega al fideicomisario (art. 783 CC) está presente en el contenido esencial de la figura. En todo caso, no ha sido ésta cuestión pacífica en la doctrina.

Son varias las opciones que se han planteado:

1.^a) Estamos ante una herencia en administración

Afirma GARRIDO MELERO (2004, 833) que se ha dicho que el problema no es *si el fiduciario puede enajenar*, sino *si los bienes fideicomitidos pueden ser enajenados*, por lo que la cuestión se reconduce a que estamos ante un patrimonio en administración. Sigue la idea de GONZÁLEZ PALOMINO, planteando el problema en otros términos: “no nos preguntemos *si el fiduciario puede* o no puede enajenar los bienes del fideicomiso sino *si se pueden o no se pueden* enajenar los bienes del fideicomiso y, en caso afirmativo, por quién, para quién y cómo. En vez del fiduciario-centrismo, vamos a aceptar, provisionalmente, el fideicomiso-centrismo”⁸. Se trata de una herencia en administración que —dice GONZÁLEZ PALOMINO (1950, 101-102)⁹— no es lo mismo que un caso de mera administración de la herencia, en la que el encargado de la conservación no es necesariamente un administrador de bienes ajenos, sino que tiene también la posesión en nombre propio.

2.^a) Se trata de un heredero sometido a condición suspensiva. Serían, en este caso aplicables, las siguientes disposiciones:

- 1.º El art. 801 del Código Civil, que señala que se pondrán —en este caso— los bienes en administración hasta que la condición se realice o haya certeza de que no va a poder cumplirse.
- 2.º El art. 804 del Código Civil en lo referente a los derechos y obligaciones de los administradores., que remite a los que lo sean de los bienes del ausente. Éstos, dice el art. 186 del Código Civil, al final,

“no podrán venderlos, gravarlos, hipotecarlos o darlos en prenda, sino en caso de necesidad o utilidad evidente, reconocida y declarada por el secretario judicial, quien, al autorizar dichos actos, determinará el empleo de la cantidad obtenida”.

3.ª) Estamos ante lo que el fideicomitente haya querido que sea. La caracterización de la figura depende de la voluntad de quien la ordena.

Es la postura que defiende VALLET DE GOYTISOLO (1982, 315): “es necesario examinar cuál fue el contenido de la sujeción restitutoria ordenada y cuál la persona en cuya utilidad se dispuso, es decir, si fue en interés de los fideicomisarios o del propio fiduciario, de cuyas cualidades se desconfiara”. Argumenta que, si se consideran los bienes como masa de valor, como un valor sujeto a restitución, se acepta la enajenación; pero si lo son como bienes específicamente determinados, la enajenación no puede aceptarse nunca

En general, la figura de la sustitución fideicomisaria ha sido objeto de muchas críticas. Principalmente, porque se considera que la obligación de “conservar y transmitir” implica una paralización de la riqueza que impide el tráfico de bienes. La necesidad de conservar en todo o en parte los bienes del causante para posteriores beneficiarios de estos, hacen que la sustitución fideicomisaria —dice ROYO MARTÍNEZ (1951, 157–158)— lleve anejo un estancamiento o paralización de los bienes afectados por dicha sustitución. En un primer momento, cuando lo que se perseguía era conservar el prestigio y los apellidos de las familias a través de las generaciones, se permitió vincular los bienes a una estirpe sin posibilidad de enajenación. Cuando llegó el liberalismo, la sustitución fideicomisaria fue radicalmente prohibida para impedir el estancamiento de los bienes y propiciar un estímulo a la iniciativa privada y un incremento de la riqueza¹⁰.

Llegado el siglo XIX, efectivamente, y de acuerdo con las ideas liberales de desvinculación de los bienes de cualquier institución, el Código Civil recoge este principio, pero no aclara si es posible o no la enajenación de los bienes objeto del fideicomiso.

2. ¿ES LA PROHIBICIÓN DE DISPONER DE ESENCIA A LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA?

La sustitución fideicomisaria se caracteriza por tres rasgos: el llamamiento múltiple, la obligación de conservar y transmitir y el orden sucesivo de los llamamientos. En este sentido, el Tribunal Supremo se pronunció en la sentencia de 25 de octubre de 1954¹¹, acerca de la siguiente cláusula testamentaria: “*Declaro y constituyo heredera universal de todos mis bienes existentes ya en fincas urbanas, terrenos, dinero, acciones de cualquier sociedad, muebles, maulas, aperos de labranza y todos los demás bienes que sean de mi propiedad, en recompensa*

de sus leales servicios, a mi criada Ascensión y al fallecimiento de ésta a los cuatro sobrinos de ésta mancomunadamente que le sobrevivan y en la actualidad habitan en mi compañía, Consuelo, Sara, Ernesto y Dulce”.

Se trataba de interpretar si en la cláusula testamentaria impuesta por el causante se cumplían todos los requisitos de la sustitución fideicomisaria, a lo que el Tribunal Supremo argumenta que, en el supuesto que resuelve, tiene lugar:

1. Un doble llamamiento sobre los mismos bienes en favor de personas distintas
2. La obligación impuesta al sustituido de entregar los bienes a un segundo heredero.
3. Una obligación de conservar. Al respecto, señala la sentencia: *ello impide admitir que atribuye un poder de disposición que no se consigna en la disposición testamentaria y a lo que se opone, por tanto, el artículo 783, párrafo segundo, sin que conforme a la doctrina de esta Sala se requiera que en la disposición testamentaria se empleen por el testador las mismas palabras que la disposición legal expresa, bastando con que su voluntad aparezca claramente manifestada.*

Como apunta VALLET (1982, 295), el llamamiento múltiple y cronológicamente sucesivo es la nota esencial en las sustituciones fideicomisarias, y la indisponibilidad en perjuicio del sustituto, una característica natural que el disponente puede dispensar.

En la misma línea, opina ALBALADEJO (1991, 1916) que, en la sustitución, lo único esencial es el orden sucesivo o doble llamamiento, y se puede negar que el deber de conservar pertenezca a la esencia de la institución porque la ley no establece que pertenezca. Si se dispone total o parcialmente de los bienes de la herencia porque el testador lo ha autorizado, cuando llegue el momento de que los reciba el fideicomisario, éste solo tomará aquellos de los que el fiduciario no hubiese dispuesto. Es la llamada sustitución fideicomisaria de residuo o fideicomiso de residuo. En la sustitución, por tanto, es de esencia el orden de los llamamientos sucesivos; en el fideicomiso de residuo también irán los bienes al fideicomisario después de ir al fiduciario, pero solamente aquellos de los que éste no hubiese dispuesto. Ambas figuras se comprenden dentro de la sustitución fideicomisaria, pero en la “normal” se entiende —salvo que se disponga otra cosa— que el fiduciario no puede disponer de los bienes, y en el fideicomiso de residuo, en el que el fiduciario puede, en mayor o menor medida, enajenarlos y al que no le sería aplicables las normas del Código civil referentes al deber de conservar en la sustitución fideicomisaria.

ALBALADEJO (1991, 1925) define con absoluta claridad la figura cuando dice que “es aquella disposición de última voluntad por la que se instituye heredero o legatario fiduciario a una persona, pero en vez de que tenga que conservar entera

la herencia fideicomitida para que, en su día, pase íntegra al fideicomisario que designa el testador, se le permite disponer de todo o parte de los bienes, de modo que el fideicomisario adquirirá en el momento de la restitución del fideicomiso, sólo los bienes de que el fiduciario no haya dispuesto, o no adquirirá ninguno, si es que dispuso de todos”. No hay duda sobre su admisibilidad en el Código Civil, porque cuando el artículo 783 señala en el párrafo segundo que “el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras *salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa*”, este inciso final está pensado —apunta LÓPEZ LÓPEZ (1955, 770-771)— para acoger el fideicomiso de residuo.

En la estructura de la sustitución fideicomisaria, por definición, hay dos liberalidades de rango escalonado de preferencias, con predominio de la del primer llamado. En el fideicomiso propio es al revés. No puede mirarse solamente a los derechos del segundo instituido. El beneficio del fiduciario es preferente y se antepone al del fideicomisario, que queda postergado a aquel (GONZÁLEZ PALOMINO, 1950, 19).

V. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA, FIDEICOMISO DE RESIDUO Y USUFRUCTO TESTAMENTARIO CON FACULTAD DE DISPONER

Afirma ROYO MARTÍNEZ (1951, 161) que las situaciones del fiduciario (titular pleno con prohibición de disponer) y la del usufructuario (titular de un derecho de goce sobre cosa ajena), son muy semejantes. Ante la falta de desarrollo legal de las obligaciones de conservación y entrega del fiduciario, la doctrina tiende a la aplicación por analogía de las disposiciones del usufructo. Sin embargo, entiende este recurso como orientador, pero no debe llevarse a sus consecuencias más extremas. El usufructuario, titular de un derecho real de goce sobre cosa ajena, halla en sus facultades el límite del derecho real de propiedad, actual y correspondiente desde el primer momento al nudo propietario; el fiduciario es dueño, aunque la propiedad que le transfirió amputara el causante o fideicomitente el *ius alienandi*.

Por el contrario, en el usufructo con facultad de disposición se permite al usufructuario disponer de los bienes usufructuados. Es distinto del fideicomiso de residuo y no admite confusión, aunque en la práctica puede plantear dudas qué es lo que ha querido el testador: que los herederos lo sean de manera directa, o fideicomisarios de residuo. El Tribunal Supremo, en sentencia de 9 de diciembre de 1970¹² señaló que “*no se puede identificar el usufructo con facultad de disposición, con el fideicomiso de residuo, cualesquiera que sean sus analogías, porque en dicho usufructo, el titular tiene un derecho en la cosa ajena, mientras que al fiduciario corresponde el pleno dominio sobre los bienes, limitado por la prohibición de disponer «mortis causa» y además porque cuando el testador desmembre*

el usufructo y la nuda propiedad, no hace un doble llamamiento, directo e indirecto respecto de la misma cosa, sino que distribuye entre distintas personas de modo inmediato, las facultades integrantes del dominio". Permite, igualmente, la posibilidad de constituir el usufructo con esta facultad de disposición: "*La posibilidad de conceder al usufructuario la facultad de disponer, permitida por el artículo 467 que en relación con el 470 autoriza la derogación voluntaria de la característica obligación de conservar la forma y sustancia de la cosa usufructuada, asimila ciertamente la institución al fideicomiso de residuo...*".

La Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 11 de julio de 2003¹³, plantea la posibilidad de enajenación de la mitad indivisa de una finca adquirida por herencia del marido testador que había previsto esta opción "para caso de necesidad" de la viuda. La Registradora deniega la inscripción de la venta de la finca (la otra mitad se obtuvo por liquidación de gananciales) ya que el testador había impuesto una cláusula fideicomisaria de residuo a favor de los sobrinos si la finca no se transmitía: "*En caso de fallecer la heredera designada sin haber llegado a serlo, o respecto de aquellos bienes que heredados por la misma no haya tenido que disponer a título oneroso durante su vida, la sustituye... por sus sobrinos*". El Notario recurrente alega que no puede la Registradora exigir la acreditación de la causa de necesidad, y que no puede calificar sobre ella. La Dirección General concluye: "*este Centro Directivo, al tratar de esta facultad de disposición en caso de necesidad, tanto en el usufructo de disposición, como en la reserva de la facultad de disponer y en el fideicomiso de residuo han declarado que la situación de necesidad de que queda supeditada la facultad de disponer es algo que queda al margen de la calificación del Registrador si dicha reserva no se sujetó a necesidad de justificación, no pudiendo exigirse tal justificación, que queda a la apreciación del heredero, sin otras limitaciones que las del dolo o el abuso, que tendrán que ser objeto de las acciones correspondientes y que dentro del recurso gubernativo no es posible recoger ni ventilar*".

Admitida la configuración del fideicomiso de residuo como clase de sustitución fideicomisaria, dice ALBALADEJO (1984, 1927) que lo más corriente es la concesión de la facultad de enajenar inter vivos "si es que lo necesita el fiduciario", aunque lo habitual es también que esa necesidad quede al arbitrio de este y no haya obligación de justificarla¹⁴.

VI. EL CONSENTIMIENTO DEL FIDEICOMISARIO Y EL RESPETO A LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE

Si no nos encontramos en el "caso en que el testador haya dispuesto otra cosa", como señala el art. 783 párrafo segundo del Código Civil, supuesto en el que habrá que estar a la voluntad del causante, el fiduciario está obligado a entre-

gar la herencia al fideicomisario. La transmisibilidad de los bienes fideicomitidos a un tercero se ve limitada por dos barreras:

Una primera, legal, porque si el propio Código Civil (art. 781) obliga al heredero fiduciario a conservar y transmitir, pero transmitir al fideicomisario, se está impidiendo al primero enajenar los bienes, al menos de principio. Esto nos lleva a la discusión doctrinal, ya apuntada, de si esa limitación constituye una prohibición de disponer completa o permite la disposición limitadamente hasta el momento de la transmisión al fideicomisario.

Una segunda que trae causa de la voluntad del causante manifestada en el testamento, lo que impediría el tránsito de los bienes a terceros, incluso contando con el consentimiento de los fideicomisarios si son varios, o del que lo sea si solamente existe uno. Dice ALBALADEJO¹⁵ que este consentimiento puede ser sustituido por el de los representantes legales del fideicomisario, salvo el supuesto en que éste no haya llegado a existir aún, caso en que la jurisprudencia rechaza que pueda ser prestado por quienes serían sus padres si llegara a existir, dado que la patria potestad que motivaría este mecanismo de representación legal no ha llegado a ver la luz si el hijo aún no ha nacido y, más aún si todavía no se ha concebido pudiendo, además, en este caso, haber variado la paternidad o maternidad respecto del momento en el que se quiso representar al futuro hijo. En estos casos, y dado que debe atenderse no solamente al interés futuro del fideicomisario, sino también al actual del fiduciario, entiende que debe aplicarse analógicamente el art. 804 del Código Civil, considerando la situación del fiduciario asimilable a la del administrador de herencia condicional y, permitiéndole la enajenación de los bienes fideicomitidos en los términos en los que se permite enajenar los del ausente a su representante con autorización judicial.

En la doctrina, ALBALADEJO (1984, 331) admite la enajenación de los bienes, mediando el citado consentimiento:

- 1.º) Cuando es necesario el pago de una deuda de dinero de la herencia o una reparación extraordinaria de bienes de ésta y se precisa enajenar otro bien para obtener el dinero. Tanto si el fiduciario considera conveniente enajenar o permutar un bien antes que otro porque perderá valor, por ejemplo, como si prefiere un bien en concreto sin motivo alguno. En este supuesto se requiere la concurrencia del consentimiento de los fideicomisarios
- 2.º) Cuando se trata de una enajenación no necesaria.

En el mismo sentido, ROCA SASTRE MUNCUNILL (1989, 428) señala tres supuestos en los que pueden enajenarse los bienes fideicomitidos: cuando razones de necesidad lo impongan, sin perjuicio de adoptar las medidas o garantías que sean necesarias para la conservación del patrimonio y los intereses de los fideicomisarios (pago de legítimas, cumplimiento de legados, deudas y cargas de la herencia) incluyendo la permuta de los bienes fideicomitidos siempre bajo el

principio de subrogación real y con intervención judicial; cuando el propio testador lo admita y cuando lo admitan los fideicomisarios.

En todo caso, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de noviembre de 1933 declaró que *las ventas realizadas por el heredero fiduciario... no son nulas, sino tan sólo anulables*. Así resulta también de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1933.

Ya se ha hecho mención a la posibilidad de enajenar los bienes para reinvertir su importe en otros de mayor utilidad que ocuparían la posición jurídica de aquellos en virtud del principio de subrogación real, siendo necesaria para ello autorización judicial con la aplicación analógica del art. 804 del Código Civil al tratar de la administración de los bienes de la herencia dejada bajo condición suspensiva, que remite a las normas de administración de los bienes del ausente. Si esta medida va en beneficio del fiduciario, pero también del o los fideicomisarios es preciso contar con el consentimiento de éstos. No obstante, la situación real que nos arrojan las resoluciones jurisprudenciales es paradójica en este punto: de la misma manera que, sin consentimiento de los fideicomisarios, se puede conceder autorización judicial para enajenar los bienes fideicomitados, puede ocurrir que ni siquiera con el consentimiento de los fideicomisarios conceda el juez dicha autorización, sobre la base que el causante no previó esta posibilidad. Ya hemos hecho referencia en este trabajo al auto de la AP de Badajoz de 31 de agosto de 2008¹⁶, en el que el Juez deniega la autorización a pesar de concurrir el consentimiento de los fideicomisarios, que alegaban no ser agricultores y no dedicarse a la explotación de fincas rústicas, obviando incluso el argumento de que la venta favorecería económicamente a las futuras generaciones.

En todo caso, cuando concorra el consentimiento del fideicomisario o de los fideicomisarios si son varios y no hay prohibición expresa del testador¹⁷, la jurisprudencia ha permitido la enajenación justificando circunstancias excepcionales o mediante autorización judicial¹⁸.

VII. LA POSIBILIDAD DE DEDUCCIÓN DE LOS GASTOS LEGÍTIMOS, CRÉDITOS Y MEJORAS

Nada aclara el Código sobre cuál sea el contenido concreto de estos conceptos en los que la posición jurídica del fiduciario conlleva necesariamente la enajenación de bienes fideicomitados.

En los gastos legítimos han de incluirse los realizados por reparaciones extraordinarias (art. 501 CC) con cargo al patrimonio del fiduciario, ya que está obligado a una administración diligente que no perjudique la conservación de los bienes fideicomitados.

Cuando se trata de hacer frente a las deudas hereditarias, como heredero que es, habrá de satisfacer las deudas del causante. Si el fiduciario es responsable, debe poder utilizar el dinero fideicomitado para el pago de dichas deudas sin tener que contar con los siguientes llamados. No está, sin embargo, tan claro, que pueda convertir bienes fideicomitados para con su producto satisfacer las deudas hereditarias¹⁹. Señala RIVAS MARTÍNEZ (1992, 55-56) que se incluyen las obligaciones de enajenar contraídas en vida por el causante, como la consumación de un contrato de opción otorgado por el causante estando ya el bien en poder del fiduciario o la obligación de elevar a público actos o contratos otorgados por su causante en documento privado.

Con necesaria subrogación en el precio obtenido, también podrá enajenar como libres aquellos bienes muebles que no puedan conservarse sin deterioro, en aplicación de la facultad que el Código Civil atribuye al usufructuario.

Fuera de estos supuestos debe admitirse cualquier enajenación que haya sido consentida por todos los fideicomisarios porque, como dice RIVAS MARTÍNEZ (1992, 56), nadie podrá negar que si los mismos beneficiarios de la institución (los fideicomisarios) dan su asentimiento al ejercicio del *ius disponendi* por el fiduciario, nada se podrá reprochar al acto dispositivo realizado por éste.

En cuanto a posibles medidas por razones de utilidad que pudieran mejorar el rendimiento de los bienes, se admite como regla general su transformación sin consentimiento de los fideicomisarios cuando medie autorización judicial. El sistema es similar al de los bienes del ausente. Éstos, dice el art. 186 del Código Civil, al final, “no podrán venderlos, gravarlos, hipotecarlos o darlos en prenda, sino en caso de necesidad o utilidad evidente, reconocida y declarada por el secretario judicial, quien, al autorizar dichos actos, determinará el empleo de la cantidad obtenida”. Se trata de enajenar los bienes para reinvertir su importe en otros de mayor utilidad que ocuparían la posición jurídica de aquellos en virtud del principio de subrogación real. La idea que preside esta situación es la de favorecer los intereses del fiduciario, pero también de los fideicomisarios, por lo que habrán de adoptarse las garantías necesarias para proteger su situación. Ello se consigue mediante la autorización judicial con la aplicación analógica del art. 804 del Código Civil al tratar de la administración de los bienes de la herencia dejada bajo condición suspensiva, que remite a las normas de administración de los bienes del ausente.

VALLET (1982, 315) distingue entre que la utilidad de la sujeción de los bienes fuera en interés de los fideicomisarios o del propio fiduciario. También destaca la importancia de que los bienes fideicomitados fuesen o no específicamente determinados. Si así lo son, la enajenación para subrogar no puede aceptarse nunca. Al contrario, es aceptable que se autorice la enajenación de los bienes meramente considerados, en la disposición del fideicomiso, como un valor suje-

to a restitución. Plantea como posibles hipótesis, entre otras, las siguientes: las enajenaciones autorizadas por el testador; las autorizadas conjuntamente por el testador y los fideicomisarios; las enajenaciones de bienes inmuebles inscritos sin constancia del gravamen de la sustitución; la efectuada sometiendo a los eventos de la efectividad de la sustitución. Es decir, aquella sustitución sometida a condición suspensiva o sujeta a restitución.

La citada autorización, efectivamente, queda al arbitrio del Juez, concederla o no, aun cuando concurren razones que la justifiquen. Resulta especialmente curioso el ya citado auto de la AP de Badajoz de 31 de agosto de 2008²⁰, en el que el Juez deniega la autorización a pesar de concurrir el consentimiento de los fideicomisarios, que alegaban no ser agricultores y no dedicarse a la explotación de fincas rústicas, amén de que la venta favorecería económicamente a las futuras generaciones. Sin embargo, señala el auto que: *Tan loable sería permitir la posibilidad a otras generaciones para disfrutar de un lugar de recreo con un especial valor afectivo o sentimental al proceder de antecesores que optaron por la conservación y permanencia de los terrenos en manos de sus hijos, nietos y demás sucesores. Si, como se dice, la venta se pretende hacer en beneficio de estas generaciones, ¿por qué no plantearse igualmente que también les puede apetecer o interesar en el futuro disponer de un bien de esa naturaleza?* Todo ello sobre la base de la regla general o principio de conservación y permanencia de los bienes, que constituirían per se motivos suficientes para denegar la autorización, por lo que, *aun cuando se cuente con la autorización de los fideicomisarios de primer grado, por lo que no puede contradecirse sin más la voluntad de los causantes cuando deciden expresamente la conservación y permanencia de determinados bienes tras su fallecimiento.*

GARRIDO MELERO (2004, 847) distingue entre medidas conservativas y medidas de mejora. Las primeras son aquellas tendentes a evitar el deterioro del patrimonio y se refiere a las segundas como aquellas otras destinadas a potenciar la riqueza, como las mejoras estructurales en un inmueble o enajenaciones de un paquete de acciones o en un fondo de inversión, y asimila la cuestión al modelo establecido para las relaciones entre el usufructuario y el nudo propietario entre medidas relativas a la administración ordinaria y medidas relativas a la administración ordinaria, libres de restricciones las primeras y limitadas las segundas.

Tradicionalmente se ha planteado la duda doctrinal acerca de la subsistencia de la cuarta trebeliánica. En Derecho romano el fiduciario podía retenerla si el testador no había dispuesto lo contrario de manera expresa. Hoy esta cuestión queda fuera de toda duda, pues el fiduciario no puede hacer otras deducciones de la herencia más que las que traigan su origen de gastos legítimos, créditos y mejoras, a no ser que el testador hubiese dispuesto otra cosa, en cuyo caso habrá que estar a lo que haya dispuesto. Hace notar MANRESA (1921, 153-154) que algunos

comentaristas del Código combaten la disposición contenida en el art. 783 del Código Civil, segundo párrafo, porque entienden que da demasiadas facilidades al fiduciario para deducir de la herencia más gastos de los que pudiesen considerarse legítimos y también porque permite al testador la posibilidad de eludir las prescripciones y prohibiciones de la ley, ya que ha de estarse a su voluntad aun cuando sea contraria a la regla general consignada en dicho artículo. Critica igualmente que se haya suprimido la obligación de formar inventario de los bienes que habían de ser entregados al fideicomisario, tanto más en cuanto que es —dice— un usufructuario de la herencia.

VIII. LA OBLIGACIÓN DE ENTREGAR LA HERENCIA AL FIDEICOMISARIO. ¿RESTRICCIÓN A LA DISPOSICIÓN O PROHIBICIÓN DE DISPONER?

A lo que obliga el párrafo segundo del art. 783 del Código Civil al fiduciario es a “entregar la herencia al fideicomisario”. Aunque es común enunciar el contenido del deber del primer llamado como de “entregar y transmitir” o “conservar y transmitir” (art.781 CC), dice ALBALADEJO (1991, 1922-1923) que esa “transmisión” de la herencia no es para que el fideicomisario la haga suya, porque ya es suya y le corresponde tenerla. No hay obligación de entregar para transmitir o para que adquiera quien recibe, sino de transferir la posesión material al titular del derecho sobre los bienes que se le deben facilitar. Tanto es así que proclama como acciones del fideicomisario la reivindicatoria o la de petición de herencia, como verdadero propietario que recibe una delación a la herencia fideicomitida que le convierte automáticamente en heredero sin necesidad de aceptación, pero que requiere la entrega de los bienes por el fiduciario, por lo que no tiene la posesión civilísima²¹.

El fiduciario es propietario, aunque con propiedad revocable, porque, en principio, no tiene el *ius disponendi*. Dice CLEMENTE DE DIEGO (1932, 167) que sí lo tiene, puesto que está obligado a conservar y transmitir los bienes recibidos a un tercero. Así resulta del Código Civil, lo señala la doctrina y lo corrobora el Tribunal Supremo. En una conferencia desarrollada en la Semana Notarial de Santander en el verano de 1948, GONZÁLEZ PALOMINO (1950, 16) apuntó que la Dirección General de los Registros y del Notariado²² había puesto la nota discordante en este concierto. El argumento de la Dirección General era que el heredero fiduciario es un dueño sujeto a condición resolutoria, por lo que cabe la inscripción de sus actos dispositivos con tal de que queden afectos a dicha condición. Sería algo así como considerar que el fiduciario es dueño, pero con un poder de disposición limitado o restringido por el término, que habrá de llegar,

del día en que deje de ser fiduciario o se cumpla la condición que imponga la transmisión de los bienes al fideicomisario.

Es discutible, por tanto, que la prohibición de disponer sea principio básico y esencial en la sustitución fideicomisaria, pues también se habla de un poder de disposición limitado que no encaja en el concepto de prohibición de disponer. El Código Civil establece la obligación del fiduciario de entregar la herencia al fideicomisario “sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa” (art. 783.2.º CC). Será posible, en definitiva, detraer de la herencia fideicomitida lo necesario por estos conceptos, pero también que el ordenante haya permitido expresamente la enajenación de todo o parte de los bienes o derechos de la herencia, en cuyo caso nos encontraríamos ante un fideicomiso de residuo. En esa expresión “salvo que el testador haya dispuesto otra cosa” cabe cualquier otra alteración que el causante quiera en lo referente a la obligación legal de restitución de la herencia al fideicomisario.

De todo lo expuesto hasta ahora lo cierto es que el Código Civil, sin entrar en más detalles, establece para el fiduciario una suerte de limitación implícita en orden a la disposición de los bienes objeto de la sustitución fideicomisaria, al determinar la obligación de conservar y transmitir el todo o parte de la herencia al, o los, fideicomisarios.

La cuestión que subyace no es otra que la determinación de si se trata de una verdadera prohibición de disponer o no. Si la respuesta fuera positiva, de entre las facultades que conforman el derecho de propiedad, se sustraería la de realizar actos de disposición sobre los bienes²³ o, dicho de otra forma, el derecho se adquiriría privado de esa facultad; en caso contrario hablaríamos de restricciones o limitaciones a la facultad dispositiva, que no desaparecería por completo del haz de facultades que comprende el dominio pleno, siendo posible la transmisión en determinados supuestos y bajo ciertas circunstancias que veremos a continuación.

El Código Civil no señala en ningún momento que el fiduciario no tenga facultades dispositivas, ya que no establece una prohibición expresa, sino que solamente se refiere al encargo de conservar y transmitir. Existe, sin duda, restricción, pero entendemos que se trata de una limitación que no puede interpretarse como una prohibición de disponer²⁴. La RDGSJYFP de 13 de diciembre de 2023, en este sentido, aboga por una interpretación restrictiva de las facultades del fiduciario a falta de autorización expresa.

Señala MINGORANCE GOSÁLVEZ (1999, 70), entre las diferencias fundamentales entre la sustitución fideicomisaria y la prohibición de disponer, las siguientes:

- 1.^a) en las prohibiciones de disponer testamentarias falta la designación de sustituto, por lo que no supone ningún llamamiento actual a la adquisición de bienes; la sustitución fideicomisaria implica el pase de los bienes

a los herederos, constituyendo un segundo o ulterior llamamiento a la adquisición de los bienes afectos al gravamen.

- 2.^a) las prohibiciones de disponer extienden su ámbito a los negocios *inter vivos* y no abarcan los actos *mortis causa*, de manera que el titular de un bien gravado con prohibición de disponer puede determinar el destino del bien para después de su muerte; en las sustituciones hereditarias el fiduciario carece, en principio, de la facultad de disposición tanto *inter vivos* como *mortis causa*.
- 3.^a) los bienes con prohibición de disponer transmitidos *mortis causa* se reciben por el heredero de su causante; el fiduciario recibe los bienes directamente del fideicomitente.

La RDGRN de 6 de noviembre de 2015 sistematizó los casos en que cabe disponer de los bienes sin necesidad del consentimiento del fideicomisario:

- Para la conservación genérica de los bienes o para atender las deudas y cargas de la herencia fideicomisaria o el pago de reparaciones extraordinarias.
- En situaciones derivadas de la sucesión en los derechos y obligaciones del causante, como puede ser la disposición a que resulte obligado el fiduciario por haber contraído la obligación de hacerla el causante –por ejemplo, si este concedió un derecho de opción–, o los otorgados por el causante en documento privado, limitándose el fiduciario a su formalización en escritura pública. En estos casos, puede formalizar por sí solo el fiduciario la disposición que realizó el causante.
- También prevalecerá lo ordenado por el causante respecto a la disponibilidad de los bienes. Así, si autorizó al fiduciario a disponer por sí solo en determinados casos (de ciertos bienes, o hasta cierto montante, o con determinados requisitos), o incluso en cualesquiera situaciones dentro del marco de la ley (en el fideicomiso de residuo con facultades máximas).

IX. ACTOS DE DISPOSICIÓN SOBRE LOS BIENES Y DERECHOS FIDEICOMITIDOS

En un intento de sistematización de las diferentes opciones, se podrían hacer tres grandes grupos: por un lado, aquellos supuestos en los que el acto de disposición implica directamente un negocio dispositivo voluntario sobre el bien fideicomitado, aquellos otros que, no siendo estrictamente de disposición, son actos transmisivos en los que el bien o derecho sujeto a gravamen sale del patrimonio del fiduciario y, por último, aquellos actos que pueden implicar, en caso de ejecución, la transmisión.

1. NEGOCIOS DISPOSITIVOS VOLUNTARIOS EN LOS QUE EL BIEN O DERECHO SALE DEL PATRIMONIO DEL FIDUCIARIO

Dentro del primer grupo tendrían cabida tanto aquellos supuestos en los que el adquirente recibe el bien o derecho de la herencia desapareciendo el gravamen fideicomisario, como aquellos en los que dicha carga se mantiene.

1.A. Se transmite libre el bien o derecho cuando concurre el consentimiento de todos los fideicomisarios.

Si el fiduciario y los fideicomisarios están determinados, sin posibilidad de ampliación, es posible la disposición, ya que se cuenta con el consentimiento de los que son dueños hoy y de los que lo serán en el futuro, por ejemplo, una persona heredera fiduciaria sustituida fideicomisariamente por sus dos hermanos (vivos). La facultad dispositiva está repartida entre los dueños que lo son y los que serán después. Por eso entendemos que no es una prohibición de disponer. Si lo fuera no se podría disponer ni con el consentimiento de todos, ya que esta facultad no existe como integrante del dominio.

1.B. Los fideicomisarios con existencia actual prestan su consentimiento, pero, dado que el fiduciario aún vive, no hay certeza de que aquellos sean los únicos porque no ha entrado en juego todavía la limitación del segundo grado (entendido como dos llamamientos) que recoge el art. 781 del Código Civil.

Entendemos que en este supuesto es necesaria la autorización judicial porque hay potenciales llamados que aún no han nacido, por lo que no sería suficiente con el consentimiento del fiduciario y los fideicomisarios que ya viven. Dentro de esta situación, si existe una utilidad o necesidad, será el Juez el que decidirá si efectivamente concurre dicha circunstancia de utilidad valorando la que apreciarían las futuras generaciones y, concediendo, o denegando, por ello, la autorización para enajenar. De apreciar esta circunstancia el Juez, el bien o derecho también se transmite libre del gravamen. Por el contrario, si no hay causa de utilidad o necesidad, la limitación se acerca al concepto de prohibición de disponer, llegando a una situación de bloqueo de los bienes porque ninguno de los propietarios actuales tiene la facultad de disposición y no es posible conformarla.

En este punto cabría hacer la siguiente consideración: si la concurrencia de la facultad dispositiva completa está sujeta a la eventualidad de que nazcan o no futuros fideicomisarios, podría deducirse que dicha facultad está sujeta a la

condición de que no nazcan más personas llamadas a la herencia. Es decir, como se ha señalado más arriba, que se puede disponer del bien como libre si media autorización judicial, o sujeto al gravamen fideicomisario si no ha existido autorización judicial. En este último caso se podría aplicar analógicamente lo dispuesto en el artículo 975 del Código Civil para las enajenaciones realizadas por el viudo o viuda después de pasar a segundo matrimonio: “La enajenación que de los bienes inmuebles sujetos a reserva hubiere hecho el viudo o la viuda después contraer segundo matrimonio subsistirá únicamente si a su muerte no quedaran hijos ni descendientes del primero, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria”. El Código Civil impone una obligación legal consistente en que el viudo o viuda, al pasar a segundo matrimonio, debe reservar la propiedad de determinados bienes a los hijos y descendientes del primero. Permite la enajenación de los bienes, aunque amenazada por una posible resolución.

Podría seguirse el mismo camino para la enajenación de bienes fideicomitidos cuando no media autorización judicial y faltan por tener existencia alguno de los futuros fideicomisarios. Si el testador no ha optado por una prohibición de disponer expresa, no parece que deba adoptarse un criterio distinto y más restrictivo que el que aplica el Código Civil cuando la obligación de reservar viene impuesta por la ley.

Siguiendo el mismo argumento también podríamos plantearnos si, cuando no media el consentimiento de los fideicomisarios ni autorización judicial, puede el fiduciario disponer de los bienes, pero estando la transmisión sujeta a resolución cuando entre en juego la sustitución fideicomisaria.

La respuesta negativa tiene los argumentos claros: la obligación de conservar y transmitir es incompatible con la enajenación, siempre que dicha obligación se entienda como imposibilidad de variación en la titularidad del bien o derecho salvo cuando llegue el momento de la entrega al fideicomisario.

Podría armarse una respuesta positiva fundamentada en la analogía con el régimen jurídico de los bienes reservables: si, mientras viva el reservista, es pleno titular del derecho y, por tanto, puede transmitir, pero el acto dispositivo puede claudicar, estando sujeto a resolución, de la misma manera podría argumentarse que la transmisión operada por el fiduciario está condicionada a la existencia de otros fideicomisarios.

Entendemos que el fiduciario puede constituir derechos reales limitados sobre el bien fideicomitido, (usufructos, servidumbres, derechos de uso y habitación, derechos de superficie) explotando los bienes y obteniendo utilidad económica bien directamente o a través de terceros, pero sujetos a la resolución cuando haya de entregar los bienes a los fideicomisarios. Para garantizar la efectividad del gravamen fideicomisario y cuando se trate de bienes inmuebles es de capital importancia la publicidad registral. Si no se compromete la efectividad

de la sustitución podría incluso defenderse la realización de actos de disposición solo por el fiduciario, aunque claudicantes por el fallecimiento del fiduciario o el cumplimiento de la condición

En esta línea, el Tribunal Supremo, en STS de 28 de febrero de 1999²⁵, ha señalado: *“Es necesario diferenciar, en cuanto a los efectos traslativos, las sustituciones fideicomisarias puras de las condicionales. En aquéllas, la obligación de conservar y transmitir, impuesta al fiduciario, es categórica, de tal forma que no puede enajenar los bienes que ha recibido con el gravamen de sustitución.*

Por el contrario, en las sustituciones fideicomisarias condicionales existe la incertidumbre propia de estas determinaciones accesorias de la voluntad. En ellas, el fiduciario puede enajenar los bienes porque pudiera incumplirse la condición resolutoria (si fallece con hijos) con lo que él se convertiría en el último y definitivo propietario de los bienes y por tanto resultarían inatacables las transmisiones que pudiera haber realizado”. En el mismo sentido, la RDGRN de 6 de noviembre de 2015 plantea que el fiduciario es dueño de los bienes fideicomitidos, pero, como debe conservarlos, este deber le limita la disponibilidad de los mismos. Así que por deber conservar, y en tanto en cuanto debe conservar, no puede disponer de ellos. Lo que sí puede, señala, es disponer de los bienes fideicomitidos dentro de los límites de su derecho, esto es, tanto como si los transmite en enajenación no definitiva, sino acotada por un término final que llegue el día que deje de ser fiduciario, o los transmite en enajenación resoluble cuando se resuelva su dominio, si es que se resuelve o, si, los transmite con el gravamen fideicomisario, de modo que en manos del adquirente sigan sometidos a restitución para el día en que corresponda. Llega, finalmente a la conclusión que *para que la enajenación de bienes fideicomitidos, sea enajenación de la plenitud del derecho sobre ellos, puede conseguirse si fiduciario y fideicomisario de común acuerdo conciertan la enajenación con el adquirente de que se trate, ya que entre los dos reúnen el poder pleno y definitivo sobre aquéllos, distribuyéndose entre ambos, en la proporción que establezcan, la contraprestación que se dé por el derecho total sobre los bienes.*

2. ACTOS QUE NO SON TRANSMISIVOS EN SENTIDO ERICTO, PERO EL BIEN O DERECHO SUJETO A GRAVAMEN SALE DEL PATRIMONIO DEL FIDEICOMISARIO.

Hacemos referencia al supuesto en el que una porción indivisa de una finca está afecta al gravamen fideicomisario

Efectivamente, las facultades dispositivas de los herederos son limitadas, dada su obligación de conservar los bienes fideicomitidos a favor de los herederos fideicomisarios.

Sin embargo —como ha señalado la citada RDGRN de 6 de noviembre de 2015²⁶— *ello no puede tener, para toda la comunidad, la consecuencia tan perturbadora de impedir la extinción de la comunidad en tanto no medie el consentimiento no sólo de los titulares actuales (herederos fiduciarios) sino también de los futuros (herederos fideicomisario) algunos de los cuales pueden ni siquiera estar concebidos. Tales consecuencias irían contra el principio de que ningún condeño puede ser obligado a permanecer en la indivisión (cfr. artículo 400 del Código Civil). Podría ir también en contra del principio de intangibilidad de la legítima en el supuesto de cuota hereditaria de un legitimario no afecto a la cláusula de sustitución (cfr. artículos 813 y 1051 del Código Civil), debiendo sufrir la restricción de tener que soportar la indivisión hasta que los fideicomisarios de las demás cuotas quedaran determinados.*

En conclusión, la indeterminación en que se encuentran las cuotas sujetas a fideicomiso no puede contaminar a toda la comunidad ni menoscabar la facultad de extinguir el condominio que corresponde a los cotitulares.

En el derecho catalán, el artículo 426-27 del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, se refiere tanto a la partición de herencia como a la división de cosa común: *1. Los herederos fiduciarios de cuota de herencia pueden pedir la partición y pueden practicarla eficazmente con los demás coherederos sin necesidad que intervengan los fideicomisarios, siempre y cuando se trate de un puro acto particional. En caso contrario, es preciso atenerse a lo establecido por el artículo 426-40. Los fideicomisarios pueden concurrir a la partición y pueden impugnarla si se hace en fraude de sus derechos.* Esta solución se aplica igualmente a la división cuando alguna de las participaciones indivisas está gravada con una sustitución fideicomisaria: *Si el bien es indivisible o desmerece notablemente al dividirse, debe procederse de acuerdo con lo establecido por el artículo 552-11.5. En este caso, si se adjudica el bien al fiduciario, se mantiene el gravamen sobre la cuota fideicomisa. Si se adjudica a otro cotitular o se vende, la parte de la contraprestación correspondiente al fiduciario se incorpora al fideicomiso. El fiduciario solo puede consentir que el bien se adjudique a otro cotitular previa autorización judicial*²⁷.

3. ACTOS QUE PUEDEN LLEVAR CONSIGO UNA POSTERIOR TRANSMISIÓN

Si nos trasladamos al ámbito de las ejecuciones forzosas, debemos hacer referencia al embargo de bienes fideicomitidos y a la hipoteca de bienes afectos a la sustitución fideicomisaria, supuestos en que la obligación de conservar y transmitir se ve comprometida con una posible ejecución.

Tanto si la hipoteca como el embargo tratan de asegurar alguna deuda del fideicomitente, del caudal hereditario o de la obligaciones fiscales derivadas del

fenómeno sucesorio, parece que el supuesto entraría dentro de la deudas y cargas de la herencia, no existiendo obstáculo para que, tras la enajenación derivada de la hipoteca o embargo, se adjudique el bien como libre y sin el gravamen fideicomisario; en los demás supuestos, de admitirse, subsistiría el gravamen tras la adjudicación, puesto que existía con carácter previo.

3.A. Embargo sobre bienes o derechos fideicomitidos

Con relación al embargo, el supuesto no está resuelto cuando se trata de bienes afectos a una sustitución fideicomisaria. La DGSJYFP ha valorado la posibilidad de embargo en bienes sujetos a prohibición de disponer. Aun cuando el Tribunal Supremo concluyó que la acción de división no es un acto de disposición (STS de 5 de junio de 1989), la posición de la Dirección General ha sido cambiante. CORDERO TABORDA²⁸, hace referencia a la RDGRN 22 de febrero de 1989, que considera que la prohibición cierra la puerta a actos dispositivos voluntarios realizados por el titular, pero no frente a enajenaciones forzosas derivadas de obligaciones para con terceros, por ser contrario al principio de responsabilidad patrimonial universal que consagra el art. 1911 CC. Esta resolución —señala— vino a alterar una línea que sostenía el cierre registral respecto de todo tipo de actos posteriores y su doctrina fue reproducida en las Resoluciones de 18 de marzo de 2004 y 20 de marzo de 2004, ambas con un similar supuesto de hecho referido al embargo de bienes muebles, manteniéndose pacífica esta línea hasta hoy²⁹.

Por lo que se refiere a los bienes sujeto al gravamen fideicomisario la solución debería ser la misma, ya que la limitación del fiduciario para disponer es menos rígida que una prohibición de disponer. Si el fiduciario recibe del fideicomitente en virtud de la sucesión universal del heredero, deudas que lo eran del causante. El problema se plantea cuando la deuda es del fiduciario.

3.B. Hipoteca de bienes gravados con sustitución fideicomisaria

Siendo ésta un derecho real de garantía que sujeta bienes inmuebles al cumplimiento de una obligación, se plantea si esos bienes que sirven de garantía y que, llegado el momento de la ejecución ante el incumplimiento, serán objeto del *ius distrahendi* del acreedor, pueden ser bienes sobre los que recae el gravamen de conservarlos y transmitirlos después al fideicomisario. Pudiera parecer, en principio, que esto que planteamos no es posible, dado que entrarían en colisión la facultad que asiste al acreedor de enajenar los bienes ante la falta de cumplimiento del deudor hipotecario (el fiduciario) y, con el importe obtenido, cobrarse

su crédito, y la expectativa de derecho del fideicomisario de recibir del fiduciario los bienes libres de cargas cuando llegue el momento de la transmisión.

Lo cierto es que, fallecido el fideicomitente, el fiduciario se convierte en dueño, si bien con la limitación o gravamen de realizar el traspaso de los bienes al fideicomisario.

Como se ha expuesto más arriba, la prohibición de disponer sustrae del dominio la facultad de enajenar. Si entendiéramos que sobre los bienes fideicomitados existe una prohibición de disponer en sentido estricto, habría que concluir que si la hipoteca constituye una garantía prestada voluntariamente por el titular con cargo a un bien o derecho del que no puede disponer, ya que su derecho se encuentra despojado de esa facultad, en este ámbito la constitución de hipoteca debe ser rechazada, pues siendo esencia de los derechos reales de garantía el *ius distrahendi*, la figura quedaría desnaturalizada y el interés del acreedor insatisfecho. No obstante lo dicho, en este trabajo se ha intentado argumentar que la sustitución fideicomisaria implica una limitación en la facultad de disponer de los bienes, pero no una prohibición, por lo que, al menos, habría que cuestionarse la posibilidad de hipotecar los bienes fideicomitados con esa limitación, pues, como ocurre en otros supuestos recogidos en la legislación hipotecaria, se permite la hipoteca de determinados bienes o derechos, pero con ciertas restricciones³⁰ (art. 107 LH). Como señaló la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de noviembre de 2015, refiriéndose al fiduciario, *lo que sí puede, es disponer de los bienes fideicomitados dentro de los límites de su derecho*.

En definitiva, creemos que debería admitirse la hipoteca de los bienes fideicomitados siempre que esta circunstancia se hiciera constar en la inscripción registral, quedando de esta forma advertidos los posibles terceros que pudieran adquirir derechos sobre la finca.

Aunque en el ámbito de los arrendamientos, la sustitución fideicomisaria puede también producir efectos frente a terceros adquirentes y provocar la extinción del arrendamiento urbano, cuando la operación implica la pérdida del patrimonio del arrendador y la entrada de un tercero en su patrimonio. Así lo confirma la STS de 21 de octubre de 2024, al incluir entre los supuestos que hacen resolverse el derecho del arrendador, la apertura de una sustitución fideicomisaria.

El derecho catalán distingue entre la ejecución forzosa lo sea por deudas del fideicomitente o del fiduciario, señalando en el artículo 426-43 del Código Civil de Cataluña lo siguiente:

1. *Los bienes fideicomisos que se enajenen por ejecución forzosa por deudas del fideicomitente o de aquellas de que responda el fideicomiso son adquiridos por el rematante o adjudicatario libres del fideicomiso, siempre y cuando los fideicomisarios o, si procede, sus ascendientes más próximos o el curador hayan sido citados.*

2. *La ejecución forzosa por deudas propias del fiduciario solo es procedente contra su derecho de legítima y de cuarta trebeliánica o cuota libre y contra los frutos y rentas del fideicomiso que le corresponden, salvo, si se trata de un fideicomiso condicional, que el acreedor prefiera que se enajenen los bienes de acuerdo con lo establecido por el artículo 426-36.3.*

X. LAS SOLUCIONES EN EL DERECHO ESPECIAL AUTONÓMICO O FORAL

En el ámbito del Derecho Foral, el tratamiento del fideicomiso muestra diferencias relevantes entre Baleares, Navarra y Cataluña.

En Baleares, la regulación se caracteriza por un enfoque más restrictivo y formalista: el fiduciario solo puede enajenar o gravar bienes en casos expresamente previstos por la ley, como el pago de deudas, legítimas, la cuarta trebeliánica o los gastos de conservación y refacción, requiriéndose en ciertos supuestos la autorización judicial, siempre que el testador no lo haya prohibido.

Navarra, en cambio, configura un régimen más flexible y pragmático, que otorga al fiduciario amplias facultades para disponer de los bienes. Este puede hacerlo por sí mismo si así lo autorizó el disponente, con el consentimiento de los fideicomisarios o, en ausencia de este, mediante autorización judicial, que solo se concede en casos de necesidad o utilidad evidente. La clave en este sistema es el principio de subrogación, que asegura que los bienes enajenados sean sustituidos por otros igualmente vinculados al fideicomiso.

Cataluña, por su parte, presenta un modelo más moderno y detallado, que combina la libertad del testador con un catálogo amplio de facultades para el fiduciario: este puede vender bienes para pagar cargas hereditarias, legados o legítimas, sustituir los deteriorados, intervenir en operaciones urbanísticas o incluso concertar convenios de expropiación. Además, se contemplan distintos cauces de autorización, ya sea mediante el consentimiento de los fideicomisarios, la designación de un tercero por el testador o la autorización judicial para reinvertir en bienes de mayor rentabilidad.

De este modo, mientras Baleares apuesta por un esquema rígido, Navarra ofrece flexibilidad bajo la garantía de la subrogación y Cataluña busca un equilibrio entre la protección de los intereses de los fideicomisarios y la adaptación del fideicomiso a las exigencias de la vida económica.

1. DERECHO BALEAR

La Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares (Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre) señala en su artículo 33:

El fiduciario podrá, por ministerio de la Ley, enajenar y gravar, en concepto de libres, los bienes fideicomitidos:

- 1. Mediante el consentimiento de los fideicomisarios.*
- 2. Para detraer su cuota legítima y la cuarta trebeliánica, previa notificación a los fideicomisarios conocidos.*
- 3. Para pagar deudas y cargas de la herencia, legados en metálico y gastos extraordinarios de conservación o refacción de bienes fideicomitidos.*

Si existieran legitimarios que no sean fideicomisarios se observará lo prevenido en la Sección Cuarta de este Capítulo.

Y, en el artículo 34:

También podrá el fiduciario, previa autorización judicial, siempre que el testador no lo hubiere prohibido expresamente, enajenar y gravar los bienes fideicomitidos e invertir el contravalor, en su caso, en otros de mayor rentabilidad o utilidad en sustitución de los enajenados. En el expediente de autorización judicial serán citados los fideicomisarios o el Ministerio Fiscal, en el caso de que no fueren conocidos o no comparecieren.

2. DERECHO NAVARRO

La Ley de Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (Ley 1/1973, de 1 de marzo) recoge en las Leyes 233, 234 y 235:

Ley 233. Enajenación y gravamen

El fiduciario podrá enajenar y gravar los bienes como libres en los casos y modos siguientes:

- 1. Por sí solo, cuando el disponente lo hubiere autorizado; en este caso, los bienes adquiridos se subrogarán en lugar de los enajenados.*
- 2. Con el consentimiento de todos los fideicomisarios, cuando el disponente no lo hubiere autorizado, sin prohibirlo expresamente. En defecto del consentimiento de todos los fideicomisarios o cuando alguno de éstos sea persona incierta, futura o actualmente indeterminada, el fiduciario podrá hacerlo con autorización del Juez competente, que la concederá sólo en casos de necesidad o utilidad evidente, en acto de jurisdicción voluntaria y adoptando las medidas oportunas para asegurar la subrogación.*

Ley 234. Facultades del fiduciario por sí solo.

El fiduciario por sí solo podrá:

Uno. Pedir y practicar la partición de la herencia, la división de cosa común y el deslinde y amojonamiento, siempre que se trate de puros actos de partición, división o deslinde; de no ser así, se precisará el consentimiento de los fideicomisarios o la autorización judicial, conforme a lo dispuesto en la Ley anterior.

Dos. Cancelar por cobro créditos hipotecarios o pignoratícios y retrovender bienes comprados a carta de gracia o con pacto de retro.

Tres. Realizar las enajenaciones a que se hubiere obligado el fideicomitente y cualesquiera otros actos de cumplimiento de deberes inherentes a la propiedad y anteriores a la adquisición por el fiduciario.

Cuatro. Dar dinero a préstamo, respondiendo de la solvencia del deudor.

Cinco. Sustituir, sin detrimento del fideicomiso, los bienes consumibles y los que se deterioren o desgasten con el uso.

Ley 235. Subrogación.

Siempre que, conforme a las Leyes anteriores, el fiduciario enajenare como libres o sustituyere bienes objeto del fideicomiso, quedarán afectos a éste el dinero o los bienes que los sustituyeron por subrogación.

3. DERECHO CATALÁN

La Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, se refiere ampliamente, en la sección cuarta, a la disposición de los bienes fideicomisos. Las disposiciones recogidas en los artículos 426-36 a 426-43 puede resumirse en lo siguiente:

El testador puede facultar al fiduciario para enajenar y gravar como libres los bienes fideicomitidos (art. 426-37) o bien requerir la autorización de una o más personas designadas a tal fin a las que les serán de aplicación las normas de los albaceas particulares.

El fiduciario está facultado para enajenar o gravar bienes de la herencia en los supuestos que señala el art. 426-38, como son el de pagar deudas, cargas hereditarias, legítimas, legados, para detraer la cuarta trebeliánica o cuota libre o para financiar los gastos de conservación, refacción y mejora de los bienes.

El fiduciario puede, bajo su propia responsabilidad (art.426-39) vender los bienes muebles que no puedan conservarse y sustituir los que se deterioren, así como cumplir obligaciones del fideicomitente que comporten la extinción de derechos reales o personales ajenos. Puede igualmente intervenir en operaciones urbanísticas que afecten a dichos bienes, así como concertar convenios de expropiación forzosa.

Con autorización judicial, el fiduciario puede enajenar los bienes libres del fideicomiso para reemplazarlos por otros a fin de obtener más rendimiento o utilidad (art.426-40), no siendo necesaria dicha autorización si ya no puede haber más fideicomisarios llamados que los vivos y sus descendientes.

Con consentimiento de futuro, de presente o de pretérito de los fideicomisarios (art. 426-22) puede enajenar y gravar bienes de la herencia,

CONCLUSIONES

I. El encargo de “conservar y transmitir” el todo o parte de la herencia que el Código Civil impone al heredero fiduciario, para transmitirlo con posterioridad al fideicomisario, se ha venido interpretando tradicionalmente como una prohibición de disponer que sustrae de la titularidad del bien o derecho el *ius disponendi*. Esta limitación se justifica por la necesidad de preservar los bienes en beneficio de los fideicomisarios, lo que en ocasiones colisiona con la necesidad de hacer frente a otros gastos de la herencia.

II. La doctrina ha caracterizado la situación del fiduciario de diversas maneras: señalando que posee una herencia en administración, que se trata de un heredero sometido a condición suspensiva, siendo aplicables los derechos y obligaciones del administrador de la herencia que remite al régimen de los bienes del ausente o que, en definitiva, habrá que indagar en la voluntad del causante para interpretar correctamente sus disposiciones.

III. La posibilidad de disponer de los bienes fideicomitidos se ha admitido en la doctrina, defendiendo que la prohibición de disponer no es de esencia a la sustitución fideicomisaria, sino que lo que la define es el llamamiento múltiple y cronológicamente sucesivo, siendo la indisponibilidad una característica natural de la institución que se puede dispensar.

IV. De los bienes y derechos sujetos al gravamen, el Código Civil permite deducir los gastos legítimos, créditos y mejoras, incluyéndose las obligaciones de enajenar contraídas en vida por el causante, pero aplicando en este caso el principio de subrogación real en el precio obtenido.

V. El Código Civil no recoge una prohibición expresa de enajenar, sino que entendemos que hace referencia a una limitación de la facultad dispositiva, lo que supone que esta posibilidad no desaparece por completo del haz de facultades del propietario-fiduciario.

VI. Dentro de las posibilidades de disposición se encuentran aquellos supuestos en los que con la transmisión desaparece el gravamen fideicomisario cuando se cuenta con el consentimiento de todos los fideicomisarios, los que lo son y los que lo serán después; cuando aún no viven todos los posibles fideicomisarios será preceptiva la autorización judicial que, de no obtenerse, supondría un bloqueo en la transmisión. Para evitar esta paralización del tráfico se propone la aplicación analógica del art. 975 del Código Civil relativo a las reservas, que permite la transmisión, pero amenazada por una posible resolución. La certeza de esta situación, para no perjudicar a terceros interesados, debería hacerse constar en la inscripción registral de los bienes.

VII. Se pueden plantear otros supuestos en los que, no siendo de disposición en sentido estricto, se produce un desplazamiento patrimonial del bien o derecho.

Entre ellos citamos aquellos en los que una porción indivisa de una finca está afecta al gravamen fideicomisario y se produce la extinción del condominio, el embargo y la hipoteca del bien o derecho fideicomitido. En estos últimos casos de ejecuciones forzosas es posible la constitución del gravamen, aunque con la limitación de realizar el traspaso al fideicomisario.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Tribunal Supremo (Sala primera)

- STS de 12 de febrero de 1916
- STS de 14 de noviembre de 1933
- STS de 25 de octubre de 1954
- STS de 30 de marzo de 1955
- STS de 7 de enero de 1959
- STS de 20 de octubre de 1962
- STS de 9 de diciembre de 1970
- STS de 25 de mayo de 1971
- STS de 3 de noviembre de 1981
- STS de 25 de abril de 1983
- STS de 13 de marzo de 1989
- STS de 5 de junio de 1989
- STS de 29 de noviembre de 1990
- STS de 28 de febrero de 1996
- STS de 28 de febrero de 1999
- STS de 6 de febrero de 2002
- STS de 13 de mayo de 2010
- STS de 30 de octubre de 2012
- STS de 11 de septiembre de 2013
- STS de 21 de octubre de 2024

Audiencias

- SAP de Zaragoza de 6 de julio de 1996
- SAP de Barcelona de 13 de mayo de 2005
- SAP de Pontevedra de 9 de noviembre de 2006
- Auto AP de Badajoz de 31 de agosto de 2008
- SAP de A Coruña de 13 de octubre de 2017

Doctrina administrativa. Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (*Dirección General de los Registros y del Notariado hasta 2020*)

- RDGRN de 22 de febrero de 1864
- RDGRN de 16 de septiembre de 1929
- RDGRN de 14 de noviembre de 1933
- RDGRN de 22 de junio de 1943
- RDGRN de 10 de marzo de 1944
- RDGRN de 22 de diciembre de 1955
- RDGRN de 7 de mayo de 1960
- RDGRN de 5 de octubre de 1969
- RDGRN de 27 de diciembre de 1982
- RDGRN de 29 de enero de 1988
- RDGRN 22 de febrero de 1989
- RDGRN de 2 de abril de 1997
- RDGRN de 11 de julio de 2003
- RDGRN de 18 de marzo de 2004
- RDGRN de 20 de marzo de 2004
- RDGRN de 22 de marzo de 2011
- RDGRN de 26 de enero de 2012
- RDGRN de 13 de abril de 2012
- RDGRN 31 de enero de 2013
- RDGRN de 9 de septiembre de 2013
- RDGRN 6 de noviembre de 2015
- RDGRN de 28 de enero de 2016
- RDGRN de 5 de noviembre de 2019
- RDGSJYFP de 13 de diciembre de 2023

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1991) “Comentario del artículo 781 del Código Civil”, en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid, Ministerio de Justicia.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1984) “Comentario de los artículos 781 a 784 del Código Civil”, Tomo X, vol. 2.º, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, Edersa.
- AMAT LLARI, E. (2004) “La facultad de disponer del heredero fiduciario. Comentario a la STSJ de 1 de abril de 2004”, *InDret*. [En línea] Working Paper de Derecho Catalán n.º 15, disponible en https://indret.com/wp-content/uploads/2007/05/dc15_es.pdf.
- CLEMENTE DE DIEGO, F. (1932) *Instituciones de Derecho civil español*, Tomo II, Madrid, Pueyo.
- CORDERO TABORDA, A. (2025) “Prohibiciones de disponer y Registro de la Propiedad: un análisis de la doctrina de la Dirección General”, [En línea] disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-registral/estudios/prohibi->

- ciones-de-disponer-y-registro-de-la-propiedad-un-analisis-de-la-doctrina-de-la-direccion-general/.
- GARCÍA GARRIDO, M.J. (1986) *Diccionario de Jurisprudencia Romana*, segunda edición, Madrid, Dykinson.
- GARRIDO DE PALMA, V.M. (2008) “Disposición de bienes fideicomitidos. (“Les cuento un sucedido”). *El Notario del Siglo XXI*, enero-febrero 2008.
- GARRIDO MELERO, M. (2004) “Los fideicomisos”, en *Instituciones de Derecho Privado. Tomo V. Sucesiones. Vol. 1.º La sucesión y las instituciones ordenadoras de la misma*. Coord. J.F. Delgado de Miguel, Madrid, Thomson-Civitas.
- KIPP, T. (1976) *Derecho de Sucesiones*. Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por R.M. Roca SASTRE. Volumen primero. Barcelona, Bosch.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J. RIVERO HERNÁNDEZ, F. RAMS ALBESA, J. (2001) *Elementos de Derecho Civil V, Sucesiones*, Madrid, Dykinson.
- LÓPEZ LÓPEZ, J. (1955) “La regulación del fideicomiso de residuo en el Código civil español”, *Anuario de Derecho Civil*, pp. 743 a 789.
- MANRESA Y NAVARRO, J.M. (1921) *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, quinta edición, Madrid, Reus.
- MINGORANCE GOSÁLVEZ, C. (1999) *Las prohibiciones testamentarias de disponer*, Sevilla, Academia Sevillana del Notariado.
- PANIZA FUÑANA, A. (2016) “Sustitución fideicomisaria y división de cosa común: la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de noviembre de 2015”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, n.º 3, pp. 93-103.
- RIVAS MARTÍNEZ, J.J. (2020) *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch.
- RIVAS MARTÍNEZ, J.J. (1992) *Derecho de sucesiones, común y foral*. Tomo II. Segunda edición, Madrid, Dykinson.
- ROCA SASTRE MUNCUNILL, R. (1989) *Derecho de sucesiones*, tomo I, Barcelona, Bosch.
- ROYO MARTÍNEZ, M. (1951) *Derecho Sucesorio*, Sevilla, Editorial Edelce.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. (1982) *Panorama del Derecho de Sucesiones I. Fundamentos*, Madrid, Civitas.

NOTAS

¹ GARRIDO DE PALMA, V.M. (2008) “Disposición de bienes fideicomitidos. (“Les cuento un suceso”)). *El Notario del Siglo XXI*, enero-febrero 2008.

² Véase la voz *fideicommissum* en el *Diccionario de Jurisprudencia Romana* de M.J. GARCÍA GARRIDO (1986), segunda edición, Madrid, Dykinson, pp. 137-138.

³ Las Leyes Caducarias de Augusto y las Leyes Furia y Voconia.

⁴ “Pido, ruego, quiero, encomiendo a la fe” (G., 2249). “Te ruego y pido, Lucio Ticio, que tan pronto como puedas aceptar mi herencia la devuelvas y restituyas a Cayo Seyo” (G., 2250). “Quiero que al morir mi heredero Ticio mi herencia pertenezca a Publio Mevio” (G., 2277)

⁵ RIVAS MARTÍNEZ, J.J. (2020) *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, 3 Tomos. Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 1221.

⁶ Gaceta del Gobierno de 20 de octubre de 1820. El Decreto de supresión de mayorazgos y vinculaciones señala en su artículo 1: “Quedan suprimidos todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos, y cualquiera otra especie de vinculaciones de bienes raíces, muebles, semovientes, censos, juros, foros o de cualquiera otra naturaleza, los cuales se restituyen desde ahora a la clase de absolutamente libres [...]”

⁷ VALLET DE GOYTISOLO, J. (1982) *Panorama del Derecho de Sucesiones I. Fundamentos*, Madrid, Civitas, p. 289. Así lo reconoció ALONSO MARTÍNEZ: “no hay razón alguna, filosófica, jurídica, histórica ni económica que autorice una limitación tan exorbitante a la libertad del propietario”.

⁸ GONZÁLEZ PALOMINO, J. (1950) *Enajenación de bienes pseudo-usufructuados*. Conferencia desarrollada en la Semana Notarial de Santander, Instituto editorial Reus, Madrid, 1950, pp. 101-102. No se trata —dice— de un caso de mera administración de la herencia, sino de conservación dinámica de la herencia; una situación objetiva de bienes en expectativa de destino.

⁹ GONZÁLEZ PALOMINO, J. (1950) *Enajenación de bienes...*, cit. p. 931.

¹⁰ ROYO MARTÍNEZ, M. (1951) *Derecho sucesorio*, cit. pp. 157-158. Ninguna de las dos antagónicas concepciones carece de ventajas e inconvenientes. Escribía este ilustre jurista en 1951 que *si la vinculación produce un entumecimiento en la circulación y aprovechamiento de la riqueza, puesto que asegura a sus dueños un plácido goce de la misma caracterizado por la pasividad y el renunciamento a la especulación, no menos cierto es que la estabilidad de las familias y la existencia de estamentos o clases, cuya tradición y sólida base les permite asumir misiones directivas y funciones sociales, redundan en sosiego de la vida social, tan alterada bajo el trepidante signo del liberalismo*.

¹¹ STS 1071/1954, de 25 de octubre.

¹² Sentencia de 9 diciembre 1970. RJ 1970\5440. La posterior STS de 9 octubre 1986 (RJ 1986\5335), reitera la doctrina de la resolución anteriormente transcrita.

¹³ RJ 2003\6085. En el mismo sentido, la R. de 22 de marzo de 2011, que, a la pregunta de si el registrador puede exigir la acreditación de la necesidad que justifica la transmisión, resuelve que no, pues es una materia en la que interviene un alto grado de subjetividad y si el causante no exigió o condicionó la disposición a que el heredero acreditara la justificación de la necesidad, queda a criterio del heredero esa necesidad y no puede exigirla el registrador (ni el notario); todo ello sin perjuicio de que el acto dispositivo se pueda revisar en los tribunales, en su caso, a instancia de quien corresponda. (BOE-A-2011-6047).

¹⁴ STS núm. 624/2012 de 30 octubre, RJ 2013\2274; STS núm. 268/2010 de 13 mayo, RJ 2010\3694; STS núm. 63/2002 de 6 febrero, RJ 2002\993: la facultad del fiduciario para disponer *mortis causa* debe constar de forma expresa; SAP Zaragoza de 6 julio 1996, AC 1996\1352.

Como dijo la STS 7 enero 1959 (RJ 1959\119), “el fideicomiso de residuo puede revestir dos modalidades: 1.º En el supuesto de que el testador faculte a fiduciario para disponer de los bienes sin trabas de ningún género, en cuyo caso los herederos fideicomisarios sólo recibirán en su día, lo que quede o reste, si algo efectivamente queda de la herencia (*si quid supererit*: si queda algo). 2.º En la hipótesis de que el causante restrinja los poderes de disposición de forma que siempre los fideicomisarios deban recibir un número del caudal, que necesariamente ha de recaer en ellos, por expresa voluntad de aquél (*de eo quod supererit*: de aquello que debe quedar)”. En el mismo sentido, las SSTs de 20 octubre de 1962 (RJ 1962\3980), 25 de mayo de 1971 (RJ 1971\2951), 25 de abril de 1983 (RJ 1983\2122) y 13 de marzo de 1989 (RJ 1989\2036) y la Resolución de la DGRN de 5 octubre de 1966 (RJ 1966\5050). En el primer caso —*si quid supererit*—, en realidad existe sólo un encargo —no exigible jurídicamente y el fiduciante atribuye al fiduciario la posibilidad de eludir sus propias previsiones. Por ello, puede afirmarse que el fideicomisario de residuo, si no recibe nada, no es heredero, porque el que haya bienes es *conditio iuris* de la institución (STS de 30 de marzo de 1955, RJ 1955\1123). Es titular sólo de una expectativa de adquisición. No es que el fideicomiso sea condicional —a condición de que queden bienes— sino que sólo adquiera derecho a bienes, cuando los hay, no cuando no los hay.

¹⁵ ALBALADEJO GARCÍA, M. (1984) “Comentario de los artículos 781 a 784 del Código Civil”, *cit.* p. 333. Así, la Resolución de 16 de septiembre de 1929 rechazó la validez de la actuación por sus hijos fideicomisarios de los padres aún autorizados judicialmente (Gaceta de Madrid: núm. 259, de 16/09/1929, páginas 1796 a 1798).

¹⁶ Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.ª, Auto 107/2008 de 31 de julio de 2008, rec. 117/2008.

¹⁷ La Resolución de 2 de abril de 1997 resuelve un supuesto en el que el causante ordenó, entre otras disposiciones, en cuanto a las fincas incluidas en la sustitución fideicomisaria condicional, que no podrán ser vendidas, gravadas ni de otra forma enajenadas ni aun con autorización judicial por sus hijas durante su vida, pudiendo sólo disponer de ellas por actos de última voluntad y precisamente a favor de sus hijos, si los tuvieren. El causante al establecer dicha prohibición lo hizo de manera absoluta, sin ninguna limitación ni excepción de ninguna clase, imponiendo incluso sanciones a las fiduciarias en caso de infracción de la prohibición, por lo que ésta resulta, por sus características, incompatible con cualquier subrogación real consistente en la venta, libres del fideicomiso, de dichas fincas para reemplazarlas con otros bienes.

¹⁸ SAP A Coruña 270/2017 de 13 de octubre de 2017; SAP de Pontevedra 600/2006, 9 de noviembre de 2006, que hace referencia a una anterior autorización judicial obtenida para enajenación por causa de utilidad y necesidad de los menores; SAP de Barcelona 322/2005, 13 de mayo de 2005. No basta para la eficacia de las cláusulas de prohibición de disponer la simple voluntad del testador, sino que es preciso además un interés justo y legítimo en cuyo servicio se impusiera aquélla, interés que podía ser del propio disponente, del gravado o de un tercero, lo cual se justifica por el carácter excepcional que tiene la prohibición o limitación de disponer respecto al principio general de libertad del derecho de propiedad. En este caso, si bien la prohibición se impone a una de las herederas durante el tiempo en que viva la esposa del testador, se especifica más adelante que lo dicho se aplicará igualmente en el supuesto de que su citada hija sin premorir al testador, falleciere dejando hijos, estableciéndose la sustitución fideicomisaria siguiente: éstos (los nietos del testador) heredaran los bienes que compongan la herencia, siempre con las mismas condiciones establecidas, las cuales quedarán sin efecto también al ocurrir el fallecimiento de la esposa viuda.

¹⁹ En el derecho catalán es preciso notificar a los fideicomisarios las adjudicaciones en pago o enajenaciones de bienes para hacer frente a las deudas del causante siempre que el dinero no haya sido suficiente (arts. 218, 219, 225 y 226 CS). Vid. AMAT LLARI, E. (2004) “La facultad de disponer del heredero fiduciario. Comentario a la STS/JC de 1 de abril de 2004”, *InDret*. Working Paper de Derecho Catalán n.º 15.

²⁰ Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.ª, Auto 107/2008 de 31 de julio de 2008, Rec. 117/2008.

²¹ La STS de 11 de septiembre de 2013 interpreta el derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 CC y su relación con las delaciones hereditarias y con la sustitución y el fideicomiso. El TS afirma que el derecho de transmisión no constituye una nueva delación sucesoria en el sentido de alterar el ius delationis originario y fija criterios sobre cuándo el transmisor debe intervenir en supuestos de sustituciones y transmisiones múltiples.

²² Resolución de 22 de febrero de 1864

²³ ROCA SASTRE, R.M. (1954) *Derecho hipotecario*, tomo II, Barcelona, Bosch, p. 361, las define como “las restricciones o limitaciones impuestas al ejercicio de la facultad dispositiva que normalmente integra el contenido de un derecho subjetivo y, en cuya virtud, el titular del mismo no puede válidamente enajenarlo, gravarlo o disponer de él”.

Como señaló la Resolución de 28 de enero de 2016, *al no habérsele transmitido la facultad dispositiva*. BOE n.º 36 de 11 de febrero de 2016.

²⁴ En las sustituciones fideicomisarias, señala LACRUZ BERDEJO, no hay una prohibición de disponer, sino simplemente limitaciones a la facultad de enajenar. LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J. RIVERO HERNÁNDEZ, F. RAMS ALBESA, J. (2001) *Elementos de Derecho Civil V*, Sucesiones, Madrid, Dykinson, p. 334.

²⁵ STS 1370/1999.

²⁶ Doctrina anteriormente recogida en la resolución de 29 de enero de 1988. Vid, sobre esta resolución, el comentario de PANIZA FUÑANA, A. (2016) “Sustitución fideicomisaria y división de cosa común: la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de noviembre de 2015”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, n.º 3, págs. 93-103.

²⁷ La STS de 29 de noviembre de 1990, que aplica la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, establece que cuando se trata de un puro acto particional se puede pedir la división de la cosa común y practicar la división con los demás herederos, sin necesidad de que intervengan los fideicomisarios.

²⁸ CORDERO TABORDA, A. “Prohibiciones de disponer y Registro de la Propiedad: un análisis de la doctrina de la Dirección General”, <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-registral/estudios/prohibiciones-de-disponer-y-registro-de-la-propiedad-un-analisis-de-la-doctrina-de-la-direccion-general/>. Fecha de la última consulta: 18 de septiembre de 2025.

²⁹ RRDGRN de 13 de abril de 2012, 31 de enero de 2013, 28 de enero de 2016 y 5 de noviembre de 2019.

³⁰ Respecto de la hipoteca de bienes litigiosos, cuando consta otro titular registral de la finca con una anotación preventiva de sentencia no firme que no atribuye aún la plena propiedad al vendedor, esta anotación no implica ninguna modificación jurídico-real a favor del hipotecante, sino solo que cuando llegue a ser firme la sentencia tendrá efectividad contra terceros (R. de 26 de enero de 2012). De la misma manera sería admisible la hipoteca de un bien fideicomitido. El acreedor hipotecario conoce la limitación y la asume.

La función registral en la conformación del derecho a la ciudad: el Registro Único de Arrendamientos.

The Land Registry in shaping the right to the city: The Single Registry of Leases.

por

MANUEL MATAS BENDITO

Registrador de la Propiedad y Mercantil

RESUMEN: En el presente trabajo se exponen algunos de los antecedentes y experiencias internacionales que han precedido a la creación en España del Registro Único de Arrendamientos, así como un análisis de su naturaleza y la justificación de su llevanza por los registradores. Se analizan distintos elementos sujetos a calificación registral en el procedimiento de asignación del número de registro y se trata de demostrar el valor de la función registral como eficaz instrumento de colaboración con las autoridades competentes, contribuyendo a la preservación del espacio habitable y, con ello, a la conformación del derecho a la ciudad¹.

ABSTRACT: This paper presents some of the international background and experiences leading up to the creation of the Spain's Single Registry of Leases, as well as an analysis of its nature and the justification for its maintenance by registrars. It analyzes various elements subject to registry revision in the procedure for assigning registration numbers and attempts to demonstrate the value of the Land Registry as an effective instrument of collaboration with the competent authorities, contributing to the preservation of habitable space and thus to the formation of the right to the city.

PALABRAS CLAVE: Ciudad sostenible, derecho a la ciudad, espacio habitable, uso residencial, uso turístico, Registro de la Propiedad, Registro de Bienes Muebles, Registro Único de Arrendamientos.

KEYWORDS: *Sustainable city, right to the city, habitable space, residential use, tourism use, Land Registry, Movable Property Registry, Single Registry of Leases.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN SOBRE EL DERECHO A LA CIUDAD.—II. ANTECEDENTES INTERNACIONALES SOBRE EL REGISTRO DE ARRENDAMIENTOS COMO INSTRUMENTO DE PRESERVACIÓN DEL ESPACIO HABITABLE.: 1. LA STJUE DE 19 DE DICIEMBRE DE 2019. 2. LA STJUE DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 2020. 3. LA RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO DE 21 DE ENERO DE 2021 SOBRE EL ACCESO A UNA VIVIENDA DIGNA Y ASEQUIBLE PARA TODOS. 4. EL REGISTRO DE ALQUILERES DE CORTA DURACIÓN EN ESTADOS UNIDOS: EL CASO DE LA CIUDAD DE NUEVA YORK.—III. EL REGLAMENTO (UE) 2024/1028 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 11 DE ABRIL DE 2024. 1. INTRODUCCIÓN. 2. OBJETIVOS. 3. EL PROCEDIMIENTO ÚNICO DE REGISTRO PARA CADA UNIDAD. 4. LA VENTANILLA ÚNICA DIGITAL NACIONAL Y LA FUTURA VENTANILLA ÚNICA DIGITAL EUROPEA. 5. LA IMPLEMENTACIÓN DEL REGLAMENTO EN LOS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA: FRANCIA, ITALIA, ALEMANIA Y ESPAÑA.—IV. EL PROCEDIMIENTO DE REGISTRO ÚNICO DE ARRENDAMIENTOS EN ESPAÑA. 1. NATURALEZA Y EFECTOS. 2. CALIFICACIÓN REGISTRAL. 3. LIMITACIONES ADMINISTRATIVAS, URBANÍSTICAS Y CIVILES SUJETAS A CALIFICACIÓN. *A. Limitaciones administrativas. B. Limitaciones registrales derivadas del principio de especialidad y legitimación. C. Limitaciones resultantes del régimen de propiedad horizontal o comunitario.* a) La oponibilidad de la prohibición estatutaria inscrita. b) El examen de la cláusula estatutaria en cada caso. c) La reforma por Ley Orgánica 1/2025 y su retroactividad. *D. Limitaciones urbanísticas.* a) El requisito del título habilitante de naturaleza urbanística para la asignación del NRUA. b) Las licencias temporales de uso turístico. c) La calificación del registrador de la compatibilidad del uso o destino que consta en la descripción registral. d) El control de la residencialización.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN SOBRE EL DERECHO A LA CIUDAD

El derecho a la ciudad es un concepto acuñado en 1968 por el filósofo francés Henry Lefebvre como una crítica a la economía capitalista y a la situación de las ciudades occidentales de mediados del siglo XX.

Para dicho autor, el derecho a la ciudad forma parte de los derechos políticos emergentes y consiste, en esencia, en el derecho a habitar gozando de los servicios y beneficios del medio urbano y a participar en la gestión pública del fenómeno urbano con fundamento, en último término, en la íntima imbricación entre ciudad y ciudadanía.

Para su efectividad será indispensable el restablecimiento en su verdadera potencia de los valores de uso, postergados por el paso a primer plano de los valores de cambio típicos de la producción capitalista del espacio urbano².

En las últimas décadas el derecho a la ciudad ha sido una reivindicación presente, con sus respectivos matices, en diversos movimientos sociales y políticos³, siendo finalmente contemplado en la Nueva Agenda Urbana aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 23 de diciembre de 2016⁴.

En dicho texto se declara lo siguiente: *“Compartimos el ideal de una ciudad para todos, refiriéndonos a la igualdad en el uso y el disfrute de las ciudades y los asentamientos humanos y buscando promover la inclusividad y garantizar que todos los habitantes, tanto de las generaciones presentes como futuras, sin discriminación de ningún tipo, puedan crear ciudades y asentamientos humanos justos, seguros, sanos, accesibles, asequibles, resilientes y sostenibles y habitar en ellos, a fin de promover la prosperidad y la calidad de vida para todos. Hacemos notar los esfuerzos de algunos gobiernos nacionales y locales para consagrar este ideal, conocido como “el derecho a la ciudad”, en sus leyes, declaraciones políticas y cartas”*.

En la actualidad, desde un punto de vista jurídico, el derecho a la ciudad es un derecho en formación, ya reconocido internacionalmente, pero que a diferencia de otros ordenamientos como el francés o el brasileño⁵ no ha sido contemplado expresamente por el legislador español en materia de urbanismo y vivienda (PONCE, 2025, p.51).

En esta línea, señala PAREJO⁶ que la legislación estatal en España no proclama expresamente un derecho a la ciudad y, por tanto, tampoco, su efectividad mediante medidas derechamente dirigidas a tal fin, pero tampoco es indiferente al respecto.

Como señalaba el apartado IV del preámbulo del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, el estatuto básico de la ciudadanía “incluye derechos y deberes de orden socio-económico y medioambiental de toda persona con independencia de cuáles sean su actividad o su patrimonio, es decir, en el entendimiento de la ciudadanía como un estatuto de la persona que asegure su disfrute en libertad del medio en el que vive, su participación en la organización de dicho medio y su acceso igualitario a las dotaciones, servicios y espacios colectivos que demandan la calidad y cohesión del mismo”.

Asimismo, la jurisprudencia española no ha sido ajena al concepto. La sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2018, reconoce que el derecho a la ciudad “es un principio inspirador de la nueva concepción del desarrollo urbano”.

En igual sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de octubre de 2024 destaca que la Constitución pone en valor la autonomía local como expresión no de una mera autonomía administrativa, sino también política, al establecer un margen de decisión responsable como Administración más cercana al ciudadano que es, así como “el llamado derecho a la ciudad para la gestión de sus intereses propios, en tanto que pertenencia a un contexto urbano identificable. En este sentido, no cabe olvidar el papel central de las ciudades en la ejecución de la política, la economía y la articulación social, si bien siempre dentro del margen de la legalidad”.

La consecución del objetivo de una ciudad sostenible⁷ requiere de la existencia de instrumentos urbanísticos y jurídicos que, teniendo en cuenta las necesidades del conjunto de los ciudadanos que la habitan, garanticen su acceso igualitario a las dotaciones, servicios y espacios colectivos que demandan la calidad y cohesión del mismo, haciendo posible la efectividad del derecho a la vivienda o, en otros términos, el derecho a habitar la ciudad⁸.

Desde este punto de vista, resulta esencial que las autoridades, estatales, regionales o locales, dispongan de herramientas que les permitan conocer con precisión cuáles son las necesidades de los habitantes de la ciudad, cuál es el uso que se está dando a los diferentes espacios de la ciudad y articular medios que permitan evitar actividades contrarias al modelo de ciudad decidido por los propios ciudadanos y que comprometan su sostenibilidad.

Al mismo tiempo, las autoridades deben garantizar el ejercicio de los derechos económicos, sociales, culturales o medioambientales de los ciudadanos en plenas condiciones de igualdad y seguridad jurídica⁹.

Un ejemplo particular de actividades que pueden poner en riesgo la sostenibilidad y habitabilidad del entorno urbano lo constituye el mercado de alquiler de corta duración de viviendas, dada su dimensión global potenciada por la comercialización en plataformas en línea.

No obstante, al mismo tiempo, la actividad de alquiler regulada puede constituir una interesante forma de economía colaborativa entre ciudadanos y beneficiosa para la sostenibilidad de la ciudad.

De igual modo, el fenómeno de la “residencialización”, esto es, la transformación de alojamientos turísticos en viviendas, constituye un serio problema que puede comprometer el modelo económico y los objetivos de la planificación territorial y urbanística de un municipio¹⁰.

Con el fin de obtener información y controlar el cumplimiento normativo en cuanto a requisitos administrativos, urbanísticos, fiscales o vecinales, diversos países, regiones o municipios han implantado sistemas de registro aplicables a los alquileres de corta duración basados en la emisión de un código como requisito para la comercialización en plataformas.

El Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, establece normas armonizadas respecto a los sistemas de registro y a los requisitos para el intercambio de datos relativos a las plataformas en línea de alquiler de corta duración, en caso de que los Estados miembros decidan establecer dichos sistemas o requisitos.

España ha sido el primer país de la Unión Europea en implementar de forma efectiva las previsiones Reglamento europeo, mediante el Real Decreto 1312/2024, de 23 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de Registro Único de Arrendamientos y se crea la Ventanilla Única Digital de Arrendamientos.

Dicha norma regula el procedimiento para la asignación del código de registro único de alquiler y lo incardina en el Registro de la Propiedad o el de Bienes Muebles donde se encuentre situada la unidad de alojamiento, tramitándose conforme a la legislación hipotecaria.

El registrador en su función calificadora deberá verificar el cumplimiento de las normas imperativas de la Ley de Propiedad Horizontal y los estatutos establecidos por las Comunidades de Propietarios para regular sus relaciones de vecindad, así como la acreditación de los títulos habilitantes administrativos y urbanísticos que resulten exigibles.

Asimismo, el registrador dará cumplida información a la Ventanilla Única Digital del Ministerio sobre los números de registro en vigor y de aquellos que no cumplen los requisitos necesarios.

De esta forma, el Registro Único de Arrendamientos constituye una novedosa función registral destinada a proporcionar seguridad jurídica al mercado de alquiler, pero también constituye un interesante instrumento jurídico para la consecución del objetivo de una ciudad sostenible y la conformación del derecho a la ciudad.

II. ANTECEDENTES INTERNACIONALES SOBRE EL REGISTRO DE ARRENDAMIENTOS COMO INSTRUMENTO DE PRESERVACIÓN DEL ESPACIO HABITABLE.

1. LA STJUE DE 19 DE DICIEMBRE DE 2019.

La STJUE (Gran Sala) de 19 de diciembre de 2019, en el asunto C390/18, citada expresamente por el preámbulo del Real Decreto 1312/2024, tiene por

objeto una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE por el Tribunal de Primera Instancia de París.

El 24 de enero de 2017, la Asociación para la defensa del alojamiento y el turismo profesionales, en lo sucesivo, «AHTOP» presentó una denuncia basada, entre otros motivos, en el ejercicio, durante el período comprendido entre el 11 de abril de 2012 y el 24 de enero de 2017, de una actividad de intermediación y de gestión de inmuebles y de fondos de comercio sin estar en posesión de la tarjeta profesional exigida por la Ley Hoguet.

En apoyo de su denuncia, esta asociación alegó que *Airbnb Ireland* no se limita a poner en contacto a ambas partes a través de la plataforma, sino que ofrece servicios adicionales característicos de la actividad de intermediación en las transacciones inmobiliarias.

Por su parte, *Airbnb Ireland* negó ejercer una actividad de agente inmobiliario y alegó la inaplicabilidad de la Ley Hoguet por ser incompatible con la Directiva 2000/31.

En tales circunstancias, el Juez decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales: ¿Están amparadas por la libre prestación de servicios establecida en el artículo 3 de la Directiva 2000/31 las prestaciones realizadas en Francia por Airbnb Ireland a través de una plataforma electrónica explotada desde Irlanda? ¿cabe oponer a Airbnb Ireland las normas restrictivas relativas al ejercicio de la profesión de agente inmobiliario en Francia, establecidas por la Ley Hoguet?»

El Tribunal de Justicia (Gran Sala) en su sentencia 19 de diciembre de 2019 resuelve lo siguiente:

- El artículo 2, letra a), de la Directiva 2000/31/CE (Directiva sobre el comercio electrónico), debe interpretarse en el sentido de que procede calificar de «servicio de la sociedad de la información» comprendido en el ámbito de aplicación de la misma un servicio de intermediación, prestado a cambio de una remuneración, que tiene por objeto poner en contacto mediante una plataforma electrónica a potenciales arrendatarios con arrendadores, profesionales o no profesionales, que proponen servicios de alojamiento de corta duración y que, además, ofrece otras prestaciones accesorias de ese servicio de intermediación.
- El artículo 3, apartado 4, letra b), segundo guion, de la Directiva 2000/31 debe interpretarse en el sentido de que un particular puede oponerse a que se le apliquen, en el ámbito de un procedimiento penal en el que se ha ejercitado una acción civil, medidas de un Estado miembro que restrinjan la libre circulación de un servicio de la sociedad de la información que presta desde otro Estado miembro, cuando dichas medidas no hayan sido notificadas con arreglo a dicha disposición.

En España, la STS de la sala 3.^a, de 30 de diciembre de 2020, realiza un examen de la jurisprudencia comunitaria y nacional con una atención especial a la citada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por su semejanza con el supuesto de autos.

La sentencia, aplicando esa jurisprudencia, concluye en el caso que la obligación de inscribir los alojamientos turísticos en el Registro autonómico, así como la de mencionar el número de registro en la publicidad de tales alojamientos turísticos, recae en las empresas turísticas, lo que no es la actora (en el caso, *Homeaway Spain*), que es una empresa de intermediación, prestadora de servicios de la sociedad de la información (PSSI).

En definitiva, un PSSI de almacenamiento de datos estará obligado a suprimir los anuncios, o vedar el acceso a ellos, que incumplan una obligación legal cuando la Administración competente haya declarado dicho incumplimiento y lo comunique al PSSI, pero no puede trasladar a éste la obligación de vigilancia que le compete.

Por tanto, un prestador de servicios de la sociedad de la información de alojamiento de datos no está sujeto de manera directa a las normativas sectoriales, sino que su régimen de responsabilidad es el determinado por el artículo 16 de la citada Ley 34/2002.

En la misma línea, la posterior STS de 7 de enero de 2022, reconoce expresamente tener en cuenta las sentencias anteriores y llega a las siguientes conclusiones que complementan su doctrina:

- Las prestaciones accesorias desarrolladas, en el caso por *Airbnb Ireland*, no desvirtúan la naturaleza del servicio de intermediación que presta, consistente en poner en contacto a arrendadores y arrendatarios de viviendas vacacionales, sin transformarlo en un negocio de arrendamiento de viviendas, por lo que considera la actividad de la recurrente como un servicio de intermediación propio de la sociedad de la información, regulado por la Directiva sobre el comercio electrónico (DCE) y la Ley 34/2002, de 11 de julio (LSSI) y no por la legislación sectorial de alojamientos turísticos.
- *Airbnb Ireland* es un prestador de servicios de la sociedad de la información establecido en un Estado miembro de la Unión Europea (Irlanda), con la consecuencia de la aplicación del principio de control en origen establecido en los artículos 3.1 y 2 DCE y 7 LSSI.
- Los Estados miembros puedan tomar medidas que constituyan excepciones al principio de libre prestación de servicios de la sociedad de la información de otro Estado miembro cuando tales medidas sean necesarias por motivos relativos al orden público, la salud pública y otros entre los que se encuentra la protección de los consumidores, si bien la adopción

de dichas medidas está sujeta al procedimiento descrito en los artículos 3, 4.b) DCE y 8.4 LSSI, consistente en síntesis en la notificación al Estado miembro en cuyo territorio esté establecido el prestador del servicio y a la Comisión Europea, sin que en el caso existiera constancia de haberse seguido en indicado procedimiento, lo que, como señala la sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2019 (apartados 96 a 99), determina la inoponibilidad de la medida no notificada.

2. LA STJUE DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 2020.

La STJUE (Gran Sala) de 22 de septiembre de 2020, en los asuntos acumulados C724/18 y C727/18, tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Tribunal de Casación de Francia en los procedimientos entre *Cali Apartments SCI* (asunto C724/18), *HX* (asunto C727/18) y el *Procureur général près la cour d'appel de Paris* y la Ciudad de París.

La *Cour de cassation* decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una serie de cuestiones prejudiciales, formuladas en idénticos términos en ambos asuntos.

En dicha sentencia Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

- Los artículos 1 y 2 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, deben interpretarse en el sentido de que tal Directiva se aplica a una normativa de un Estado miembro relativa a actividades de arrendamiento a cambio de una remuneración de inmuebles amueblados destinados a vivienda a clientes de paso que no fijan en ellos su domicilio, efectuadas de forma reiterada y durante breves períodos de tiempo, tanto con carácter profesional como no profesional.
- El artículo 9, apartado 1, letras b) y c), de la Directiva 2006/123 debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional que, en aras de garantizar una oferta suficiente de viviendas destinadas al arrendamiento de larga duración a precios asequibles, somete determinadas actividades de arrendamiento a cambio de una remuneración de inmuebles amueblados destinados a vivienda a clientes de paso que no fijan en ellos su domicilio, efectuadas de forma reiterada y durante breves períodos de tiempo, a un régimen de autorización previa aplicable en determinados municipios en los que la tensión sobre los arrendamientos es particularmente acusada está justificada por una razón imperiosa de interés general como la lucha contra la escasez de viviendas destinadas al arrendamiento y es proporcionada al objetivo perseguido, dado que este no puede alcan-

zarse con una medida menos restrictiva, en particular porque un control *a posteriori* se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz.

En España, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en su sentencia de 1 de junio de 2020, pero ya antes también en la de la sección 3.^a de 24 de septiembre de 2019 y después, en la de la sección 5.^a de 19 de noviembre de 2020, vino a reconocer la competencia municipal para introducir limitaciones a las V.U.T. en correcto ejercicio de la potestad de ordenación urbanística, por vía de regulación de usos, limitando el número máximo de viviendas de uso turístico por edificio o por sector; como también puede someter a régimen de autorización este tipo de actividades, cuando se encuentra en juego una imperiosa razón de interés general, como sería el caso de la protección y debida ordenación del derecho a la vivienda, así como del medioambiente y el entorno urbanos.

En definitiva, como dice la sentencia de 2 de junio de 2021 a propósito del Plan Especial Urbanístico para la regulación de viviendas de uso turístico en la ciudad de Barcelona: *“Un plan de urbanismo como el de autos es un instrumento legítimo para someter a la previa autorización administrativa el ejercicio de una actividad de V.U.T.”* y que dicha regulación *“es proporcionada y está suficientemente justificada para la salvaguarda de la razón imperiosa de interés general de facilitar la existencia de viviendas susceptibles de arrendamiento para residencia de los ciudadanos.”*

El municipio, por consiguiente, puede ordenar usos urbanísticos y, desde la perspectiva de la ordenación y planeamiento urbanístico, puede intervenir en el ejercicio de actividades particulares. En definitiva, no estamos ante un problema de falta de competencia municipal, sino de límites y ejercicio concreto de la misma¹¹.

3. LA RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO DE 21 DE ENERO DE 2021 SOBRE EL ACCESO A UNA VIVIENDA DIGNA Y ASEQUIBLE PARA TODOS.

Esta resolución del Parlamento Europeo, que también es citada expresamente por el preámbulo del Real Decreto 1312/2024, afirma —cfr. apartado 48— que el crecimiento expansivo del alquiler de vacaciones a corto plazo está retirando viviendas del mercado y propiciando un aumento de los precios y puede tener un impacto negativo en la habitabilidad de centros urbanos y turísticos.

Por esta razón pide a la Comisión que interprete la Directiva de servicios en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que establece la asequibilidad de la vivienda y la escasez de viviendas de alquiler como «una razón imperiosa de interés general», y que conceda en consecuencia una amplia discrecionalidad a las autoridades nacionales y locales para definir normas proporcionadas para los servicios de hostelería, incluido el

registro obligatorio, la limitación de licencias y políticas de zonificación específicas, la limitación de la duración, evitar la «turistización», el abandono de los centros urbanos y la disminución de la calidad de vida en ellos, en detrimento de sus residentes.

Asimismo, insta a la Comisión a que incluya en una Ley de servicios digitales una propuesta relativa a los requisitos obligatorios de intercambio de información para las plataformas en el mercado del alquiler de alojamientos a corto plazo, en consonancia con las normas de protección de datos, ya que el acceso a esta información es esencial para que las autoridades garanticen la disponibilidad de vivienda asequible.

4. EL REGISTRO DE ALQUILERES DE CORTA DURACIÓN EN ESTADOS UNIDOS: EL CASO DE LA CIUDAD DE NUEVA YORK.

El sistema instaurado por el Registro Único de Arrendamientos tiene algunos precedentes en otros países que han implantado registros similares basados en la expedición de un código como requisito de comercialización en plataformas.

En Estados Unidos existen algunos precedentes locales de registros de alquiler de corta duración, como en la ciudad de San Francisco¹², ciudad de nacimiento en el año 2007 de la famosa plataforma de alquiler *Airbnb*, así como en la ciudad de Nueva York con la aprobación de la *Local Law 18*, de 9 de enero de 2022 (*Short-Term Rental Registration Law*) que entró en vigor el 6 de marzo de 2023.

Nueva York es a su vez el primer Estado norteamericano en regular el registro de alquileres de corta duración mediante ley de 21 de diciembre de 2024 (S.885C / A.4130C)¹³. Esta legislación estatal autoriza también a los condados a establecer un registro de alquileres a corto plazo a nivel condal¹⁴.

En el caso particular de la *Local Law 18* de la ciudad de Nueva York define conceptos como el alquiler de corta duración, anfitrión o unidad de alojamiento que prácticamente coinciden con los plasmados posteriormente en el Reglamento Europeo 2024/1028, de 11 de abril de 2024.

La *Local Law 18* exige que los anfitriones de alquileres a corto plazo se registren en la *Mayor's Office of Special Enforcement (OSE)* y que los servicios de reserva en línea verifiquen que los listados estén asociados con un registro válido antes de permitir reservas.

La ley también exige que *OSE* rechace las solicitudes de registro de edificios incluidos en una lista de edificios prohibidos, compuesta por edificios cuyos propietarios notifican a *OSE* que no se permiten alquileres a corto plazo en sus edificios. De igual modo, no se permiten alquileres de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública.

Para entender el fundamento de la *Local Law 18*, hay que tener en cuenta una norma importante en la ciudad de Nueva York como es la estatal *Multiple Dwelling Law* (Ley de Viviendas Múltiples) que impuso importantes limitaciones al destino turístico de viviendas de particulares ante el auge del alquiler vacacional.

La citada Ley de Viviendas Múltiples se aplica a edificios residenciales con tres o más unidades, excluyéndose a las viviendas unifamiliares o bifamiliares y desarrolla el concepto de vivienda «clase A» a la que otorga los fines de residencia permanente¹⁵.

En este caso, se condiciona el registro al cumplimiento de leyes que prohíben el alquiler de unidades completas por menos de 30 días seguidos, limitan los alquileres a corto plazo a las unidades donde reside el anfitrión y no permiten más de dos huéspedes a la vez. De no cumplir estos requisitos, el alquiler a corto plazo de la vivienda clase A es ilegal.

Por su parte, una vivienda múltiple de clase B es “una vivienda múltiple que se ocupa, por regla general, de forma transitoria, como morada más o menos temporal de personas o familias que se alojan con o sin comidas. Esta clase incluye hoteles, pensiones, casas de huéspedes, pensiones, internados, casas de habitaciones amuebladas, alojamientos, casas club y residencias universitarias y escolares”.

Por tanto, en la ciudad de Nueva York, los alquileres a corto plazo de unidades completas solo están permitidos en viviendas múltiples de “Clase B”, que han sido aprobadas por la ciudad de Nueva York para ocupaciones legales a corto plazo.

Especialmente interesante en la Ley de Viviendas Múltiples es la definición concreta de distintos tipos de vivienda, departamentos, casas de huéspedes,... o incluso las distintas partes de las mismas (vestíbulo,...) lo que muestra la intención de alcanzar la mayor precisión en la definición de la unidad susceptible de alojamiento.

Respecto a los resultados de la implementación de la *Local Law 18* cabe señalar que dos años después de la entrada en vigor de la *Local Law 18*, en marzo de 2023, el efecto sobre los alquileres a corto plazo anunciados en plataformas *online* ha sido devastador, según los datos publicados por la propia OSE¹⁶.

La implementación de la ley, además, ha venido rodeada de debate y polémica similar a lo que estamos viendo hoy en España, cuestionando los efectos reales sobre la disponibilidad de vivienda, los precios, o el incremento de las tarifas de hotel¹⁷. Incluso ya existen estudios sobre el valor económico de disponer del registro de alquiler a corto plazo¹⁸.

En este contexto, se acaba de iniciar la tramitación de una proposición de ley (Proyecto de Ley Int.No. 1107) para flexibilizar los requisitos de admisión del alquiler de corta duración, en la medida que busca reabrir las estancias cortas en

viviendas unifamiliares y bifamiliares en los distritos periféricos, en línea con las demandas de determinados colectivos como la Asociación de Propietarios de Viviendas de Nueva York (NYHOA).

Este proyecto normativo demuestra que la regulación de los ámbitos en los que se toleran los alquileres de corta duración es una cuestión dinámica ligada a las propias necesidades de la población y a los valores que pretende preservar el planificador competente¹⁹.

En definitiva, el registro de arrendamientos, instalado ya en ordenamientos tan dispares como el norteamericano y los países de la Unión Europea viene a constituir un instrumento relevante en el diseño y ejecución de las políticas urbanas, correspondiendo exclusivamente a la autoridad competente el definir la configuración de una ciudad que, por esencia, nunca será estática, sino que irá ligada a la propia evolución de la sociedad que la habita.

III. EL REGLAMENTO (UE) 2024/1028 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 11 DE ABRIL DE 2024

1. INTRODUCCIÓN

El 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, fue publicado el día 29 de abril en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Como expone el preámbulo, los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración ofrecidos por anfitriones existen desde hace muchos años como complemento de otros servicios de alojamiento, como hoteles, albergues o habitaciones con desayuno²⁰.

El volumen de los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración está aumentando considerablemente en toda la Unión como consecuencia del crecimiento de la economía de plataformas.

Si bien los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración crean muchas oportunidades para los huéspedes, los anfitriones y todo el ecosistema turístico, su rápido crecimiento ha suscitado preocupaciones y planteado retos, en particular para las comunidades locales y las autoridades públicas, como su contribución a la disminución del número de viviendas destinadas al arrendamiento de larga duración disponibles y al aumento de los precios de los alquileres y la vivienda —vid. considerando 1—.

En la actualidad, las plataformas en línea de alquiler de corta duración constituyen el canal principal para la oferta de servicios de alquiler de alojamientos de corta duración y la falta de dicha información dificulta que las autoridades eva-

lúen el impacto real de estos servicios y elaboren y apliquen respuestas políticas adecuadas y proporcionadas —considerando 1-²¹.

El Reglamento no afecta a la competencia de los Estados miembros para adoptar y mantener requisitos de acceso al mercado relativos a la prestación de servicios de alquiler de alojamientos de corta duración por parte de los anfitriones.

El Reglamento es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro, entró en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, sin embargo, será aplicable a partir del 20 de mayo de 2026.

Por tanto, a más tardar el 20 de mayo de 2026, los Estados miembros adoptarán y publicarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a esta disposición y las notificarán sin demora a la Comisión —art. 15 y 19.

2. OBJETIVOS

De la lectura de sus considerandos y articulado extraemos las siguientes líneas fundamentales de la regulación europea:

- 1) Obtener información fiable sobre los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración para que las autoridades evalúen el impacto real de estos servicios y elaboren y apliquen respuestas políticas adecuadas y proporcionadas, en particular, en materia de vivienda.
- 2) Garantizar que el entorno en línea sea seguro, previsible y de confianza, y prevenir las ofertas ilegales de estos servicios para proteger a los consumidores, a fin de garantizar la competencia leal y, en su caso, ayudar a luchar contra el fraude asociado a dichos servicios.
- 3) Establecer un conjunto de normas uniformes y específicas a escala de la Unión Europea sobre los requisitos de transparencia y de intercambio de datos.
- 4) Se establecen normas armonizadas con respecto a los sistemas de registro y a los requisitos para el intercambio de datos relativos a las plataformas en línea de alquiler de corta duración, en caso de que los Estados miembros decidan establecer dichos sistemas o requisitos.

3. EL PROCEDIMIENTO ÚNICO DE REGISTRO PARA CADA UNIDAD

En el marco diseñado por el Reglamento el procedimiento de registro debe permitir a las autoridades competentes recoger información sobre los anfitriones y las unidades en relación con los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración.

El art. 3 define «procedimiento de registro» como todo procedimiento mediante el cual los anfitriones deben facilitar información y documentación específicas a las autoridades competentes al objeto de obtener un número de registro que les permita ofrecer servicios de alquiler de alojamientos de corta duración a través de plataformas en línea de alquiler de corta duración.

El número de registro asignado debe incluirse en un registro público y fácilmente accesible y debe garantizarse por parte de los Estados miembros que tal número no incluya datos personales —art. 4—.

La autoridad competente que expida el número de registro será responsable del establecimiento y mantenimiento del registro, de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679.

Se considera «autoridad competente»: una autoridad nacional, regional o local de un Estado miembro que es competente para gestionar o hacer cumplir los procedimientos de registro o para recoger datos sobre los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración, o es responsable de garantizar el cumplimiento de las normas aplicables de los Estados miembros relativas al acceso a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración y su prestación —cfr. art. 3 número 11—.

Por consiguiente, las autoridades competentes de aquellos Estados miembros que hayan impuesto a las plataformas en línea de alquiler de corta duración la obligación de transmitir datos deben establecer procedimientos de registro para los anfitriones y sus unidades acordes a las reglas del Reglamento Europeo.

Con objeto de evitar situaciones en las que se atribuya a una unidad más de un número de registro para un anuncio, cada unidad debe someterse a un único procedimiento de registro en un Estado miembro, sea a escala nacional, regional o local —considerando 9—.

Es decir, con independencia del esquema de distribución de competencias aplicable en cada Estado, sea centralizado, regional o local, la norma europea impone que cada unidad se someta a un único procedimiento de registro y que sea único el número de registro identificador de la unidad que vaya a ser publicado en el anuncio para cada modalidad de alquiler.

El número de registro, que es un identificador único de una unidad alquilada, debe poder garantizar que los datos recogidos e intercambiados por las plataformas en línea de alquiler de corta duración se atribuyan adecuadamente a los anfitriones y unidades.

Cuando un procedimiento de registro sea de aplicación, debe exigirse a los anfitriones que faciliten a las plataformas en línea sus números de registro, que muestren cada número de registro en cada anuncio correspondiente y que faciliten a los huéspedes el número de registro de la unidad.

No obstante, la información y la documentación facilitadas por los anfitriones a través del procedimiento de registro solo deben ser verificadas por las autoridades competentes tras la expedición del número de registro.

Pues la expedición automática e inmediata de un número de registro se entiende sin perjuicio de la evaluación, por las autoridades competentes, del cumplimiento por parte de los anfitriones de los requisitos de acceso al mercado en consonancia con el Derecho de la Unión —considerando 11—.

La autoridad competente debe estar facultada para suspender la validez del número de registro en los casos en que considere que existen dudas manifiestas y serias en cuanto a la autenticidad y validez de la información o documentación facilitada por el anfitrión.

Se debe garantizar que los procedimientos de registro estén sujetos en ellos a mecanismos de recurso efectivos y que los anfitriones puedan presentar todos los documentos exigidos como parte del proceso de registro en un formato digital —art. 4—.

A su vez, cuando se haya suspendido la validez del número de registro, o cuando se haya retirado, las autoridades competentes deben estar facultadas para emitir una orden en la que se solicite a las plataformas en línea de alquiler de corta duración que eliminen el anuncio relativo a la unidad en cuestión o inhabiliten el acceso a este sin demora indebida-considerando 11—.

Asimismo, los Estados miembros deben garantizar que cuando un procedimiento de registro sea de aplicación el Derecho nacional permita a las autoridades competentes ordenar a las plataformas en línea de alquiler de corta duración que faciliten información adicional sobre una unidad específica y que eliminen los anuncios relativos a unidades ofrecidas sin número de registro o con un número de registro no válido, o en los casos de uso indebido de un número de registro.

Es evidente que con estas previsiones se trata de evitar las dificultades que puso de manifiesto la STJUE de 19 de diciembre de 2019 sobre la distinción entre el régimen aplicable a la empresa turística y el del prestador de servicios de la sociedad de la información (PSSI), con el fin de evitar que se publiquen anuncios sin el referido código de registro.

4. LA VENTANILLA ÚNICA DIGITAL NACIONAL Y LA FUTURA VENTANILLA ÚNICA DIGITAL EUROPEA

Para evitar que las plataformas se enfrenten a requisitos técnicos divergentes y a varios puntos de acceso para el intercambio de datos dentro de un Estado miembro, debe crearse una ventanilla única digital nacional como pasarela para la transmisión electrónica de datos entre las plataformas en línea de alquiler de

corta duración y las autoridades competentes, lo que garantiza unos procesos de intercambio de datos oportunos, fiables y eficientes-considerando 21—.

Por tanto, cada unidad solo puede quedar sometida a un único procedimiento de registro, estatal, regional o local, y pueden existir varios registros en un Estado, pero debe garantizarse la armonización entre los distintos registros de un Estado miembro, así como su interoperabilidad con la ventanilla única digital, a fin de eliminar los obstáculos semánticos y técnicos al intercambio de datos y de garantizar que los procedimientos administrativos sean eficaces y eficientes.

En España, la Orden VAU/653/2025, de 19 de junio, desarrolla los plazos y el modelo para la transmisión de datos por parte de las plataformas a la Ventanilla Única Digital de Arrendamientos del Ministerio de Vivienda y Agenda Urbana.

Por otra parte, según resulta del artículo 18 del Reglamento, a más tardar el 20 de mayo de 2031, la Comisión llevará a cabo una evaluación del cumplimiento del Reglamento y presentará un informe sobre sus principales conclusiones al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Dicho informe se basará en el informe presentado por los Estados miembros y, en su caso, en los datos transmitidos a Eurostat.

La evaluación realizada valorará, entre otras circunstancias “la necesidad de establecer una ventanilla única digital centralizada a escala de la Unión con el fin de proporcionar una interfaz única a las plataformas en línea de alquiler de corta duración y facilitar el intercambio de datos de actividad”.

El establecimiento de una ventanilla única digital centralizada a nivel europeo, compatible con la existencia de diferentes procedimientos de registro armonizados en los Estados miembros, permitirá sin duda una actuación pública más adecuada a un mercado de carácter global en el que las plataformas suelen estar gestionadas por sociedades domiciliadas en Estados diferentes a aquellos en el que prestan los servicios de alquiler los anfitriones más acorde a los objetivos del mercado único europeo.

5. LA IMPLEMENTACIÓN DEL REGLAMENTO EN LOS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA: FRANCIA, ITALIA, ALEMANIA Y ESPAÑA.

FRANCIA

En el contexto europeo, Francia fue el primer país en implementar a nivel normativo las previsiones del Reglamento Europeo mediante la denominada ley *Le Meur*, Loi n.º 2024-1039, de 19 de noviembre de 2024, si bien su aplicación obligatoria en cuanto a la obligación de registro ante un teleservicio nacional gestionado por el organismo público único se demora a un desarrollo reglamentario a más tardar al 20 de mayo de 2026 —vid. art. 1—.

La Ley *Le Meur*, conocida así por ser presentada por los diputados Annaïg Le Meur e Iñaki Echaniz, está destinada a reforzar las herramientas regulatorias para el alojamiento turístico amueblado a nivel local.

La norma modifica la normativa fiscal, la de copropiedad, el Código de Urbanismo, el Código de la Construcción y la Vivienda, y el Código de Turismo e introduce una serie de novedades como una nueva obligación única de información y registro a nivel nacional, el diagnóstico energético, medidas regulatorias en las comunidades de vecinos o un régimen fiscal menos atractivo, entre otras.

Así, respecto a la obligación de registro, frente la situación preexistente en que solo se imponía en determinados municipios de gran tamaño y a nivel local, la nueva ley lo impone a nivel nacional, salvo en Córcega-art. 324-1-1 del Código de Turismo—.

Un aspecto destacable de la nueva regulación francesa es el requisito que establece el artículo L. 631-10 del Código de Construcción y Vivienda para obtener la autorización previa prevista para el alquiler de alojamientos turísticos amueblados, basada en que los propietarios de los locales en cuestión deberán presentar un diagnóstico de eficiencia energética cuyo nivel, deberá estar entre las clases A y E o, a partir del 1 de enero de 2034, entre las clases A y D.

A su vez, especialmente importante en la regulación francesa es la regulación del uso urbanístico de los locales y la necesidad de diferenciar el uso residencial del turístico.

Por ello y de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE antes citada, el artículo L631-7 del Código de Construcción y Vivienda prevé que en determinados municipios el cambio de uso de las viviendas podrá estar sujeto, por decisión del órgano deliberante, a autorización previa, estableciendo que todos los acuerdos o convenios celebrados en violación de este artículo serán automáticamente nulos y sin valor.

Además, el artículo L631-7-1 modificado también por la Ley *Le Meur*, contempla la posibilidad de que el consejo municipal competente pueda definir un régimen de autorización temporal de cambio de uso que permita a una persona física o jurídica alquilar un local para uso residencial como alojamiento turístico amueblado.

La resolución también podrá fijar, en todo o parte del territorio del municipio, en una o más zonas geográficas que delimite, el número máximo de permisos temporales que podrán expedirse o la proporción máxima de locales residenciales que podrán ser objeto de un permiso temporal de cambio de uso. En este caso, en las zonas en cuestión, no podrá expedirse ningún permiso permanente de cambio de uso de locales residenciales para el alquiler de locales residenciales como alojamiento turístico amueblado, salvo que se conceda a cambio de una compensación.

Todos los permisos temporales se expiden por un periodo idéntico, inferior a cinco años. La resolución debe definir el procedimiento de selección con garantías de publicidad y transparencia aplicables de la misma manera a las solicitudes iniciales y a las renovaciones. Los locales residenciales que se benefician de esta autorización temporal no modifican su destino urbanístico.

No obstante, cuando el local utilizado con fines habitacionales constituya la residencia principal del arrendador, la autorización de cambio de uso o la autorización temporal no es necesaria para arrendarlo por periodos cortos a clientes transitorios que no fijen allí su residencia.

Téngase en cuenta que, a diferencia del régimen general aplicable en España, según el art. L631-7-1 del Código de Construcción y Vivienda la autorización de cambio de uso se otorga a título personal. Por tanto, deja de surtir efecto cuando el beneficiario cesa definitivamente en su ejercicio, por cualquier motivo.

Sin embargo, cuando la autorización está sujeta a compensación, la titularidad se vincula al inmueble y no a la persona. El inmueble ofrecido como compensación del cambio de uso se menciona en la autorización que se publica en el expediente inmobiliario y se inscribe en el Registro de la Propiedad.

Por otra parte, la autorización para un cambio de uso solo puede solicitarse si este cumple las disposiciones contractuales establecidas en el reglamento de copropiedad.

En materia de propiedad horizontal la ley introduce otras modificaciones que no procede analizar aquí, pero sí resulta relevante destacar que la nueva norma ha suscitado un importante debate en el país galo sobre el alcance y ámbito de aplicación y su posible afección al derecho de propiedad²².

En este sentido, se ha planteado la posible inconstitucionalidad de la Ley *Le Meur* dado el precedente establecido por la Ley *Alur* de 24 de marzo de 2014, anulada mediante sentencia de 20 de marzo de 2014.

El artículo 19 de la Ley n.º 2014-366, de 24 de marzo de 2014, conocida como “*Ley Alur*”, introdujo en el Código de la Construcción y la Vivienda el artículo L. 631-7-1 B, que permitía a la junta general de copropietarios de un edificio en régimen de copropiedad decidir, por la mayoría someter a su acuerdo previo por mayoría «cualquier solicitud de autorización para cambiar el uso de locales destinados a vivienda que formen parte de la copropiedad por un copropietario con el fin de alquilarlos por periodos cortos a clientes temporales»

En sentencia de 20 de marzo de 2014 —Decisión No. 2014-691 DC—, el Consejo Constitucional declaró contrario al art. 34 de la Constitución el citado artículo 19 de la Ley *Alur*, considerando que, a pesar de la razón relacionada con la lucha contra la escasez de viviendas de alquiler, esta había permitido, en condiciones contrarias al artículo 2 de la Declaración de 1789, que la junta general de copropietarios vulnerara desproporcionadamente los derechos de cada uno de ellos.

No cabe duda de que en la nueva regulación establecida por la Ley *Le Meur* se ha tenido en cuenta este antecedente y por ello se ha optado por que sea el reglamento de copropiedad el que deba mencionar explícitamente la autorización o la prohibición del alquiler de alojamientos turísticos, en lugar de un acuerdo aprobatorio ad hoc y discrecional para cada caso. —cfr. nuevo art. 8-1-1 de la Ley n.º 65-557 del 10 de julio de 1965 – que muestra la diferencia de tratamiento con el legislador español de la reforma por LO 1/2025.

ITALIA

En Italia, la *Banca Dati delle Strutture Ricettive* (Base de Datos Nacional de Instalaciones de Alojamiento y Propiedades para Alquiler a Corto Plazo o Turismo o BDSR) fue creada de conformidad con el Decreto Legislativo No. 34, de 30 de abril de 2019. La BDSR tramita el procedimiento en línea para la asignación del Código Nacional de Identificación (CIN).

El CIN resulta obligatorio desde el 2 de noviembre de 2024 de acuerdo con el artículo 13-ter del Decreto Legislativo No. 145 de 18 de octubre de 2023, convertido con modificaciones por Ley No. 191 de 15 de diciembre de 2023²³.

Como señala el propio art. 13-ter, dicha norma tiene el fin de garantizar la protección de la competencia y la transparencia del mercado, la información, la coordinación estadística y de los datos de la administración estatal, regional y local, y la seguridad territorial y combatir las formas irregulares de hospitalidad.

Para ello, el Ministerio de Turismo asigna mediante un procedimiento automatizado específico un código de identificación nacional (CIN) a las unidades inmobiliarias residenciales destinadas a contratos de alquiler con fines turísticos, a las unidades inmobiliarias residenciales destinadas a alquileres a corto plazo y a las instalaciones de alojamiento turístico hoteleras y no hoteleras definidas de conformidad con las regulaciones regionales vigentes y las de las provincias autónomas de Trento y Bolzano, y posee y gestiona la base de datos pertinente.

El CIN es asignado por el Ministerio de Turismo, tras la presentación electrónica de una solicitud por parte del arrendador o del propietario del alojamiento turístico, acompañada de una autocertificación, de conformidad con los artículos 46 y 47 del texto refundido del Decreto Presidencial n.º 445, de 28 de diciembre de 2000, que certifique los datos catastrales de la unidad o estructura inmobiliaria y, en el caso de los arrendadores, la concurrencia de los requisitos establecidos por la norma.

El CIN deberá ser exhibido en el exterior del edificio donde se ubiquen los departamentos o estructuras y deberá ser indicado en todo anuncio dondequiera que se publique y comunique.

Las funciones de control y verificación, así como la aplicación de las sanciones administrativas correspondientes, serán ejercidas por el municipio en cuyo

territorio se ubique el establecimiento de alojamiento turístico hotelero o extra-hoteler, o la unidad inmobiliaria arrendada, a través de las autoridades policiales locales.

Finalmente, el denominado Panel de Control de Operadores Municipales es una línea evolutiva de la BDSR, hecha pública en junio de 2025, destinada a optimizar la implementación de las disposiciones del artículo 13-ter del Decreto Legislativo n. 145 del 18 de octubre de 2023 y la adaptación de la plataforma al Reglamento (UE) 2024/1028²⁴.

El Panel de Control de Operadores Municipales (Dashboard) ya está operativo y mediante geolocalización y un mapa interactivo monitoriza el estado de los alojamientos de la zona y apoya a los municipios en el desempeño de sus funciones.

ALEMANIA

En Alemania existen algunos precedentes de regulaciones regionales que imponen obligaciones de registro siendo particularmente interesante el caso de Berlín.

En pleno crecimiento del «turismo colaborativo», en Berlín, al amparo de su autonomía legislativa, se adoptaron diversas medidas legales para limitar la expansión descontrolada de este fenómeno (GUILLÉN, 2023, p. 139).

En este sentido cabe destacar la *Zweckentfremdungsverbot-Gesetz (ZwVbG)*, de 29 de noviembre de 2013, en su traducción al español «*Ley sobre la prohibición de la apropiación indebida del espacio habitable*», y la denominada *Zweckentfremdungsverbot-Verordnung (ZwVbVO)*, norma reglamentaria que fue aprobada el 4 de marzo de 2014.

La regulación berlinesa se centra en la protección del espacio habitable por medio del establecimiento de restricciones centradas en el hecho de que el espacio habitable sólo puede utilizarse para fines distintos a los residenciales con la aprobación de la oficina del distrito responsable (*Bezirksamt*).

La Ley establece que nos encontramos ante una «apropiación indebida» si el espacio se utiliza para fines distintos al espacio habitable, en particular si el espacio habitable «se utiliza con fines de alquiler repetido medido por días o semanas como casa de vacaciones o alojamiento para extranjeros, en particular para el alquiler de locales comerciales o el establecimiento de lugares para dormir»; así como otras situaciones como el de dar un propósito comercial o profesional; modificar estructuralmente o utilizar la vivienda de tal manera que ya no sea adecuado para fines residenciales; dejar vacante la vivienda por más de tres meses o su destrucción.

No obstante, la Ley exceptúa la consideración de apropiación indebida cuando el espacio habitable ya se estuviera utilizando como casa de vacaciones o para

el alojamiento de extranjeros en el momento de entrada en vigor del mencionado reglamento (el denominado, ZwVbVO), eso sí, únicamente durante un período de dos años después de la entrada en vigor por lo que se deberá notificar este destino a la oficina del distrito responsable (sección 2, párrafo 2, número 2).

La modificación de 2018 implementó la obligación de proporcionar el número de registro en la publicidad de viviendas residenciales destinadas a fines turísticos siendo aplicable desde el 1 de agosto de 2018. Se trata de un aspecto interesante de esta norma al establecer la obligación de obtener un número de registro para la oferta y publicidad del alojamiento vacacional.

Otro aspecto muy importante de la ZwVbG, es la necesidad o no de permiso cuando un propietario quiere destinar su vivienda a usos turísticos. La norma diferencia entre el régimen de alquiler por habitaciones y de la vivienda completa, diferenciando a su vez si se trata de la vivienda habitual o una segunda residencia.

En el primer caso, la Ley permite que los particulares puedan alquilar su residencia principal a corto plazo, siempre y cuando no se altere el carácter de la residencia principal como resultado de este alquiler temporal.

En el caso de alquiler de segunda residencia se debe obtener también un permiso en la oficina del distrito, con la introducción, eso sí, de un límite temporal. Es decir, sólo se permite alquilar una segunda residencia hasta 90 días al año, añadiéndose también las obligaciones de registro.

Las autoridades competentes para el trámite de autorización y otorgamiento del número de registro son las oficinas de vivienda del correspondiente distrito (*Bezirksamt*) en donde se sitúa la vivienda en cuestión. En Berlín existen doce oficinas de distrito.

Respecto a la implementación de las previsiones del Reglamento Europeo, el Ministerio Federal de Economía y Protección del Clima (BMWK) ha elaborado el Proyecto de ley para una Ley de Intercambio de Datos de Alquileres a Corto Plazo (KVDG) publicado el 22 de noviembre de 2024.

La Ley de Intercambio de Datos de Alquileres de Corto Plazo pretende establecer un punto de acceso digital único, concretamente en la Agencia Federal de Redes, que podrá entrar en funcionamiento cuando la Ordenanza de Alquileres de Corto Plazo entre en vigor el 20 de mayo de 2026.

El punto de acceso digital único previsto es una plataforma de servicios digitales a la que las plataformas en línea que comercializan alojamientos de corta duración pueden transmitir sus datos de reserva sin tener que enfrentarse a una multitud de organismos gubernamentales y a diferentes requisitos técnicos como antes.

Las autoridades estatales y locales autorizadas también pueden acceder a los datos a través del punto de acceso digital único para adaptar la normativa sobre alquileres de corta duración y aplicar eficazmente la legislación vigente.

Además, la Agencia Federal de Redes, como supervisor central de plataformas en Alemania, también se encargará de hacer cumplir las obligaciones de las plataformas en línea establecidas en el Reglamento europeo. Esto incluye, por ejemplo, la obligación de informar a las autoridades competentes y a los propietarios de alojamientos de corto plazo sobre los resultados de las comprobaciones aleatorias de los anuncios de alquiler realizadas por las plataformas en línea.

ESPAÑA

España ha sido el primer país de la Unión Europea en implementar de forma efectiva las previsiones Reglamento (UE) 2024/1028, mediante el Real Decreto 1312/2024, de 23 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de Registro Único de Arrendamientos y se crea la Ventanilla Única Digital de Arrendamientos para la recogida y el intercambio de datos relativos a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración.

El Real Decreto entró en vigor el día 2 de enero de 2025, desplegando efectos sus disposiciones el 1 de julio de 2025, para otorgar un plazo suficiente para realizar las adaptaciones de carácter tecnológico y funcional necesarias por parte de todos los actores implicados en el cumplimiento de la norma-cfr. disposición final cuarta—.

Es decir, el procedimiento de obtención del correspondiente número de registro de alquiler se encuentra disponible desde el día 2 de enero de 2025, pero su obligatoriedad para la publicación de anuncios en las plataformas se hizo efectiva el día 1 de julio.

La competencia de los registradores de la Propiedad y de Bienes Muebles para la asignación del código de registro de alquiler de corta duración, se reconoce en el propio Real Decreto 1312/2024, de 23 de diciembre.

IV. EL PROCEDIMIENTO DE REGISTRO ÚNICO DE ARRENDAMIENTOS EN ESPAÑA

1. NATURALEZA Y EFECTOS

Frente a otros países europeos en los que la función de registro se ha encomendado a órganos administrativos estatales o regionales e incardinados en la estructura del correspondiente departamento competente de vivienda o turismo, en España dicha función ha sido asignada, en función del tipo de alojamiento, al Registro de Propiedad y al de Bienes Muebles, que tienen la naturaleza de registros jurídicos dependientes del Ministerio de Justicia, cuyos asuntos están encomendados a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGS-JFP)²⁵.

Como señala el fundamento cuarto de la Resolución de ese Centro Directivo de 11 de julio de 2025, el Real Decreto 1312/2024 no ha creado un registro jurídico diferente al margen del Registro de la Propiedad, como pueda serlo el Registro Público Concursal o el Registro de Titularidades Reales.

Lo que ha creado es un «procedimiento de registro» que se enmarca según el objeto, bien en el Registro de la Propiedad o en el Registro de Bienes Muebles en la Sección de Buques y Aeronaves para aquellos casos en los que el alojamiento esté sobre una embarcación o artefacto flotante.

No obstante, si el procedimiento único de registro queda incardinado en el marco del procedimiento registral —art. 8 del Real Decreto— y, por tanto, sometido a sus normas, el objeto de la inscripción en este caso no son ninguno de los actos y contratos que se enumeran en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, ni siquiera el mencionado en el apartado quinto, relativo a los “contratos de arrendamiento de bienes inmuebles”.

No debe olvidarse que la legislación hipotecaria no adopta una enumeración restringida y tasada de la materia inscribible, consciente de que el Registro debe reflejar la realidad jurídica —cfr. el artículo 7 del Reglamento Hipotecario—.

Es cierto que el caso del número de registro único de alquiler no se trata de la inscripción de ningún derecho real, pero dada la finalidad antes expuesta del procedimiento, como es la de garantizar la identidad del anfitrión, de la unidad de alojamiento y su legalidad civil y administrativa, no cabe duda de que existe un “punto de contacto”²⁶ con el contenido inscribible que justifica que dicha función se incardine en el Registro de la Propiedad o de Bienes Muebles.

El mercado de alquiler desarrollado a través de las plataformas en línea, se trata de un mercado internacional, impersonal, basado en la contratación electrónica y sustentado en las normas de funcionamiento de las empresas que gestionan las plataformas, siendo la valoración de otros huéspedes un elemento especialmente importante de la confianza asociada a un anuncio.

Sin embargo, si bien resulta indiscutible el éxito y crecimiento de dicho mercado y su trascendencia como forma de economía colaborativa, existen ciertas disfunciones que justifican una forma de intervención pública²⁷.

A través del procedimiento de registro se obtendrá un número de registro único que se asignará a cada inmueble o unidad parcial del mismo que se pretenda arrendar de manera separada, sin el cual no podrá llevarse a cabo su oferta en las plataformas en línea de alquiler de corta duración.

La asignación de ese código de registro, aunque se produzca de forma inmediata y provisional con la presentación de la solicitud, se encuentra condicionada a la calificación del registrador del cumplimiento de los requisitos civiles aplicables y a la acreditación de los títulos administrativos habilitantes que resulten de aplicación en cada caso.

Esta regulación aportará seguridad a los propietarios de viviendas, a las plataformas en línea, así como a las personas arrendatarias, ya que se relacionarán en un mercado caracterizado por una información transparente y confiable, evitando que puedan ser ofertadas viviendas en unas condiciones contrarias a las dispuestas por las comunidades de propietarios o la normativa de las diferentes administraciones territoriales, permitiendo a todas ellas llevar a cabo sus labores de inspección y control de forma más eficaz.

Por otra parte, como afirma la RDGSJFP de 11 de julio de 2025, la legislación hipotecaria no ha quedado derogada, superada o aun matizada por el Real Decreto 1312/2024, pues éste no ha creado un registro jurídico diferente al margen del Registro de la Propiedad.

Aunque pudiera parecer que esta función resulta novedosa y completamente ajena a las funciones consideradas tradicionales del Registro de la Propiedad y de Bienes Muebles, esto es, la publicidad, con efectos jurídicos, del dominio y demás derechos reales sobre los bienes inscritos, debe reconocerse la existencia de otras funciones relacionadas que, utilizando como base el contenido jurídico registral, son desempeñadas actualmente por los registradores.

Es el caso de la diligencia de los libros de actas de las Comunidades de Propietarios prevista en el art. 415 del Reglamento Hipotecario, tras su reforma por Real Decreto de 13 de noviembre de 1992, considerándola “una innovación” que aprovechó la experiencia adquirida en la legalización de los libros de los empresarios-vid preámbulo del Real Decreto 1368/1992—.

Asimismo, otra función novedosa más reciente relacionada con la materia registral y que toma por base el contenido jurídico del registro es la expedición del código de autorización por parte del Registro de Bienes Muebles como punto de acceso autorizante para transmitir al correspondiente Registro internacional la información necesaria para la inscripción de las garantías internacionales sobre material rodante ferroviario y las garantías sobre equipo aeronáutico.

Dicho código de autorización se configura como un instrumento técnico para acreditar la autorización del punto de acceso constituyendo un elemento indispensable para que las garantías internacionales sean vinculantes en España²⁸.

De este modo, citando las palabras que utilizó el preámbulo del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, en la medida que entre los objetivos del procedimiento de registro único se encuentra el de proporcionar seguridad jurídica y confianza en el marco de las relaciones civiles inter privados a la hora de suscribir contratos de arrendamiento, existe un evidente “punto de contacto” con la materia inscribible²⁹.

A su vez, como también afirma el citado Real Decreto, los poderes públicos pueden servirse de “una institución que, aunque se desenvuelve en el campo privado, puede ser una eficaz colaboradora” a la actuación administrativa.

Todo ello sin necesidad de “desvirtuar el contenido y los efectos que son consustanciales al Registro de la Propiedad”, pues los efectos específicos del número de registro único que se asignará a cada inmueble es el de constituir de requisito para su oferta en las plataformas en línea de alquiler de corta duración y el de informar de la asignación del referido número mediante su constancia por nota marginal y su publicidad registral.

Se trata, por tanto, de efectos claramente diferenciados de los efectos jurídicos derivados de la inscripción del derecho, como los regulados en los artículos 32,34 o 38 de la Ley Hipotecaria, que no resultan aplicables al número de registro de alquiler.

Pues la expedición del número de registro para la comercialización en plataformas, con esos efectos específicos, no condiciona la eventual inscripción del derecho del arrendatario con los efectos jurídicos cualificados que le son inherentes, lo que puede especialmente relevante en el caso del alquiler de larga duración para el que el número de registro tiene carácter voluntario —cfr. disposición adicional segunda del Real Decreto—.

En la expedición de dicho número se calificarán cuestiones como la legitimación del titular o la ausencia de limitaciones civiles oponibles a tercero, pero también el cumplimiento de requisitos administrativos y urbanísticos que se desenvuelven al margen de la protección registral y en los que el registrador se limitará a solicitar el correspondiente título habilitante previsto por la normativa autonómica o local aplicable³⁰.

2. CALIFICACIÓN REGISTRAL

Con la sola presentación en forma de la solicitud el registrador procederá a la asignación automática e inmediata de un número de registro, que recogerá la identificación de la categoría y tipo designado por la persona interesada (alquiler turístico o no turístico, de finca completa o por habitaciones) —vid. el artículo 8 del Real Decreto y el propio Reglamento (UE) 2024/1028, considerando 9—.

Este número, aunque pueda ser utilizado por el interesado en sus ofertas tiene carácter provisional hasta que el registrador califique favorablemente que cumple los requisitos propios de la modalidad indicada en la solicitud y proceda a su constancia registral mediante nota marginal.

Una vez tramitada la solicitud y tras la calificación favorable se inscribe por nota marginal y en ese momento la solicitud cambiará de estado, el cual también se indicará en el resto de las comunicaciones y notificaciones.

No obstante, si el registrador califica desfavorablemente en el plazo de 15 días hábiles desde la presentación de la solicitud, por no cumplir los requisitos

propios de la modalidad indicada en la solicitud o no aportarse algún documento acreditativo, el registrador notificará electrónicamente al interesado su calificación negativa indicando los defectos a subsanar.

En la misma calificación negativa se le advertirá de que dispone para subsanar los defectos de un plazo de siete días hábiles siguientes a la notificación y que, transcurrido dicho plazo, el registrador suspenderá la validez del número de registro afectado y que se comunicará a la Ventanilla Única Digital y la Dirección General de Planificación y Evaluación para que ésta ordene a las plataformas en línea que tengan publicados anuncios relativos a ese número de registro que los eliminen o inhabiliten el acceso a ellos sin demora —vid. el considerando 14 del Reglamento europeo—.

En el caso de no subsanar los defectos en el plazo de siete días hábiles, el registrador revocará el código asignado inicialmente, notificándose automáticamente en ese momento a la Ventanilla Única Digital. En este caso el asiento de presentación seguirá vigente hasta cumplir sesenta días contados desde la notificación de la calificación, pudiendo reactivarse el código revocado en caso de que se subsane el defecto en el plazo de los sesenta días citados.

El régimen aplicable a las resoluciones de los registradores y sus recursos será el correspondiente a la normativa hipotecaria —cfr. art. 10.7— por lo que entendemos aplicables las normas relativas a la prórroga del asiento de presentación en caso de calificación negativa y en el de recurso, que puede ser tanto gubernativo, ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, como judicial conforme a los artículos 322 y ss. de la Ley Hipotecaria—, así como la posibilidad de solicitar calificación sustitutoria del art. 19.bis de la Ley Hipotecaria.

De igual modo, conforme al art. 246.3 de la Ley Hipotecaria, contra la denegación del asiento de presentación cabrá recurso ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, que habrá de tener entrada en el Registro en el plazo de tres días hábiles desde la notificación de la denegación y deberá ser resuelto de forma expresa en los cinco días hábiles siguientes³¹.

Se producirá la retirada del número de registro relativo a una unidad por comunicación de la baja de inscripción en el Registro por la persona arrendadora o por una administración pública en virtud de una resolución dictada en el ámbito de sus competencias, mediante la correspondiente resolución firme en vía administrativa de la que resulte la intervención o audiencia del interesado. En ambos casos determinará la cancelación de la nota marginal y su notificación al interesado, así como la comunicación a la Ventanilla Única Digital y la emisión, por parte de la Dirección General de Planificación y Evaluación de la resolución ordenando la retirada a las plataformas.

El número de registro no tiene vencimiento ni precisa renovarse, pero el interesado debe aportar al Registro un modelo informativo anual y anonimizado

sobre arrendamientos de corta duración constituidos y cuando del mismo resulte que se ha utilizado el número de registro para usos distintos de los que correspondan a su categoría y tipo, el registrador podrá retirar el número de registro correspondiente, lo que determinará también la revocación y cancelación de la nota marginal.

A los efectos de la comprobación de la finalidad de los alquileres, en caso de que existieran dudas fundadas sobre la realidad de la misma, a tenor del referido listado anual, se faculta al registrador para requerir documentación acreditativa complementaria —art. 10 ap.4 y 5 del Real Decreto—.

3. LIMITACIONES ADMINISTRATIVAS, URBANÍSTICAS Y CIVILES SUJETAS A CALIFICACIÓN

El registrador en su calificación debe verificar la ausencia de limitaciones que puedan impedir la asignación del número de registro y las mismas pueden tener un origen administrativo, urbanístico o civil.

Deben tenerse en cuenta, además, la existencia de otros requisitos generales sobre los que no nos detendremos.

En particular, debe destacarse el requisito de que cada unidad de alojamiento solo podrá tener asociado un número de registro por categoría y tipo de arrendamiento lo cual está sujeto a calificación registral.

Por ejemplo, una unidad de alojamiento podría contar simultáneamente con un número de registro de finalidad turística y un número de registro de finalidad no turística, siempre que concurren sus respectivos requisitos.

Otro de los requisitos generales que deberán considerarse por el registrador en su calificación será la no sujeción de la vivienda a algún régimen de protección oficial incompatible con su cesión en arrendamiento.

A Limitaciones administrativas.

De acuerdo con el art. 9.2 a) 5.º del Real Decreto 1312/2024, de 23 de diciembre, si la unidad está sujeta a un régimen de título habilitante como la autorización, licencia, visado o equivalente de acuerdo con la normativa aplicable, debe aportarse el documento que acredite el título habilitante necesario para su destino al uso previsto conforme a la ordenación autonómica o local aplicable.

De dicho precepto pueden destacarse dos requisitos claramente diferenciados: los requisitos para ejercer la actividad turística, que es cuestión de competencia autonómica y el requisito de la compatibilidad con la ordenación urbanística local.

El propio preámbulo del Real Decreto 1312/2024, de 23 de diciembre, destaca que a través de la nueva norma “*se evitará que puedan ser ofertadas viviendas en unas condiciones contrarias a las dispuestas por la normativa de las diferentes administraciones territoriales, permitiendo a todas ellas llevar a cabo sus labores de inspección y control de forma más eficaz.*”.

A estos efectos, téngase presente que de acuerdo al artículo 5 del Reglamento (UE) 2024/1028, cuya regulación desarrolla el citado Real Decreto, cuando el anfitrión declare que la unidad está sujeta a autorización, o cuando la demás información permita determinar de manera automática que se aplica el requisito de autorización, los Estados miembros podrán solicitar una copia de la autorización o una referencia clara a ésta³².

A la hora de examinar los requisitos administrativos exigibles en el marco del procedimiento de registro diferenciaremos, como hace el propio Real Decreto, entre el alquiler de corta duración turístico y el no turístico³³.

De acuerdo con el criterio causalista del que parte la legislación española, en la regulación del RD 1312/2024 el alquiler de corta duración se identifica con el arrendamiento de temporada del artículo 3.2 de la Ley 29/1994 y con el alquiler turístico regulado por la normativa sectorial al que se refiere el art. 5 e) de la misma ley.

En la actualidad, al tratarse la regulación de la actividad turística de una competencia autonómica hay que acudir a la misma para examinar los requisitos administrativos impuestos a los distintos tipos de alojamientos turísticos y a la actividad de servicios de alquiler con esta finalidad³⁴.

Mas dudosa resulta la diferenciación del concepto de alquiler vacacional dada su proximidad a la finalidad turística y el concepto amplio del que parte la legislación autonómica en esta materia³⁵.

Con todo, la distinción entre el alquiler turístico y el vacacional es relevante a ciertos efectos legales, como para la aplicación de la excepción de la mayoría de tres quintos permitida para aprobar o prohibir el alquiler turístico, que no es aplicable al vacacional.

En el caso de Andalucía, por ejemplo, se presume que existe finalidad turística cuando la vivienda sea comercializada o promocionada en canales de oferta turística. En este sentido, se considerarán canales de oferta turística las agencias de viaje, las empresas que medien u organicen servicios turísticos y los canales en los que se incluya la posibilidad de reserva del alojamiento —art. 3 Decreto 28/2016—.

Sin embargo, se excluyen de su ámbito las viviendas arrendadas por tiempo superior a dos meses computados de forma continuada a un mismo arrendatario —art. 1— por lo que en estos casos sería aplicable la regulación del arrendamiento por temporada.

Desde el punto de vista de los requisitos administrativos, en el caso andaluz, la presentación de una declaración responsable permite acceder al ejercicio de la actividad turística conforme al art. 30 de la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, del Turismo. A su vez, el art 38 de la Ley 13/2011 dispone que las personas y establecimientos turísticos deberán figurar inscritos en el Registro de Turismo de Andalucía.

A su vez, el art. 1.3 d) del Decreto 28/2016, de 2 febrero, de Consejería de Turismo y Deporte de Andalucía, señala que no podrán ser viviendas de uso turístico las viviendas reconocidas en situación de «asimilado a fuera de ordenación», salvo autorización previa expresa por parte del órgano competente municipal. Se trata de una limitación que puede impedir la asignación del número de registro a las viviendas inscritas conforme al art. 28.4 de la Ley de suelo.

Por su parte, en la Comunidad Valenciana, el artículo 47.4 del Decreto 10/2021, de 22 de enero, establece que la inscripción de las viviendas de uso turístico en el Registro de Turismo tendrá una validez de 5 años, con las excepciones expresamente reguladas.

Además, el apartado tercero impone que cada una de las viviendas de uso turístico deberá asociarse a una referencia catastral única e individualizada que responda a la realidad física, económica y jurídica del inmueble o, en su defecto, si se está tramitando una alteración catastral, al código registral único del inmueble, lo que impone la necesidad de inscribir la correspondiente modificación hipotecaria si la vivienda no dispone de referencia catastral propia.

Asimismo, y a diferencia de otras autonomías, el art. 65.3.b) de la Ley 15/2018, de 7 de junio, de turismo, ocio y hospitalidad de la Comunitat Valenciana, expresamente prohíbe el arrendamiento turístico de habitaciones, por lo que no será posible la asignación del número de registro a esta modalidad de alquiler.

B. Limitaciones derivadas de los principios registrales.

En el procedimiento para la asignación del número de registro pueden concurrir impedimentos derivados de la situación registral vigente al tiempo de su solicitud. Ello es una consecuencia de la aplicación de los principios registrales de tracto, especialidad, legalidad y el de legitimación registral, como ha reconocido la Dirección General en recientes resoluciones relativas a calificaciones sobre la expedición del número de registro.

El principio de tracto sucesivo se flexibiliza en el caso de actos de mera administración, lo que implica que el número de registro único de alquiler pueda solicitarse por cualquier titular de la finca, aunque no ostente el pleno dominio de la misma, por ejemplo, por tratarse de un condómino en el caso de comunidad

de bienes, o por uno solo de ambos cónyuges en el supuesto de finca inscrita con carácter ganancial. Siempre resultará exigible que se haga constar la representación del titular registral mediante apoderamiento, contrato de gestión, arriendo o subarriendo con facultad de explotar, admitiéndose incluso el documento privado con firma electrónica, firma OTP o firma del titular registral legitimada ante el registrador —RDGSJFP de 28 de julio de 2025—.

A estos efectos, en las legislaciones autonómicas en las que la licencia turística tiene naturaleza real no constituye defecto el que el titular de la licencia no concuerde con el titular registral —cfr. Resolución de 30 de julio de 2025—.

Así, la Resolución de 10 de julio de 2025, considera que debe calificarse la identificación precisa de la finca sobre la que se solicita, pues en consonancia con este principio de determinación y especialidad, el propio Real Decreto 1312/2024, de 23 de diciembre, en su artículo 9.2 exige expresar en la solicitud: «a) Para cada unidad: 1.º La dirección específica de la unidad, el Código Registral Único y su referencia catastral».

A su vez, la Resolución de 11 de julio de 2025, considera que, si la finca está descrita en construcción, debe inscribirse previamente el fin de obra con sus requisitos de acuerdo al principio de legitimación registral y al de legalidad.

La Resolución de 29 de julio de 2025 confirma el defecto relativo a existencia de discrepancias entre el número habitaciones que constan en la descripción registral de la finca (dos) y el número de habitaciones para que se solicita la asignación del número de registro único de alquiler (tres).

Por su parte, en el supuesto de la Resolución de 25 de junio de 2025, en el que el interesado había obtenido licencia de funcionamiento como vivienda de uso turístico, emitida por el Ayuntamiento de Madrid y la inscripción en el Registro de Empresas Turísticas de la Comunidad de Madrid, señala la Dirección que dado que la finca consta en el Registro de la Propiedad como local comercial, para que le fuese asignado el número de registro de alquiler, debería inscribirse previamente la escritura de cambio de uso de local comercial a vivienda.

No obstante, la posterior Resolución de 11 de julio de 2025 ya diferencia entre el arrendamiento de corta duración turístico que tiene plena cabida como uso comercial, y, por tanto, resulta compatible con el uso de «local comercial» adscrito a la finca en que dicha actividad pretende ejercerse, y el alquiler de temporada, éste solo admisible en fincas con la condición de vivienda.

Sin embargo, dicha resolución fue objeto de rectificación de errores por Resolución de 29 de octubre (BOE de 1 de noviembre) y la posterior de 30 de julio de 2025 ya señala que ambos tipos de arrendamiento de corta duración (temporada y turístico) deben ejercerse en todo caso en una unidad alojativa destinada registralmente a vivienda, pues pretenden satisfacer una necesidad de residencia

y por ello requieren que dicha unidad alojativa reúna las características de habitabilidad exigibles a una vivienda.

C. Limitaciones resultantes del régimen de propiedad horizontal o comunitario.

Uno de los requisitos impuestos por el Real Decreto para la expedición del número de registro es que del Registro de la Propiedad o del de Bienes Muebles no “resulte la existencia de resolución obstativa alguna, incluyendo, en su caso, la autorización, prohibición o limitación para tal uso conforme a la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal” —cfr. art. 9.2 a) 5.º del Real Decreto 1312/2024—.

Esta previsión obliga al registrador, a la hora de calificar la procedencia del citado número, a examinar el cumplimiento tanto de las normas imperativas de la Ley de Propiedad Horizontal, como la eventual existencia de cláusulas estatutarias inscritas en el Registro de la Propiedad que puedan resultar incompatibles con la asignación del citado número para alquiler turístico o no turístico, atendiendo a su respectiva naturaleza.

Aunque existen disposiciones que imponen limitaciones específicas al alquiler, no debe olvidarse que existen otros actos como construcciones, divisiones, segregaciones o agrupaciones que deben ser autorizados por la comunidad de propietarios, lo que puede constituir un requisito adicional para la asignación del citado número a una determinada unidad de alojamiento³⁶.

a La oponibilidad de la prohibición estatutaria inscrita.

El derecho a la propiedad privada constituye un derecho constitucionalmente reconocido —artículo 33 CE—, concebido ampliamente en nuestro ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las establecidas legal o convencionalmente que, en todo caso, deben ser interpretadas de un modo restrictivo.

No obstante, en el ámbito de la propiedad horizontal, se considera posible y aceptable establecer limitaciones o prohibiciones a la propiedad, que atienden a la protección del interés general de la comunidad. Dentro de estas limitaciones se encuentra la prohibición de realizar determinadas actividades o el cambio de uso del inmueble, pero para su efectividad deben constar de manera expresa y, para poder tener eficacia frente a terceros, deben aparecer inscritas en el Registro de la Propiedad —así lo afirma la STS, Sala Civil, 358/2018, de 15 de junio—.

De igual modo, la mera descripción del inmueble no supone por sí misma una limitación del uso o de las facultades dominicales, sino que la eficacia de una prohibición de esta naturaleza exige de una estipulación clara y precisa que la

establezca —cfr. STS de 23 de febrero de 2006 y 20 de octubre de 2008 y de 30 de diciembre de 2010—.

Esta doctrina tiene en la actualidad una especial relevancia en el caso del alquiler turístico, tras la norma introducida en la Ley sobre propiedad horizontal por el Real Decreto ley 7/2019, dado que en su art. 17.12 pasa a exceptuar de la regla general de la unanimidad la mayoría requerida para limitar, prohibir o condicionar el alquiler turístico regulado por normativa sectorial.

No obstante, esa excepción a la norma general de la unanimidad no alcanza a otros acuerdos relativos a otros usos de las viviendas o locales, como es, por ejemplo, el mero alquiler vacacional, la hospedería, residencias de estudiantes o viviendas turísticas en régimen distinto al específico derivado de la normativa sectorial turística —vid. las Resoluciones de 7 de febrero y 12 de diciembre de 2023, entre otras—.

De este modo, el registrador en su calificación debe tener en cuenta la posible existencia de estatutos o acuerdos comunitarios válidamente adoptados e inscritos de los que resulte la prohibición o limitación correspondiente.

Estos acuerdos no tendrán efectos retroactivos, como dice expresamente el artículo 17.12 LPH, por lo que, por razones de seguridad jurídica, tales limitaciones no resultarán aplicables a las viviendas en las que ya se estuviera ejerciendo la actividad, lo que podrá acreditarse mediante la inscripción previa en el Registro de Turismo u otro medio fehaciente.

En este último caso, por tanto, sería posible asignar número de registro, a pesar de la limitación estatutaria inscrita, cuando la fecha del acuerdo comunitario fuera posterior a la fecha del correspondiente título habilitante administrativo³⁷.

Pero también puede asignarse en el caso de que la fecha de adopción del acuerdo de la comunidad de propietarios que prohíbe el destino a alquiler turístico fuera anterior a la titulación administrativa pero la inscripción de la cláusula estatutaria fuera posterior, siempre que el propietario tuviera la condición de tercero respecto al acuerdo, de acuerdo con el principio de inoponibilidad de lo no inscrito —art. 5 LPH, 32 y 34 LH—.

Por el contrario, el adquirente de una vivienda destinada a uso turístico por el anterior propietario, no podrá desconocer la limitación estatutaria inscrita con anterioridad en el Registro de la Propiedad, que le será oponible incluso en el caso de que la licencia turística fuera de fecha anterior al acuerdo prohibitivo si éste no establece excepción respecto a la misma³⁸.

b. El examen de la cláusula estatutaria en cada caso.

La Dirección General ha tenido ocasión de pronunciarse en varias resoluciones sobre concretas cláusulas estatutarias, analizando en cada caso su compatibilidad con el alquiler turístico o no turístico de acuerdo con la jurisprudencia del

Tribunal Supremo —vid. por todas la STS de 18 de febrero de 2025 – ROJ: STS 725/2025—.

Así, la Resolución de 9 de mayo de 2025 considera que la prohibición estatutaria del desarrollo de la industria del hospedaje comprende el alquiler turístico.

Las Resoluciones de 13 de junio de 2025 y de Resolución 16 de julio 2025 consideran que la prohibición estatutaria de desarrollar actividad profesional, comercial, mercantil o industrial, comprende el alquiler turístico, en cuanto se considera una actividad económica e implica usos distintos del de vivienda y en los que concurre un componente comercial, profesional o empresarial.

La Resolución de 13 de junio de 2025 y la Resolución 17 de julio 2025 consideran que la cláusula estatutaria que establece que los pisos se destinarán a vivienda o domicilio personal de los propietarios o exclusivamente a residencia permanente, impide dar NRUA con la categoría de uso no turístico.

Por su parte, la Resolución de 18 de junio de 2025 y Resolución 10 de julio 2025 consideran que la cláusula estatutaria que impone la obligación de destinar las viviendas de que consta el edificio a hogar de sus propietarios o inquilinos, impide dar NRUA con la categoría de uso no turístico, pues la cláusula tiene el sentido de necesaria dedicación a un uso residencial y estable de los propietarios o inquilinos que impide dar el NRUA para el alquiler de temporada (y en especial para el de estudiantes). Este uso sería contrario y se opondría a la exigencia estatutaria de destino de los pisos.

En este punto conviene destacar la conveniencia de procurar la precisión en las cláusulas estatutarias que se adopten al amparo del artículo 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal, en el particular, de incluir expresamente la prohibición de la actividad de alquiler turístico regulado por la normativa sectorial para cuyo acuerdo es suficiente la mayoría reducida de tres quintos y diferenciarla de otros sometidos a la regla de unanimidad.

c. La reforma por Ley Orgánica 1/2025 y su retroactividad.

a) *Ámbito de aplicación.*

En materia de propiedad horizontal deben tenerse en cuenta las importantes modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, que entraron en vigor el 3 de abril de 2025³⁹.

Estos preceptos introducen un requisito novedoso en la vida de la comunidad como es el de obtener previamente al ejercicio de la actividad turística la aprobación expresa de la Comunidad de propietarios que deberá ser por el voto favorable de, al menos, las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación.

La exégesis de la nueva norma plantea varios interrogantes de los que expondremos algunas líneas fundamentales.

En primer lugar, la exigencia de acuerdo expreso aprobatorio es aplicable al propietario de “cada vivienda” que quiera “realizar el ejercicio de la actividad” y deberá obtenerlo con carácter previo a dicho ejercicio.

No obstante, dicha limitación no resulta aplicable a “aquel propietario de una vivienda que esté ejerciendo la actividad” por haberse “acogido previamente a la normativa sectorial turística”.

Entendemos que la norma, limitativa del derecho de propiedad, debe merecer una interpretación restrictiva y por tanto debe quedar limitada a aquellas fincas que tengan la consideración de vivienda y no a otras cuyo destino según el título constitutivo sea el de local destinado al ejercicio de actividades económicas o de otra índole.

A su vez, debe considerarse suficiente para que no resulte de aplicación el precepto el cumplir con los requisitos impuestos por la normativa sectorial con anterioridad al 3 de abril de 2025, sin que sea necesario que haya comenzado a ejercerla efectivamente antes de dicha fecha, como así ha entendido algún pronunciamiento judicial⁴⁰.

Este último es el criterio seguido por la Resolución 11 de julio de 2025 al afirmar que “en el caso de licencia o declaración responsable concedida antes del día 3 de abril de 2025, la regla general es que la asignación de número de registro único no requiere autorización previa de la junta”⁴¹.

Con más rotundidad se pronuncia la Resolución de 30 de julio de 2025 que afirma que para eludir la exigencia de aprobación expresa de la comunidad de propietarios, en defecto de previsión estatutaria al respecto, no basta con haber adquirido la vivienda con anterioridad al 3 de abril de 2025, sino que también se requiere cumplir los dos requisitos adicionales establecidos en la recién citada disposición adicional segunda, esto es, el uso turístico debe estar vigente en el momento de entrada en vigor de la Ley 1/2025.

Si bien en sede judicial podría existir una mayor libertad en la apreciación de la prueba, incluido en lo atinente a la fecha de inicio de las obras preparatorias, en el Registro de la Propiedad no se admiten los consentimientos tácitos ni presuntos, pues rige la exigencia de acreditación fehaciente basada en la licencia.

Añade dicha resolución que no nos encontramos ante una modificación estatutaria, sino legal: la exigencia de aprobación expresa de la comunidad deriva del nuevo régimen establecido en el artículo 7.3 de la Ley sobre propiedad horizontal y no de los estatutos. Su publicidad, por lo tanto, es legal, y esta prevalece sobre la registral.

b) Crítica.

Una de las cuestiones más controvertidas que plantea la reforma es la aplicación de la exigencia de aprobación comunitaria al que con posterioridad al 3

de abril, adquiere una vivienda de uso turístico en funcionamiento, incluso con número de registro en vigor.

Este es el criterio que parece asumir la Resolución de 30 de julio de 2025 antes citada y en la doctrina MURGA FERNÁNDEZ (p.1045, 2025).

Sin embargo, a nuestro juicio, existen argumentos que deben justificar otra interpretación.

En primer lugar, la reciente Sentencia de 12 de junio de 2025 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sostiene la necesidad de respetar situaciones consolidadas a favor de determinados propietarios como argumento de la inaplicabilidad de reformas legales posteriores ⁴².

En segundo lugar, el carácter real de la licencia turística en la mayoría de legislaciones autonómicas. En el caso particular de la licencia o el título habilitante de la actividad turística se trata de una licencia de naturaleza real que va vinculada al local en el que se instala con independencia del titular de la licencia ⁴³.

Ahora bien, como recuerda la STJCAT de Cataluña de 29 de julio de 2020 no puede desentenderse del hecho que la licencia es un acto reglado, una autorización de la administración para el ejercicio de una actividad, servicio, etc, bajo determinadas circunstancias, y su transmisibilidad no la convierte en un bien propiedad del licenciado que pueda disponer de ella en su facultad de *dominus*, como cualquier otro bien de su patrimonio ⁴⁴.

Si la licencia no puede considerarse un bien integrado en el patrimonio de su titular, entendemos que si cabe afirmar que afecta al contenido del derecho de propiedad una regulación que adiciona nuevos requisitos que implican la posibilidad de impedir su ejercicio y dependientes de un acuerdo de sujetos privados.

Es decir, si se mantuviera la tesis de que el adquirente posterior al 3 de abril quedaría sometido a la restricción, el derecho de propiedad de la finca, que comprendía el de uso y disfrute, incluso con destino a alquiler turístico, se ve limitado por una norma posterior que permite a la comunidad no solo vetar a futuro el inicio de la actividad, sino el de hacer cesar el ejercicio de la misma sobre una finca ya destinada a tal fin.

En esta línea parece postularse el catedrático de Derecho Civil GUTIÉRREZ JEREZ (2025,p.1826) quien sostiene que ningún propietario puede verse impedido para transmitir a un tercero su dominio sobre una vivienda, destinada legalmente ya (y con licencia concedida) en ese momento a arrendamiento para uso turístico, si el objeto que se vende no estaba afectado por prohibición alguna al tiempo de su legalización administrativa para tal uso específico, de suerte que el adquirente se subroga en la titularidad dominical con las características, cargas, gravámenes y restricciones que tuviere el titular anterior, siempre que tramite la subrogación subjetiva en el correspondiente procedimiento administrativo

En tercer lugar, en el voto particular que formulan los magistrados don Enrique Arnaldo Alcubilla y doña Concepción Espejel Jorquera a la STC 64/2025, de 13 de marzo, dictada en relación con diversos preceptos del Decreto-ley del Gobierno de la Generalitat de Cataluña 3/2023, de 7 de noviembre, al criticar las consecuencias derivadas del régimen transitorio de las nuevas licencias temporales, afirman que “la propia sentencia reconoce que se trata de un cambio de regulación que afecta al patrimonio de algunos ciudadanos, los titulares de viviendas habilitadas para el uso turístico. Tales titulares tenían un derecho patrimonial perfectamente delimitado e identificable, con un valor económico específico dentro de su patrimonio”.

Es decir, una cosa es la modulación administrativa por sucesivas normas de los requisitos de ejercicio de una actividad conforme al carácter estatutario del derecho de propiedad y otra bien distinta es el someter a un nuevo consentimiento colectivo el poder seguir destinando la vivienda al uso turístico legalmente establecido por el solo hecho de haber transmitido la finca.

En cuarto lugar, los pronunciamientos judiciales de otros órdenes como la STSJ de Aragón de 22 de mayo de 2025 que censura, sin anularlo, el artículo 40.5.1 del PGOU de Jaca que ya con anterioridad a la reforma establecía la necesidad de contar con autorización de la comunidad de propietarios para la apertura de establecimientos de hospedaje en plantas alzadas de edificios sujetos a régimen de propiedad horizontal. La sentencia afirma sobre el mismo que “se deposita en la decisión de un ente privado —la comunidad de propietarios— el desarrollo válido de una actividad económica y la explotación por su propietario de un bien de su propiedad, ... En definitiva, es la comunidad de propietarios la que va a decidir en cada caso si un comunero puede o no ejercer una determinada actividad, desde un punto de vista público...”.

En quinto lugar, el Tribunal Constitucional en sentencia 301/1993, de 21 de octubre declaró, con criterio ratificado por la posterior Sentencia 28/1999, de 8 de marzo, que en el régimen de propiedad horizontal la necesidad de compaginar los derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios y ocupantes de los pisos, justificaba 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, sin que ello pudiese afectar al art. 33 de la Constitución en cuanto al pleno reconocimiento de la propiedad privada, ni a su artículo 9 en cuanto a la seguridad jurídica como principio superior del Ordenamiento.

Por su parte, la STC 168/2023, de 22 de noviembre de 2023 afirma en relación al principio garantizado por el art. 9.3 CE, “sin seguridad jurídica no hay Estado de Derecho digno de ese nombre. Es la razonable previsión de las consecuencias jurídicas de las conductas, de acuerdo con el ordenamiento y su apli-

cación por los tribunales, la que permite a los ciudadanos gozar de una tranquila convivencia y garantiza la paz social y el desarrollo económico”.

En sexto lugar, cabe recordar asimismo el precedente establecido en Francia por la “*Ley Alur*” de 24 de marzo de 2014, cuya disposición similar fue anulada por sentencia del Consejo Constitucional francés de 20 de marzo de 2014 que declaró contrario a la Constitución el artículo 19, considerando que, a pesar de la razón relacionada con la lucha contra la escasez de viviendas de alquiler, ésta había permitido que la junta general de copropietarios vulnerara desproporcionadamente los derechos de cada uno de los propietarios.

Por esta razón, la reforma posterior por la “*Ley Le Meur*”, que modifica la Ley n.º 65-557 del 10 de julio de 1965, añade el artículo 8-1-1 para establecer la obligación de todo reglamento de copropiedad establecido a partir de la entrada en vigor de la Ley, el de mencionar explícitamente la autorización o la prohibición del alquiler de alojamientos turísticos amueblados, en lugar de un acuerdo aprobatorio *ad hoc* para cada caso.

En definitiva, si la limitación estatutaria inscrita es oponible al tercer adquirente quien es conocedor de la extinción limitada del dominio, aun contando con licencia administrativa, en el caso del nuevo artículo 7.3 de la Ley de Propiedad Horizontal nos encontramos ante una ley nueva aplicable a situaciones existentes.

Además, en el sistema instaurado por la LO 1/2025 el concreto destino turístico de la finca se hace depender de un acuerdo adoptado *ad hoc* por la Comunidad, sin el carácter general que debe predicarse a todos los acuerdos en sede de propiedad horizontal que afecten al disfrute de cada propietario —cfr. art. 17.4 in fine de la Ley de Propiedad Horizontal—.

Por tanto, una interpretación restrictiva del nuevo artículo 7.3 debe justificar la no aplicación de la exigencia de acuerdo aprobatorio para todas aquellas fincas no destinadas a vivienda, así como todas aquellas fincas en las que se viniera ejerciendo la actividad turística con anterioridad al 3 de abril de 2025.

De esta tesis habría que excepcionar a aquellas legislaciones que conciben la licencia con naturaleza personal (Comunidad Valenciana⁴⁵) obligando al nuevo titular al cumplimiento de sus requisitos *ex novo* o aquellas de las que deriva igual consecuencia por tratarse de una licencia temporal, una vez caducada (Cataluña).

En conclusión, el objetivo perseguido por el legislador puede conseguirse igualmente con la modificación estatutaria que recoja las correspondientes prohibiciones acordadas por la comunidad y su inscripción en el Registro de la Propiedad permite hacerlas cognoscibles por todos generando confianza en el tráfico jurídico.

D. Limitaciones urbanísticas.

De conformidad con la jurisprudencia europea antes citada, asumida por el Tribunal Supremo español, las corporaciones locales están plenamente legitimadas para promover la ordenación urbana necesaria para conciliar el derecho a la vivienda con el destino de determinadas viviendas destinadas a uso turístico, pues la protección del entorno urbano constituye una razón imperiosa de interés general que matiza y limita la libertad de empresa y la libertad de establecimiento establecida por la Directiva de Servicios 2006/123/CE.

Como destaca la Sentencia 292/2019 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco *“concurre un claro interés público en preservar la convivencia mediante una correcta ordenación de los usos, y si resulta necesaria la ordenación del uso en aras de preservar el derecho a acceder a una vivienda digna de los ciudadanos y el entorno urbano, parece razonable hacerlo en términos que la ordenación contribuya a minimizar las molestias que el uso de Viviendas con Fines Turísticos puede conllevar para los residentes”*⁷⁴⁶.

Observa AGUIRRE FONT (2021,p.38) que muchos ayuntamientos han intentado en los últimos años, sin habilitación legal previa, introducir regulaciones o limitaciones adicionales a las viviendas turísticas. Las soluciones adoptadas, mediante ordenanzas municipales, de regímenes jurídicos que desvirtúan la declaración responsable o la comunicación previa o bien introducen directamente regulaciones propias del planeamiento urbanístico en la ordenanza, han acabado anuladas cuando han llegado a los tribunales.

La alternativa a esta infructuosa vía, como han señalado las SSTs 1550/2020, de 19 de noviembre y 75/2021, de 26 de enero, es la intervención de las viviendas turísticas a través del planeamiento urbanístico que, en palabras del propio Supremo «cuenta con un claro respaldo y legitimación democrática», y además permite «un mayor grado de participación y conocimiento de la concreta realidad local».

Esto supone que la utilización de viviendas o locales para uso turístico puede estar sometida a determinados requisitos regulados por las ordenanzas urbanísticas y, por tanto, la acreditación de su cumplimiento mediante el oportuno título habilitante, sea licencia, declaración responsable u otro previsto por la normativa aplicable.

- a. El requisito del título habilitante de naturaleza urbanística para la asignación del NRUA.

De acuerdo con el art. 9.2 a) 5.º del Real Decreto 1312/2024, de 23 de diciembre, si la unidad de alojamiento está sujeta a un régimen de título habilitante

como la autorización, licencia, visado o equivalente de acuerdo con la normativa aplicable, debe aportarse el documento que acredite el título habilitante necesario para su destino al uso previsto conforme a la ordenación autonómica o local aplicable⁴⁷.

Por tanto, el registrador debe atender también a la normativa urbanística aplicable en cada municipio y exigir el oportuno título habilitante expedido por el órgano competente en orden a acreditar el cumplimiento de los requisitos impuestos a un determinado uso para que sea procedente la asignación del número de registro de alquiler.

Por ejemplo, en el caso de la ciudad de Sevilla, el art. 6.3.1.2 de las normas urbanísticas del Plan General, tras su modificación puntual núm.44 excluye del concepto de vivienda las edificaciones o parte de las mismas destinadas al uso de hospedaje.

En particular, el artículo 6.5.19 dispone que la utilización de una vivienda con fines turísticos supone la implantación en la misma de un servicio terciario de hospedaje, por lo que requiere tramitar un cambio de uso.

Una excepción en la normativa sevillana la constituye el alquiler por habitaciones, que se considerará uso residencial siempre que la persona propietaria resida en la misma, que el número de plazas no exceda de seis y cumpla los demás requisitos establecidos por la normativa turística, por lo que en estos casos no será necesario el cambio de uso a hospedaje.

Por su parte, el apartado noveno de la Circular de 5 de marzo de 2024 del Ayuntamiento de Sevilla señala que la adecuación a vivienda de uso turístico no supone el cumplimiento de las condiciones urbanísticas del uso residencial de vivienda, por lo que no se podrá utilizar como vivienda habitual, salvo que se tramite un cambio de uso a vivienda, o se trate de un cambio de uso a vivienda de uso turístico de una vivienda ya existente.

Es decir, en Sevilla, salvo que se trate de la transformación de una vivienda a su uso turístico, no cabe considerar como vivienda a aquel local en el que se haya implantado el uso de hospedaje.

Por tanto, en el caso de la ciudad de Sevilla, el título urbanístico habilitante para la utilización de una finca completa para su alquiler como vivienda de uso turístico será⁴⁸:

- La Declaración Responsable de Cambio de Uso (Modelo 5.1) presentada en el Ayuntamiento, sin que conste declarada su ineficacia por resolución posterior, y además,
- La Declaración Responsable de Utilización (Modelo 17.bis), que será una declaración responsable de utilización para el uso del hospedaje de viviendas con fines turísticos, sin que conste declarada su ineficacia por resolución posterior⁴⁹.

No obstante, es importante destacar que no es competencia del registrador el calificar el cumplimiento de la normativa urbanística, sino que su actuación debe quedar limitada a la exigencia del oportuno título urbanístico habilitante previsto en cada caso, para lo que sí deberá tener en cuenta la normativa autonómica y local aplicable en materia de urbanismo.

b. Las licencias temporales de uso turístico.

Frente al régimen tradicional de la licencia, vinculada con carácter real a la finca y de naturaleza indefinida, algunos ordenamientos han aplicado a las viviendas de uso turístico el régimen de temporalidad a las autorizaciones⁵⁰.

Por tanto, la eventual existencia de normativas autonómicas y locales que regulen un régimen de licencias de carácter temporal debe ser tenida en cuenta por el registrador en su calificación para la asignación del NRUA, justificando su denegación o incluso revocación motivada por la extinción del título habilitante.

Se trata de una innovación introducida en el régimen tradicional de licencias de actividad que, a nuestro juicio, responde mejor a la naturaleza temporal de la actividad de alquiler de viviendas para uso turístico y a la necesidad de acomodar su autorización a las necesidades de una zona de la ciudad en cada momento⁵¹.

Además, la temporalidad de la actividad puede deberse a una decisión motivada del Municipio, pero también obligada por estatutos privados de Comunidades de vecinos que resulten oponibles a adquirentes posteriores.

En este sentido, AGUIRRE FONT (2021, p.39) considera necesario plantearse una adecuación del actual marco legislativo que avance hacia un régimen más respetuoso con la Directiva de Servicios y con el 8.1 de la Ley 17/2009 que garantice que este número limitado de títulos habilitantes –allí donde está justificado por razones urbanísticas– tengan una duración limitada y que en el procedimiento de concesión se garantice el cumplimiento de los principios de publicidad, objetividad, imparcialidad, transparencia y concurrencia competitiva.

En esta línea, en la Comunidad de Cataluña, la disposición adicional vigésima séptima sobre régimen urbanístico de las viviendas de uso turístico introducida al texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña por Decreto-ley 3/2023, de 7 de noviembre, establece que las licencias urbanísticas de viviendas de uso turístico tienen una limitación temporal de cinco años, prorrogables por periodos de igual duración, siempre que el planeamiento urbanístico lo permita.

A propósito de esta regulación catalana, la STC del Pleno 64/2025, de 13 de marzo de 2025⁵², concluye que no incurre en desproporción la limitación de la duración de dichas licencias, pues esta previsión, además de ser acorde con la vocación de temporalidad del sistema introducido por el Decreto-ley 3/2023

—que prevé el sometimiento a revisión cada cinco años de su propio ámbito de aplicación—, es una medida necesaria para garantizar que, allí donde persistan los problemas afrontados, exista la posibilidad de que nuevos operadores accedan al mercado de la vivienda de uso turístico.

A su vez, la nueva disposición adicional vigesimoséptima establece en su inciso final que «[e]n el otorgamiento de las licencias, y sus prórrogas, los municipios deben garantizar el cumplimiento de los principios de publicidad, objetividad, imparcialidad, transparencia y concurrencia competitiva».

c. La calificación del registrador de la compatibilidad del uso o destino que consta en la descripción registral.

Nuestra legislación hipotecaria no impone especiales precisiones en cuanto al uso o destino de las fincas, sino que únicamente requiere identificar la naturaleza de la finca expresando si es rústica o urbana, y el nombre con las que las de su clase sean conocidas en la localidad —art.51 RH—. Sin perjuicio de que, cuando conste acreditada, se exprese por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refiera —art. 9 LH—.

Según constante y reiterada doctrina jurisprudencial —entre otras, Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1989 y 31 de diciembre de 1999 —, la fe pública registral del artículo 38 de la Ley Hipotecaria actúa asegurando la existencia y contenido jurídico de los derechos inscritos (existencia del derecho real, titularidad y contenido del mismo), pero no garantiza la exactitud de los datos de puro hecho relativos a la descripción de las fincas, de tal manera que la fe pública registral no se extiende a los datos y circunstancias de mero hecho que se constatan en el Registro, tales como la naturaleza, situación, linderos y superficie de la finca inscrita, porque “el Registro de la Propiedad, carece de una base física fehaciente, ya que reposa sobre simples declaraciones de los otorgantes.”.

De igual modo, también es doctrina de la Sala —sentencia 30 de diciembre de 2010; 23 de febrero de 2006 y 20 de octubre de 2008 —considerar que la mera descripción del inmueble no supone una limitación del uso o de las facultades dominicales, sino que la eficacia de una prohibición de esta naturaleza exige de una estipulación clara y precisa que la establezca.

No obstante, hemos de recordar que conforme al artículo 12 del TRLSRU el derecho de propiedad del suelo comprende las facultades de uso, disfrute y explotación del mismo conforme al estado, clasificación, características objetivas y destino que tenga en cada momento, de acuerdo con la legislación en materia

de ordenación territorial y urbanística aplicable por razón de las características y situación del bien.

Además, desde la ley 8/1990, la descripción registral de los elementos edificados susceptibles de aprovechamiento independiente ya no se basa en la mera declaración de los otorgantes pues se encuentra sujeta a la acreditación de su conformidad a la ordenación reguladora de los usos del suelo —cfr. artículos 28 del TRLSRU y 45 y 46 del RD 1093/1997⁵³.

Por tanto, la descripción registral de la finca, aunque pueda diferenciarse conceptualmente de su calificación administrativa a una fecha determinada, debe ser calificada de forma acorde a la misma dado el contenido estatutario del derecho de propiedad.

Con independencia del alcance de los principios de legitimación y de fe pública respecto a la descripción registral, en el particular relativo al uso o destino legítimo de la finca⁵⁴, las exigencias derivadas de los principios de especialidad y legalidad imponen que en la calificación se verifique si la descripción registral de la finca es coherente con el acto que pretende acceder al Registro.

En este punto no cabe desconocer que la ordenación de usos del suelo no es estática sino dinámica, no solo por las modificaciones sucesivas de la misma, sino también porque pueden existir usos del suelo disconformes que deban ser respetados (usos consolidados)⁵⁵.

Por lo que no cabe duda que el registrador en su función calificadora debe velar por la compatibilidad del uso o destino con el que se describe la finca y el acto que se pretende inscribir, estando habilitado para requerir la oportuna intervención del órgano competente en materia de disciplina urbanística para verificar la compatibilidad con la regulación de usos pormenorizados y su carácter de principal o compatible en función de cada zona de ordenación, función que es de exclusiva competencia municipal.

Como hemos destacado, desde la legislación estatal de 1990⁵⁶, los registradores desempeñan una función colaboradora en la prevención del ilícito urbanístico en los actos de edificación y ello impone la necesidad de procurar la correspondencia entre la descripción de la finca que pretende acceder a los libros y la ordenación de los usos que de la misma resultan admisibles.

A su vez, ello redundará en beneficio del tercero que consulta el contenido de la publicidad registral pues debe poder confiar en que el registrador ha exigido el oportuno título habilitante urbanístico y que, en caso de contravención, la Administración no ha iniciado acciones de restablecimiento de legalidad —art. 65.3 TRLSRU—.

Al mismo tiempo, dada la tendencia de la actual legislación urbanística a la mayor precisión en la definición de los usos admisibles y el hecho de que las propias normas urbanísticas definan conceptos diferenciados con sus correspon-

dientes requisitos (vivienda, apartamento, residencia,...)⁵⁷ resulta conveniente que la descripción registral recoja igualmente tal diferenciación conforme al principio de especialidad.

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública ha tenido ocasión de pronunciarse en varias resoluciones recientes sobre la competencia del registrador para calificar la compatibilidad entre el uso que figura en el Registro y el arrendamiento de corta duración cuya comercialización mediante plataformas en línea queda habilitada en virtud de la asignación del número de registro único, en función de su modalidad turístico o no turístico⁵⁸.

Así, la Resolución de 25 de junio de 2025, cuatro Resoluciones de 11 de julio de 2025 y cinco Resoluciones de 17 de julio de 2025, en recursos interpuestos contra la nota de calificación de registradores de Madrid, confirman la necesidad de acreditar que el alquiler de corta duración es compatible, según su modalidad, con la calificación urbanística correspondiente a la finca sobre la que se solicita, exigiendo la oportuna licencia o título que habilite el cambio de uso preceptivo.

En el supuesto de la Resolución de 11 de julio de 2025, que cita la STJM de 14 de enero de 2021, afirma: “Ocurre sin embargo que el uso que pretende no es residencial sino terciario y por lo tanto no está amparado por la licencia de primera ocupación siendo precisa una licencia que cambie el uso urbanístico(...)”, y continúa señalando que “ninguna equiparación puede pretenderse entre el uso residencial, caracterizado por las notas de estabilidad y permanencia, con el terciario en su clase de hospedaje. La distinta naturaleza y la diferente finalidad de uno y otro justifican también un tratamiento diverso”.

La resolución citada concluye que el arrendamiento de corta duración turístico tiene plena cabida como uso comercial, y, por ende, resulta compatible con el uso de «local comercial» adscrito a la finca en que dicha actividad pretende ejercerse.

En el caso de arrendamiento no turístico, como pudiera ser, por ejemplo, el arrendamiento de temporada previsto en el artículo 3.2 de la Ley 29/1994, que expresamente considera tales arrendamientos como «de uso distinto del de vivienda», por oposición al artículo inmediatamente anterior de la misma ley, de modo que es arrendamiento para uso distinto del de vivienda todo aquel cuyo destino primordial no «sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario».

De esta definición parece deducirse que el legislador nacional no considera el arrendamiento de temporada como una actividad comercial, sino que se trata de dos categorías separadas. En particular, se advierte que el arrendamiento por temporada, como pudiera ser el de estudiantes universitario durante el periodo lectivo, que suele abarcar los meses de septiembre a junio (esto es, menos de un año natural), no queda englobado dentro de la categoría de arrendamiento de vi-

vienda, no porque no pretenda satisfacer una necesidad de vivienda del arrendatario, sino porque no pretende satisfacer una necesidad «permanente» de vivienda del arrendatario. La actividad, por lo tanto, es principalmente residencial y no comercial, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de alquiler turístico.

Por tanto, según esta tesis se diferencia entre el arrendamiento de corta duración turístico que tiene plena cabida como uso comercial, y, por tanto, resulta compatible con el uso de «local comercial» adscrito a la finca en que dicha actividad pretende ejercerse, y el alquiler de temporada, éste solo admisible en fincas con la condición de vivienda.

Sin embargo, dicha resolución de 11 de julio fue objeto de rectificación de errores por Resolución de 29 de octubre (BOE de 1 de noviembre) y la posterior de 30 de julio de 2025 ya señala que ambos tipos de arrendamiento de corta duración (temporada y turístico) deben ejercerse en todo caso en una unidad alojativa destinada registralmente a vivienda, pues pretenden satisfacer una necesidad de residencia y por ello requieren que dicha unidad alojativa reúna las características de habitabilidad exigibles a una vivienda.

Por este motivo, no es posible asignar un número de registro único de alquiler a una unidad de alojamiento cuyo uso inscrito no sea el de vivienda sino el de local comercial.

Dicho criterio es coherente con el criterio fiscal establecido por resolución del TEAC de 5 de diciembre de 2019 sobre la clasificación catastral de las viviendas de uso turístico que considera, por definición, viviendas por sus características constructivas.

A nuestro juicio, el criterio gubernativo debería ser matizado pues la posibilidad de implantar viviendas de uso turístico en locales comerciales sin necesidad de cambio de uso se encuentra contemplada expresamente por distintas normas autonómicas o locales, debiendo estarse a los requisitos impuestos por las mismas⁵⁹.

De acuerdo a dichas normas especiales la transformación de un local a vivienda de uso turístico no siempre determina la aptitud de la finca para su uso como vivienda aunque sí como alojamiento temporal. En estos casos, siguiendo este planteamiento, la descripción registral debería ser la de alojamiento y no la de vivienda.

En definitiva, en la asignación del número de registro el registrador debe valorar también la correspondencia entre la descripción registral de la finca y el uso turístico o no turístico para el que se destina el alquiler, por cuanto ello puede ser determinante de la exigencia de un título administrativo habilitante o incluso de la necesidad de modificar la descripción de la finca, en el marco de la función colaboradora que desempeñan los registradores en el cumplimiento de la legalidad urbanística.

d. El control de la residencialización.

Si el uso turístico de viviendas calificadas como uso residencial constituye un problema de gran magnitud que ha obligado a la adopción de diversas medidas normativas, existe de otra situación concerniente al uso o destino de la finca que comporta consecuencias relevantes tanto para la efectividad de los objetivos del planificador territorial como para la seguridad jurídica de los propietarios.

En algunas regiones de España, especialmente en Canarias desde hace ya algunos años, se lleva afrontando el problema derivado de la utilización como vivienda de unidades de alojamiento construidas para su destino turístico de carácter temporal.

Las consecuencias derivadas de la denominada residencialización son muchas e importantes, constituyendo una contravención del destino previsto y ordenado por el planificador territorial y urbanístico que compromete el modelo de ciudad y su disfrute por los ciudadanos que la habitan.

La legislación canaria desde 1990 ha ido en una línea constante de declaración de la incompatibilidad entre los usos residencial permanente y turístico promoviendo, desde el año 2003, la especialización de usos⁶⁰.

En concreto, el art. 5 de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, establece que, en los establecimientos turísticos autorizados en suelos de uso turístico, independientemente de que se hayan erigido en parcelas o solares con uso mixto, no se permitirán cambios de uso de sus unidades de alojamiento turístico en residenciales.

Por su parte, el artículo 23 contempla el deber de atenerse al uso turístico, esto es, el deber de los titulares de los establecimientos turísticos de destinarlos al ejercicio de la actividad turística, de alojamiento o complementaria, conforme a la calificación de uso asignada a la parcela por el planeamiento, y la del inmueble construido en ella según la licencia obtenida en el momento de su edificación, así como atenerse a las limitaciones respecto al uso impuestas por el planeamiento, la legislación sectorial o de carácter convencional que le sean aplicables.

El mismo precepto, en su apartado segundo, señala que los titulares de los establecimientos turísticos deberán hacer constar en el Registro de la Propiedad el uso a que está destinado la parcela y el inmueble, así como las limitaciones a la modificación del mismo según lo señalado. Dicha constancia “se incluirá al inscribir la obra nueva o escritura de división horizontal, o bien mediante certificación municipal o cédula urbanística en los casos de edificaciones ya construidas, de conformidad con lo establecido en la normativa registral”⁶¹.

En la legislación regional más reciente, sin embargo, se han ido introduciendo medidas de flexibilización posibilitando cambios de uso en determinados supuestos —art. 3 del Decreto-ley 2/2025, de 17 de marzo— o el reconocimiento

de usos consolidados por su antigüedad —art. 361.6 de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias—.

El caso de la legislación canaria constituye un buen ejemplo de análisis del fenómeno turístico y su tensión con el uso residencial que permite concluir que no solo existen distorsiones cuando las viviendas se utilizan para alojamiento temporal turístico, sino también cuando los alojamientos turísticos se transforman en viviendas de residencia permanente.

De igual modo, el ejemplo canario demuestra la necesidad de que el planificador conozca y se adapte a la realidad de la ciudad y de los ciudadanos, concrete los usos a los que deben destinarse cada área de ordenación y que, en determinados supuestos, el Municipio reconozca situaciones que puedan considerarse consolidadas por razones de seguridad jurídica⁶².

El Registro de la Propiedad, si bien sometido al principio de rogación, debe tender a describir las fincas conforme su uso o destino legítimo que permita el disfrute pleno por su propietario o inquilinos del inmueble, en el sentido que no se encuentre impedido por limitaciones de índole civil o urbanística que puedan motivar acciones de cesación. A su vez, la publicidad registral debe permitir al tercero, adquirente o arrendatario, conocer tales limitaciones —cfr. arts. 11.5, 28.4 y 65.2 del TRLSRU—.

En el marco del procedimiento de registro único de arrendamientos el registrador debe denegar la asignación del número de registro cuando la modalidad de alquiler sea incompatible con el uso o destino de la finca, sea el de vivienda, local o sea el de algún tipo de alojamiento turístico regulado no susceptible de ser transformado en vivienda, salvo que se encuentre autorizado por el órgano urbanístico competente y se modifique la descripción registral de la finca para acomodarla a su uso o destino estatutario.

V. CONCLUSIONES

I. La consecución del objetivo de una ciudad sostenible requiere de la existencia de instrumentos jurídicos que, teniendo en cuenta las necesidades del conjunto de los ciudadanos que la habitan, garanticen su acceso igualitario a las dotaciones, servicios y espacios públicos haciendo posible la efectividad del derecho a la vivienda o, en términos más apropiados, el derecho a habitar la ciudad.

II. Resulta esencial que autoridades, estatales, regionales o locales, dispongan de herramientas que les permitan conocer con la mayor precisión posible cuáles son las necesidades de los habitantes de la ciudad, el uso de los diferentes espacios de la misma y articular medios que permitan evitar actividades contrarias al modelo de ciudad decidido por los ciudadanos y que comprometan su sostenibilidad.

III. Al mismo tiempo, las autoridades deben garantizar el ejercicio de los derechos económicos, sociales, culturales o medioambientales de los ciudadanos en plenas condiciones de igualdad y seguridad jurídica.

IV. Un caso particular de actividades que pueden poner en riesgo la sostenibilidad y habitabilidad del entorno urbano lo constituye el mercado de alquiler de corta duración de viviendas, dada su dimensión global potenciada por la comercialización en plataformas.

V. En España, el Registro Único de Arrendamientos constituye una novedosa función registral destinada a proporcionar seguridad jurídica al mercado de alquiler, pero también constituye un interesante instrumento jurídico para consecución del objetivo de una ciudad sostenible y la conformación del derecho a la ciudad.

Frente a otros países europeos en los que la función de registro se ha encomendado a órganos administrativos, en España dicha función ha sido asignada al Registro de Propiedad y al de Bienes Muebles.

VI. En la medida que entre los objetivos del procedimiento de registro único se encuentra el de proporcionar seguridad jurídica y confianza en el marco de las relaciones civiles inter privados a la hora de suscribir contratos de arrendamiento, existe un evidente “punto de contacto” con la materia inscribible. A su vez, los poderes públicos pueden servirse de una institución que, aunque se desenvuelve en el campo privado, es una eficaz colaboradora a la actuación administrativa.

VII. Los efectos específicos del número de registro único que se asignará a cada unidad de alojamiento son el de constituir requisito para su oferta en las plataformas en línea de alquiler de corta duración y el de informar de la asignación del referido número mediante su constancia por nota marginal y su publicidad registral, lo que no supone desvirtuar el contenido y los efectos que son consustanciales al Registro de la Propiedad.

VIII. En la expedición del número de registro se calificarán cuestiones como la legitimación del titular o la ausencia de limitaciones civiles oponibles a tercero, pero también el cumplimiento de requisitos administrativos y urbanísticos que se desenvuelven al margen de la protección registral y en los que el registrador se limitará a solicitar el correspondiente título habilitante previsto por la normativa autonómica o local aplicable.

IX. La reciente reforma de la normativa de propiedad horizontal debe ser objeto de interpretación restrictiva. El objetivo perseguido por el legislador puede conseguirse igualmente con la modificación estatutaria que recoja las correspondientes prohibiciones acordadas por la comunidad y su inscripción en el Registro de la Propiedad permite hacerlas cognoscibles por todos generando confianza en el tráfico jurídico.

X. El registrador debe denegar la asignación del número de registro cuando la modalidad de alquiler sea incompatible con el uso o destino de la finca, sea el de vivienda, local o sea el de algún tipo de alojamiento turístico regulado no susceptible de ser transformado en vivienda, salvo que se encuentre autorizado por el órgano competente y se modifique la descripción registral de la finca para acomodarla a su uso o destino estatutario.

XI. Los sistemas de registro de alquileres basados la expedición de un código como requisito de su comercialización en plataformas, instalados ya en diferentes ordenamientos, vienen a constituir un instrumento relevante tanto para la seguridad jurídica de este mercado, como en el diseño y ejecución de las políticas urbanas, correspondiendo exclusivamente a la autoridad competente el definir la configuración de una ciudad que no debe ser estática sino ir ligada a la propia evolución de la sociedad que la habita.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

- AGUIRRE FONT, J.M. La regulación municipal de las viviendas de uso turístico: soluciones a través del urbanismo. N.º 15, 2021, págs. 24-41.
- BOTELLO HERMOSA, J. M. (2024). La dudosa constitucionalidad de la actual regulación autonómica en materia de viviendas de uso turístico: Una crítica desde la perspectiva jurídico-privada. *Derecho Privado Y Constitución*, (45), 171–205.
- GUILLÉN NAVARRO, N.A. Las viviendas de uso turístico en el contexto internacional. Visiones regulatorias en las ciudades de San Francisco, Nueva York, Londres, Berlín y Ámsterdam. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N.º 60, 2023, págs. 125-159.
- GUTIÉRREZ JEREZ, L.J.. Las prohibiciones de uso y destino turístico acordadas por las comunidades de propietarios y su situación tras las reformas por LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia y por el RD 1312/2024 de 23 de diciembre por el que se regula el procedimiento de registro único de arrendamientos. (2025). *Revista Crítica De Derecho Inmobiliario*, 810, 1821–1867.
- HERMOSO MESA, D. Complejos turísticos en Canarias y el Registro de la Propiedad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Año n.º 85, N.º 714, 2009, págs. 1715–1768.
- HERMOSO MESA, D. La calificación turística de la parcela y del inmueble: constancia en el Registro de la Propiedad: Ley 2/2013 de renovación y modernización turística de Canarias. *Boletín del Colegio de Registradores de España*, N.º 11, 2014, págs. 2108–2120.
- JIMÉNEZ RUIZ, A. Implicaciones prácticas del Real Decreto 1312/2024, de 23 de diciembre, en el alquiler de habitaciones. (2025). *Revista Crítica De Derecho Inmobiliario*, 810, 1869–1903.
- MATAS BENDITO, M. La calificación del registrador de la propiedad en el procedimiento del registro único de arrendamientos: el título habilitante necesario para el destino

- conforme al uso previsto en la ordenación autonómica o local aplicable”. Boletín del Colegio de Registradores de España, N.º 133, 2025, págs. 12-64.
- MORALES MATOS, G. GARZÓN BECKMANN, A. MONZÓN, P. MARTÍNEZ, R. LEÓN GONZÁLEZ, C., CHÁVEZ SANTANA, I. Conflictos de uso turístico y residencial en Canarias. *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo*, N.º 194, 2025.
- MURGA FERNÁNDEZ, J. P. Tratado de Derecho de la vivienda. Agencia del Boletín Oficial del Estado, 2025.
- PAREJO ALFONSO, L. (2015). Urbanismo temporal, derecho a la ciudad y marco estatal de las políticas urbanas. *Revista Práctica Urbanística*, 136, 6-16.
- PONCE SOLÉ, J. Del derecho a la vivienda al derecho a la ciudad, o «entorno urbano», como razón imperiosa de interés general para delimitar el derecho de propiedad sin expropiarlo: la Sentencia del Tribunal Constitucional 64/2025, de 13 de marzo, sobre uso turístico de viviendas. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n.º 378, 2025, págs. 19-58.
- ZAMORANO WISNES, J. El derecho a la ciudad sostenible. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, N.º 15, abril 2021, págs. 86-106.

NOTAS

¹ El mérito que pueda tener este estudio se debe fundamentalmente a la fiel compañía durante su elaboración de mi hijo Gonzalo, nacido en febrero de este año, y a mi mujer Lourdes, por su consejo y por tanto que no soy capaz de expresar en estas escasas líneas.

² Vid.PAREJO ALFONSO (2015,p.2).

³ Cfr.La Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad (Barcelona, septiembre de 2005).

⁴ La Nueva Agenda Urbana a se aprobó en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Vivienda y el Desarrollo Urbano Sostenible (Hábitat III) celebrada en Quito, Ecuador, el 20 de octubre de 2016. La Asamblea General de las Naciones Unidas refrendó la Nueva Agenda Urbana el 23 de diciembre de 2016 —párrafo 11 de la Resolución 71/256—.

⁵ En Francia, la *Loi d’Orientation sur la Ville* (n.º 91-662 del 13 de julio de 1991) lo define en su art. 1. Este derecho también está incorporado con distintas definiciones en la Constitución de Ecuador (art. 31) o el Estatuto de la Ciudad en Brasil establecido por Ley N.º 10.257 de 10 de julio de 2001, que reglamenta los artículos 182 y 183 de la Constitución Federal.

⁶ Vid.PAREJO ALFONSO (2025, p.2).

⁷ En el año 2050 aproximadamente el 68 % de la población vivirá en la ciudad, lo que supone que la mitad de las infraestructuras urbanas necesarias están todavía por construir —vid. Considerando 47 de la Directiva (UE) 2023/1791, de 13 de septiembre de 2023, relativa a la eficiencia energética—.

⁸ En igual sentido, vid. ZAMORANO WISNES, 2021,págs. 86-106.

⁹ En esta línea se enmarca el reciente “Plan Reside” de la ciudad de Madrid, aprobado definitivamente el 27 de agosto de 2025, por el Consejo de Gobierno de la Comunidad, cuyos fines no solo van encaminados a actuar sobre la vivienda, sino que adopta una perspectiva más general de estrategia urbana. Los fines concretos que se pretenden conseguir mediante la Modificación Puntual son los siguientes:

— *La protección de la calidad de vida de las personas residentes, sin menoscabo del desarrollo económico. Para ello se incentiva la concentración del uso de hospedaje en los ejes destinados a uso terciario, así como la implantación de una oferta de servicios al turismo de calidad.*

— *La recuperación e incremento del parque de vivienda en la zona central de la ciudad, al objeto de destinarlo a un uso de residencia habitual, generando un entorno cotidiano amable para los residentes.*

— *Crear condiciones adecuadas para la recuperación y puesta en valor del patrimonio arquitectónico, permitiendo su reutilización para destinos que sean compatibles con sus valores arquitectónicos, ambientales, históricos y cultural”.*

¹⁰ Sobre la gravedad del problema en Canarias y las diversas medidas normativas adoptadas desde los años noventa vid. MORALES MATOS y otros, 2025.

¹¹ En este sentido, es de particular interés la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Aragón al examinar en varias de sus resoluciones —por todas la STJA de 22 de mayo de 2025— el artículo 40.5.1 del PGOU de Jaca —tras su modificación n.º 21 de 21 de junio de 2017— que establece la necesidad de contar con autorización de la comunidad de propietarios para la apertura de establecimientos de hospedaje en plantas alzadas de edificios sujetos a régimen de propiedad horizontal.El Tribunal aunque no anula el precepto, pero argumenta que es dudoso que el artículo 40.5.1 del Plan General de Ordenación Urbana de Jaca no se extralimite en su competencia a la luz del principio de jerarquía normativa.

¹² Una visión comparativa de las regulaciones locales de algunas de las ciudades más turísticas puede verse en GUILLEN NAVARRO (2023).

¹³ <https://www.nysenate.gov/newsroom/press-releases/2024/michelle-hinchey/hinchey-fahy-deliver-first-its-kind-short-term-rental>.

¹⁴ En febrero de 2025, la gobernadora Hochul firmó una enmienda del capítulo (Capítulo 99 de las Leyes de 2025 – S.820 / A.5686) creando el marco final para que los condados implementen esta nueva legislación.

¹⁵ Cfr. GUILLEN NAVARRO (ob.cit.,2023, p.132).

¹⁶ <https://www.nyc.gov/site/speciaenforcement/registration-law/registration-and-listing-data.page>.

¹⁷ <https://www.lodgify.com/blog/local-law-18-one-year-report/>.

¹⁸ En particular, se justifica que los anuncios de corta estancia con registro generan, en promedio, entre 5.200 y 7.200 dólares más al año que los que no la tienen. *Vid.* VOLTES-DORTA, A. Estimating the implicit value of a short-term rental license. A case study of Airbnb survivals in New York city. *Tourism economics: the business and finance of tourism and recreation*, Vol. 31, N.º 4, 2025, págs. 789-794.

¹⁹ Resulta curioso observar que la regulación española del Registro Único de Arrendamientos y su aplicación en concreto en la ciudad de Madrid sigue un cierto paralelismo con el precedente conocido de la ciudad de Nueva York. Así, recientemente el Ayuntamiento de la capital española ha aprobado la modificación del Plan General de Ordenación Urbana para la implementación del denominado Plan RESIDE, aprobado definitivamente por acuerdo de 27 de agosto de 2025, del Consejo de Gobierno de la Comunidad.

²⁰ En España, fue el Real Decreto 2877/1982, de 15 de octubre, de ordenación de apartamentos turísticos y de viviendas turísticas vacacionales, el que trató por primer vez el concepto de vivienda de uso turístico y el problema de su clandestinidad. Según el preámbulo, la norma responde a “las nuevas tendencias que se vienen detectando en los últimos años, como resultado de las modificaciones en los comportamientos del turismo, por un lado, y como consecuencia del crecimiento cuantitativo de la oferta extrahotelera.(...)”.

²¹ Las normas establecidas en el Reglamento deben aplicarse a las plataformas en línea en el sentido del artículo 3, letra i), del Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a un mercado único de servicios digitales, que permiten a los huéspedes celebrar contratos a distancia con anfitriones para la prestación de servicios de alquiler de alojamientos de corta duración. Por lo tanto, deben excluirse del ámbito de aplicación del Reglamento las páginas web u otros medios electrónicos que conectan a los anfitriones con los huéspedes y no intervienen de ninguna otra manera en la celebración de transacciones directas.

²² En este punto resulta interesante la cita de la sentencia de 20 de marzo de 2025, n.º 24/10669, del Tribunal de Apelación de Aix-en-Provence sobre la clasificación civil o mercantil de la actividad que sigue siendo decisiva.

²³ A fecha de 28 de septiembre de 2025, la plataforma había asignado 687.339 números de CIN según <https://bdsr.ministeroturismo.gov.it/mappa-italia>.

²⁴ <https://www.ministeroturismo.gov.it/banca-dati-strutture-ricettive/>.

²⁵ No vamos a extendernos sobre la tradicional distinción entre registros administrativos y registros jurídicos basada fundamentalmente en los efectos jurídicos derivados de la publicidad de los segundos.

²⁶ La misma razón de la existencia de un “punto de contacto” justificó la regulación de la inscripción de actos de naturaleza urbanística en el Registro de la Propiedad por Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio —vid. preámbulo—.

²⁷ No procede analizar aquí en la justificación de dichas disfunciones, pero sí hemos de destacar que el Real Decreto se refiere a algunas “preocupaciones” o “retos” como la disminución del número de viviendas destinadas al arrendamiento de larga duración disponibles, el aumento de los precios de los alquileres y de la vivienda en general, la falta de información fiable que dificulta que las administraciones puedan evaluar el impacto real de estos servicios y que consigan diseñar e implementar respuestas públicas adecuadas y proporcionadas, o la necesidad de incrementar la seguridad jurídica y confianza en el marco de las relaciones civiles inter privados a la hora de suscribir contratos de arrendamiento.

²⁸ La Resolución de 4 de abril de 2024 (BOE 10 de abril, pág. 40137) determina las reglas de actuación de los Registros de Bienes Muebles y se aprueban los datos de los formularios de acceso al Registro Internacional de garantías contemplado en el Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, del Convenio de Ciudad del Cabo, hecho en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001, y en el Protocolo de Luxemburgo sobre cuestiones específicas de los elementos de material rodante ferroviario, del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, hecho en Luxemburgo el 23 de febrero de 2007.

²⁹ Respeto a la necesidad de regulación por norma con rango de ley, cuestión objetada por el dictamen del Consejo de Estado 1926/2024, de 18 de diciembre de 2024, en la actualidad existen dos iniciativas parlamentarias que contemplan su regulación con rango de ley, la Proposición de Ley para la regulación de los contratos de alquiler temporales y alquiler de habitaciones —número 122/000136, BOCG 28 de mayo de 2025 Núm. 154-4 Pág. 1— y Proposición de Ley sobre control y regulación de la publicidad y contratación de los pisos turísticos —número 122/000214, BOCG 24 de julio de 2025 Núm. 256-1—.

³⁰ La competencia del Estado para regular el procedimiento de registro único es discutida por varias Comunidades Autónomas que han iniciado acciones judiciales. No es objeto de este trabajo analizar tal cuestión, pero debe observarse que no se trata de una regulación relativa al ejercicio de la actividad turística, de competencia autonómica, sino de requisitos de información, transparencia y de intercambio de datos impuestos a anfitriones que pretendan publicar anuncios en plataformas en línea de comercialización de alquileres de corta duración, sean turísticos o no, que como aclaró el TJUE y el TS no son empresas turísticas sino prestadores de servicios de la sociedad de la información. Es decir, no se afecta al régimen competencial para adoptar y mantener requisitos de acceso al mercado relativos a la prestación de servicios de alquiler de alojamientos de corta duración por parte de los anfitriones, incluidos requisitos de higiene y seguridad, normas mínimas de calidad o restricciones cuantitativas —considerando 4 del Reglamento europeo y el art. 12 del Real Decreto sobre la “autoridad competente”—.

³¹ La denegación del asiento de presentación parece que debe quedar limitada a aquellos supuestos en que no se remita correctamente el formulario previsto —cfr. RDGSJFP de 14 de abril de 2025— o no se pueda identificar la finca o ésta corresponda a otra demarcación —RDGSJFP de 20 de junio de 2025— y por tanto no pueda asignársele número de registro. Si remiten correctamente el formulario y no se genera automáticamente podrá el registrador asignarle número si dispone de la información suficiente.

³² No obstante, resulta de sumo interés la posibilidad contemplada en la disposición adicional tercera del Real Decreto.

³³ El concepto legal de vivienda de uso turístico aparece contemplado por primera vez en el Real Decreto 2877/1982, de 15 de octubre, de ordenación de apartamentos turísticos y de viviendas turísticas vacacionales, que establece una diferenciación motivada por “*las nuevas tendencias que se vienen detectando en los últimos años, como resultado de las modificaciones*

en los comportamientos del turismo, por un lado, y como consecuencia del crecimiento cuantitativo de la oferta extrahotelera, (...)”.

³⁴ Respecto a los tipos de alojamientos sujetos al ámbito obligatorio del Real Decreto, el Ministerio ha suscrito acuerdos interpretativos con Asturias, Cataluña, Castilla-La Mancha, Navarra y País Vasco, siendo de especial interés la aclaración respecto a las casas rurales y los apartamentos turísticos – pueden verse en <https://www.mivau.gob.es/vivienda/ventanilla-unica/interpretacion-alojamientos-singulares-CCAA>—.

³⁵ En este punto resulta interesante el estudio de BOTELLO (2024) en el que expone que la legislación autonómica incurre en un exceso competencial al definir el criterio de la habitualidad en la actividad de alquiler de corta duración, cuestión de competencia estatal y que debe ajustarse a la estrategia del Mercado Único Digital europeo.

³⁶ Por ejemplo, si sobre una finca registral nos solicitan dos NRUA correspondientes a fincas completas, aunque no sea preceptiva la previa inscripción de la división —art. 6.2 del Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero—, no cabe soslayar la exigencia de aprobación comunitaria para la división, bien por acuerdo al efecto o por cláusula estatutaria que lo permita, pues ello resulta exigible adicionalmente a los requisitos impuestos al alquiler.

³⁷ Un estudio completo de los distintos supuestos de oponibilidad puede verse en GUTIERREZ (2025,p.1859).

³⁸ En este sentido, la sentencia de Sección 1.^a la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 4/2019, de 24 de enero. Para resolver el caso, la Sala hace referencia a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de junio de 2018 que dice que *“La autorización administrativa para el inicio o la continuación de la actividad no constituye ningún tipo de derecho real que siga la vivienda en su transmisión, sino que es la limitación específica de unos determinados usos debidamente inscrita en el Registro la que tiene alcance real, inherente a la propiedad que se adquiere y que excluye otros usos posibles.”*, así como a la resolución de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de 6 de febrero de 2017 que dice que *“Así, si un propietario ha adquirido su elemento privativo en un momento en que en el Registro no aparecían las normas de comunidad que le limitaban un uso determinado del mismo, no puede ser privado de este uso contra su voluntad ... Ahora bien cuando transmitan, los adquirentes, que tengan conocimiento de la limitación, ya no podrán iniciar el uso prohibido o, si es el caso, tendrán que cesar en este uso ...”*.

³⁹ En particular, la Disposición final cuarta introduce las siguientes: se añade un apartado 3 al artículo séptimo, se modifica el apartado 12 del artículo diecisiete, y se añade una nueva disposición adicional segunda. No obstante, hay que tener en cuenta la legislación especial o foral propia, como ocurre con el art. 553 del Código civil de Cataluña, dentro del libro quinto.

⁴⁰ En este sentido, el Decreto 225/2019, de 28 de noviembre, por el que se regulan las viviendas de uso turístico en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria —cfr. art. 6.1d)— y la disposición transitoria única.

⁴¹ Sin embargo, la SAP 6 de mayo de 2024 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, entiende que no cabe equiparar habilitación para el ejercicio de la actividad turística, que es lo que se produce con la inscripción en el Registro de Turismo, con el desarrollo de la actividad, que no se tiene la certeza de si se realizó antes o después de la adopción del acuerdo.

⁴² También reconoce la necesidad de respetar las situaciones consolidadas la STC 82/2016, de 28 de abril de 2016 respecto de la Ley de las Cortes Valencianas 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano —vid. Fj.8—

⁴³ En la Comunidad Valenciana se trata de una licencia personal. Así el art. 23 bis del Decreto 10/2021, de 22 de enero, del Consell, por el que se regula el alojamiento turístico en la Comunitat Valenciana, introducido por Decreto Ley 9/2024, de 2 de agosto.

⁴⁴ En igual sentido, la STJNAV de 25 de febrero del 2025 señala que no cabe sostener que resuelto el arrendamiento, por resolución civil firme y con condena a la devolución del local el otrora titular de la licencia, arrendatario ahora desahuciado, pueda tener continuidad alguna en la titularidad de la licencia, vinculada inescindiblemente a un local sobre el que no goza de posesión ni de derecho alguno, por mucho que en términos civiles sí ostente derechos sobre el negocio comprendido, y que no se sitúa en dicho local. Esa comprensión civil del negocio es un compendio, así, de derechos sobre bienes muebles, que pueden subsistir sin relación alguna a un local concreto, a diferencia de la licencia, siendo imposible que sea titular de la licencia la desahuciada de la posesión del local.

⁴⁵ Cfr. ap.3 del art. 23 bis del Decreto 10/2021, de 22 de enero, del Consell.

⁴⁶ Sobre la relación entre el uso turístico y la ordenación de usos urbanísticos son relevantes también las posteriores STS 75/2021, de 26 de enero (Barcelona) y STS 109/2023, de 31 de enero (Palma de Mallorca). Igualmente, la STSJ de Andalucía, 15209/2023, de 13 de noviembre, con cita en las sentencias del tribunal Supremo y del TJUE antes mencionadas, desestima la demanda de la Asociación de Profesionales de Viviendas y Apartamentos Turísticos de Andalucía contra el acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Sevilla de 28 de abril de 2022, que aprueba la Modificación Puntual 44 del Texto Refundido del Plan General de Ordenación Urbana.

⁴⁷ Las STSJ M 11236/2024, de 22 de octubre (en igual sentido la STSJ M 11649/2024, de 29 de octubre) considera que el ejercicio de la actividad de vivienda turística queda condicionado, además de a la presentación de la oportuna declaración responsable ante el órgano competente de la Comunidad de Madrid, a la obtención del previo título habilitante exigido por la normativa urbanística, al considerarse que el uso turístico de la vivienda cuestionada en las condiciones contempladas en el Decreto de 79/2014, supone o implica el uso de servicios terciarios en su clase de hospedaje.

⁴⁸ Así lo confirma la Circular emitida por el Servicio de Licencias e Inspección Urbanística del Ayuntamiento de Sevilla con fecha 4 de julio de 2022 a los efectos del art. 138 de la Ley 7/2021.

⁴⁹ En el caso de Baleares, el Decreto-ley 5/2024, de 13 de diciembre, introduce modificaciones de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del turismo de las Illes Balears, en especial de sus artículos 50 y 52, para establecer que sólo se puede llevar a cabo la actividad de comercialización de estancias turísticas en viviendas si se hace en viviendas residenciales que tengan la cédula de habitabilidad en vigor, el título de habitabilidad análogo o la licencia de ocupación o de primera utilización otorgada por el ayuntamiento cuando en ésta conste el número de plazas.

⁵⁰ La concesión de las licencias para usos y obras de carácter provisional puede hacerse constar en el Registro de la Propiedad mediante nota al margen de la última inscripción de dominio de la finca correspondiente —cfr. art. 76 del RD 1093/1997, de 4 de julio—.

⁵¹ Esta figura ya se aplica en Francia en las autorizaciones temporales de uso turístico —*vid. supra*—.

⁵² Comentada por PONCE (2025, págs. 19-58).

⁵³ Mas claro si cabe es el art. 6 de la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana, cuando establece que, en las escrituras de declaración de obra nueva en construcción y constitución del régimen en propiedad horizontal de inmuebles destinados en todo o en parte a viviendas, la descripción del edificio y de las viviendas se ajustará a la

licencia municipal de edificación, y al proyecto que sirvió de base para la concesión de esta, que se inscribirán en el Registro de la Propiedad.

⁵⁴ Así la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 18161/2023 de 4 de octubre de 2023 considera inviable considerar como vivienda con fines turísticos una finca ubicada en parcela de uso hotelero (apartamentos turísticos) a pesar de que conste descrita como vivienda en el Registro de la Propiedad.

⁵⁵ Cfr. artículo 361.6 de la Ley 4/2017, de 13 de julio de Canarias y la RDGSJFP de 10 de julio de 2025.

⁵⁶ Cfr. art. 25 de la Ley 8/1990. Incluso el artículo 28 de la misma ley reconocía expresamente la protección del adquirente amparado en la publicidad registral respecto a las edificaciones inscritas y amparadas en licencia y que resultaren conformes a la ordenación.

⁵⁷ Por ejemplo, el artículo 7.3.1 del PGOU de Madrid considera uso residencial el que sirve para proporcionar alojamiento permanente a las personas y a los efectos de su pormenorización en el espacio y el establecimiento de condiciones particulares, distingue las siguientes clases: a) Clase vivienda: Destinada al alojamiento de personas que configuran un núcleo con los comportamientos habituales de las familias, tengan o no relación de parentesco. b) Clase residencia: Destinada al alojamiento estable de personas que no configuran núcleos con los comportamientos habituales de las familias.

⁵⁸ Sobre esta cuestión y su aplicación concreta a la ciudad de Sevilla puede verse MATAS, 2025.

⁵⁹ Así lo contemplan expresamente el Art. 6.3.1.2 del PGOU de Sevilla y el art. 49.3 Decreto 10/2021, de 22 de enero, del Consell, por el que se regula el alojamiento turístico en la Comunitat Valenciana. El apartado noveno de la Circular de 5 de marzo de 2024 del Ayuntamiento de Sevilla, que señala que “*la adecuación a vivienda de uso turístico no supone el cumplimiento de las condiciones urbanísticas del uso residencial de vivienda, por lo que no se podrá utilizar como vivienda habitual, salvo que se tramite un cambio de uso a vivienda, o se trate de un cambio de uso a VUT de una vivienda ya existente*”. Es decir, es posible la existencia de VUP en locales que en ningún momento constituyen vivienda.

⁶⁰ Sobre la evolución normativa en la región, cfr. MORALES MATOS Y OTROS (*ob. cit.*, 2025).

⁶¹ Vid, sobre los aspectos registrales resultan interesantes los estudios del registrador ejerciente en Canarias HERMOSO MESA (*ob. cit.*, 2009 y 2014).

⁶² Sobre la inscripción de actos de división, segregación o cambio de uso justificadas en antigüedad cfr. la RDGSJFP de 15 de julio de 2025 que matiza y sistematiza la doctrina anterior del Centro Directivo.

Posesión e inscripción

Possession and registration

por

FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Doctor en Derecho y Ciencia Política

RESUMEN: La posesión se protege para ahorrar costes de información, especialmente cuando no compensa al poseedor la formalización de la propiedad, pero, por lo que respecta a la propiedad inscrita, en un Estado moderno con un registro, especialmente si es de derechos, la protección de la posesión extra registral debe ser marginal, e, idealmente, nula, pues, de lo contrario, no solo impedirá la reducción de tales costes, sino que los encarecerá.

ABSTRACT: *Possession is protected in order to save information costs, especially when the possession is not compensated by the formalisation of ownership, but, as far as registered property is concerned, in a modern State with a register, especially if it is of rights, the protection of extra-registry possession must be marginal, and, ideally, null, otherwise, not only will it prevent the reduction of such costs, but it will also increase them.*

PALABRAS CLAVE: Posesión, costes de información, inscripción, *inter partes*, *inter tertios*, seguridad del tráfico jurídico.

KEYWORDS: *Possession, information costs, inter partes, inter tertios, ius disponendi, security of legal traffic.*

SUMARIO: I. UNA REFLEXIÓN GENERAL SOBRE LA POSESIÓN.—II. UNA REFLEXIÓN SOBRE LA CONVENIENCIA O INCONVENIENCIA DE LA PROTECCIÓN DE LA POSESIÓN UNA VEZ DESARROLLADO EL CONCEPTO DE PROPIEDAD.—III. POSESIÓN Y REGISTRO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: APROXIMACIÓN GENERAL. 3.1. PRIMERA FASE. DESDE LA LEY HIPOTECARIA DE 1861 AL TEXTO REFUNDIDO DE

1946: LAS INSCRIPCIONES POSESORIAS COMO SOLUCIÓN DE COMPROMISO. 3.2. SEGUNDA FASE. DESDE EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY HIPOTECARIA DE 8 DE FEBRERO 1946: EL FIN DE LAS INSCRIPCIONES POSESORIAS.—IV. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES MÁS RELEVANTES. 4.1. LA PRETENDIDA RELEVANCIA DE LA POSESIÓN EXTRA REGISTRAL PARA DESTRUIR LA BUENA FE DE UN ADQUIRENTE EX ARTÍCULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA. 4.2. LA DILIGENCIA EXIGIBLE A UN ADQUIRENTE EX ARTÍCULO 34 LH PARA QUEDAR PROTEGIDO FRENTE A UNA USUCAPIÓN CONTRA TABULAS. 4.3. LA PRESUNCIÓN POSESORIA DEL ARTÍCULO 448 DEL CÓDIGO CIVIL EN RELACIÓN CON LA PRESUNCIÓN POSESORIA DEL ARTÍCULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA. 4.4. LA POSESIÓN EXTRA REGISTRAL Y EL DERECHO DE LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO JURÍDICO.—V. CONCLUSIONES

I. UNA REFLEXIÓN GENERAL SOBRE LA POSESIÓN

La posesión es un tema especialmente dificultoso. Es un tema difícil en sí mismo porque, como afirma DIEZ PICAZO¹, no es posible reducir a un esquema unitario todos los supuestos que aparecen protegidos por lo que pueden denominarse “normas posesorias”. Y, en relación al Derecho español², la dificultad aumenta porque la regulación de la posesión en el ordenamiento jurídico histórico español ha sido moldeada, al igual que ha sucedido en las demás legislaciones latinas, por elementos combinados del Derecho germánico —como la posesión de año y día—, del Derecho romano, concretamente postclásico, cuya influencia es muy marcada, y del Derecho canónico, a través, fundamentalmente, de la *actio spolii*.³

Con independencia de las dificultades que ofrece su conceptualización —un empeño más propio de los juristas del *Civil Law* que de los juristas del *Common Law*—⁴, lo que no parece objetable es que la posesión es un hecho social. Cada persona, afirma MERRILL⁵, observa constantemente objetos a su alrededor —si bien a los efectos de este estudio interesan especialmente los bienes inmuebles— y, solo con observar algunas señales físicas, puede decir si esos bienes están siendo poseídos o no. No podrá, en esa primera mirada, saber quién es el poseedor, ni si el poseedor es el propietario, pero, para evitar vulnerar derechos ajenos, partirá de la presunción de que el poseedor es el propietario, pese a que en una economía con un alto grado de especialización la posesión no sea signo fiable de propiedad, pues cabe una pluralidad de derechos reales concurrentes sobre la misma cosa, no todos los cuales, además, son susceptibles de posesión.

No solo hay una presunción social, sino también una presunción legal, mantenida a lo largo del tiempo. Así, el artículo 448 del Código civil dispone: “*El poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título, y no se le puede obligar a exhibirlo.*”. ¿A qué se debe esta pre-

sunción?. Además de a las razones comúnmente alegadas —esencialmente, preservación de la paz social, *ne cives ad arma veniant*—, se debe a que la inercia histórica mantiene una regla justificada en su origen.

En efecto, en una economía de subsistencia, con formas primigenias de organización social y política, compuestas por unidades autárquicas o cuasi-autárquicas de producción y de consumo, normalmente familiares, la tierra se posee para habitarla, para cultivarla, y obtener los rendimientos necesarios para la manutención y, en su caso, para enterrar a los muertos.

Los intercambios son marginales. No hay propietarios, solo poseedores, y la posesión es, por así decir, la forma ordinaria y de mayor grado de reconocimiento de la identidad de quien tiene el poder de decisión sobre el bien que se concreta en el uso y aprovechamiento del mismo. Como observó POLLOCK⁶ el poder real de la posesión radica en el reconocimiento por los vecinos que, a su vez, descansa en la apariencia de legalidad. En este contexto de economía de subsistencia la posesión opera solo dentro de audiencias muy limitadas, o, en otros términos, el reconocimiento opera solo dentro del grupo que conforma la comunidad en la que se inserta el poseedor, normalmente de pequeño tamaño.

Conforme se va evolucionando desde una economía de subsistencia a otra de intercambio, primero entre amigos y conocidos y, paulatinamente, entre desconocidos, va aumentando la especialización. No solo importa la tenencia, manifestada en la posesión, sino también los intercambios y el uso de las tierras como garantía crediticia y, por lo tanto, la formalización de titularidades oponibles dentro de ámbitos jurisdiccionales más amplios que también incluyen a los extraños. La formalización de esas titularidades va evolucionando hasta que, tras la revolución liberal y la consagración del concepto de propiedad privada en los códigos civiles modernos, se configura como una función esencial del Estado moderno. Y la propiedad conlleva la posesión como derecho, esto es, el *ius possidendi*.

Correlativamente, el aumento de la especialización posibilitado por los intercambios hace que puedan concurrir sobre los inmuebles simultáneamente diferentes *iura in rem*, no todos los cuales conllevan posesión. Con ello, la posesión deja de ser un signo fiable de propiedad, pues si bien la propiedad conlleva el *ius disponendi*, no todo el que ejerce un *ius possessionis* lo ejerce por ser propietario, sino como concesión del mismo o por otras circunstancias —poseer a título de dueño sin oposición alguna, de buena o mala fe, por ejemplo—.

En estas circunstancias, ¿se justifica la regla de que al poseedor se le presume propietario? La explicación clásica es que con ello se preserva la paz social. Quizás pueda ser la explicación en última instancia, pero, en mi opinión, hay otra explicación más consistente con la naturaleza del Estado moderno. El Estado moderno surgido de la revolución liberal es un Estado de Derecho. En él nadie puede tomarse la justicia por su mano. La función de administrar justicia, recurriendo para ello, si

preciso fuere, al uso de la fuerza corresponde en exclusiva al Estado. Por ello, carece de justificación la pervivencia de tal presunción, por innecesaria, especialmente en un Estado que se ha dotado de un Registro de derechos, en cuyo caso la presunción que procede es la inversa, esto es, que al propietario según la inscripción se le presume poseedor. Y eso es, precisamente, lo que hace el artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

Quizás llevase razón IHERING⁷ cuando afirmaba que la protección del poseedor no tiene por finalidad protegerlo frente a un propietario no poseedor que reclama ser restituído en su posesión, sino, precisamente, la protección de los propietarios, los cuales, normalmente, son también poseedores y la recuperación de la posesión mediante el ejercicio de acciones posesorias puede ser más fácil y menos costosa que mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria, cuyo éxito requiere la prueba del derecho de propiedad por parte del demandante, una prueba tradicionalmente difícil, denominada por ello *probatio diabólica*. Es más sencillo suponer, afirma este autor, que los interdictos fueron creados para proteger a los propietarios, que son estadísticamente los poseedores habituales, simplificando la prueba, si bien este fin no puede alcanzarse sin conceder la misma protección a los no propietarios, incluidos los usurpadores.

Este razonamiento puede admitirse para una economía de subsistencia e, incluso, para una economía de intercambio con un grado primario de especialización y en relación a bienes cuya explotación presente asimismo una especialización escasa, pero no en otro caso. Por ejemplo, si, como sucede en materia de vivienda, el número de inquilinos en España es aproximadamente el 25%, por lo que no parece que tenga sentido presumir que los poseedores de viviendas son propietarios, con todo lo que ello implica, sino, en todo caso, que los propietarios son poseedores, por dos razones: a) porque la propiedad conlleva el *ius possidendi* y b) porque la presunción admite una fácil prueba en contrario, cual es la exhibición del título que legitima la posesión concedido por el propietario o su representante voluntario o legal.

A ello hay que añadir que, una vez implantados y desarrollados los registros de derechos, la prueba de la propiedad no solo no es una prueba diabólica, sino que es sencilla porque, en ellos, la inscripción, que es un acto de soberanía, es el título ⁸. Sobre este aspecto, esencial, volveré más tarde.

II. UNA REFLEXIÓN SOBRE LA CONVENIENCIA O INCONVENIENCIA DE LA PROTECCIÓN DE LA POSESIÓN UNA VEZ DESARROLLADO EL CONCEPTO DE PROPIEDAD.

Desde una perspectiva general, MERRILL⁹ plantea la cuestión de por qué el sistema legal protege tanto la propiedad como la posesión. Puede entenderse,

afirma, que en un mundo pre-moderno, con altas tasas de analfabetismo, carente de los modernos sistemas registrales —habría que matizar, especialmente si carecen de registros de derechos— la ley proteja la posesión. En un mundo tal, afirma, podría no haber un concepto de propiedad más allá de entender que las personas deberían respetar los derechos posesorios establecidos por otros. Resulta menos claro por qué la posesión debería ser protegida, una vez que se desarrolla el concepto de propiedad. Propiedad y posesión normalmente se entrecruzan y protegiendo la propiedad se protege la posesión, al menos en aquellos contextos en los que posesión y propiedad coinciden. Sin embargo, incluso en los sistemas legales más sofisticados en los que las inscripciones digitales y los registros de derechos protegen la propiedad, se sigue protegiendo la posesión independientemente de la propiedad. En opinión de este autor, ello se debe a que la protección de la posesión ahorra costes de información.

Si aceptamos que la posesión es un hecho social fácilmente observable, ciertamente la protección de la posesión ahorra o puede ahorrar costes de información. Sucede así en relación a los bienes muebles de escaso valor y durabilidad, por ejemplo, en relación a los cuales, su valor no compensa el sobre coste de la formalización como propiedad o, incluso, el adquirente no suele conservar el documento que acredita su adquisición. Si los bienes son más valiosos y durables, como, por ejemplo, los inmuebles, la cuestión se complica. Si se trata de un contexto en el que el poseedor vive en un entorno de amigos y conocidos, sin pretensión de intercambiar el bien ni de usarlo como garantía, puede optar por no formalizar su adquisición en propiedad, y ser simplemente un poseedor, pues el vecindario atribuirá a su situación presunción de legalidad.

Ello significa, como observa este autor, que posesión y propiedad se mueven en escenarios distintos: la posesión ahorra costes de transacción en relación a entornos de amigos y conocidos, pero no respecto de extraños, como pueden ser potenciales adquirentes o acreedores, los cuales requieren una prueba de propiedad y, en relación a ellos, los registros de derechos son instrumentos de reducción de costes de información y, por lo tanto, de transacción.

Ello plantea la cuestión de si, en relación a este tipo de bienes, en sistemas legales con registros de derechos, la protección de la posesión también ahorra costes de información.

La respuesta es que las únicas situaciones posesorias extra registrales cuya protección no dificulta el ahorro de costes de información son aquellas que se basan en un título de legitimación concedido por el titular registral, o bien su representante voluntario o legal. Por el contrario, si se concede relevancia jurídica a situaciones posesorias carentes de dicho título, de manera que puedan frustrar la adquisición efectuada por quien adquirió del titular registral, la protección de

dichas situaciones posesorias genera inseguridad y eleva, en consecuencia, los costes de información y de transacción.

Lo hace, además, de una forma injustificada, pues, si ostenta un título de adquisición negocial, podía evitar ser privado de su derecho obteniendo la inscripción de su titularidad sobre el mismo, y si carece de dicho título no puede someter a incertidumbre la adquisición efectuada por el tercero de un titular registral y posterior inscripción de la titularidad así adquirida.

¿Por qué se da relevancia jurídica a ciertos efectos a la posesión extra registral? Normalmente, por inercias históricas derivadas de la protección de intereses predominantes en su momento. La consecuencia es que se dificulta el intercambio impersonal y la financiación con garantía inmobiliaria, en consecuencia, la productividad, la competitividad y, en última instancia, la creación de riqueza y de bienestar.

III. POSESIÓN Y REGISTRO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: APROXIMACIÓN GENERAL

El análisis de las relaciones entre posesión y Registro de la Propiedad en el ordenamiento jurídico español ofrece, además de las dificultades propias de la posesión, dificultades adicionales, por dos razones.

En primer lugar, la sustitución de la denominada fe pública registral, introducida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (LH) de 1861 como eje de la reforma, por las notificaciones posesorias llevada a cabo por la LH 1869, tuvo como consecuencia que, hasta la reforma de 1944-46, el sistema registral tuviese como efecto la inoponibilidad, pero no la fe pública registral, por lo que el Código civil solo hace referencia a la primera.

Ello ha tenido, entre otras, una consecuencia relevante: a la hora de estudiar el sistema adquisitivo doctrina y jurisprudencia se han centrado en el Código civil.¹⁰

No solo eso, buena parte de la doctrina centra la potencia transmisiva en el título, en los “ciertos contratos” del artículo 609 del Código civil —pese a que la Base 20 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 que le sirve de fundamento dice claramente que “los contratos, como fuente de las obligaciones, serán considerados como meros títulos de adquirir”— relegando la tradición a un mero traspaso posesorio simbólico en cumplimiento de una obligación de entrega de un negocio jurídico obligatorio precedente.

Ello implica dar una relevancia desmesurada a la posesión a título de dueño como signo de propiedad, relevancia que, a mi juicio, no es consistente ni con la variedad de títulos posesorios que permiten los inmuebles, ni con la variedad

de derechos de aprovechamiento simultáneos que permiten estos mismos bienes, ni con el hecho de que, en un moderno Estado de Derecho, la propiedad es una función del Estado. En este contexto adquieren mayor relevancia los títulos mediante los cuales el Estado reconoce la propiedad que la posesión derivada de los títulos mediante actos o negocios entre particulares sin someterlos al reconocimiento por parte del Estado.

En segundo lugar, la introducción —en realidad, reintroducción— de la denominada fe pública registral por la reforma de 1944-46, ochenta y cinco años después de su derogación, ha dado lugar a que doctrina y jurisprudencia la interpreten como un cuerpo extraño dentro del sistema transmisivo, en el cual el Registro de la Propiedad venía siendo un sistema de publicidad con la inoponibilidad como efecto más relevante.

En efecto, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias interpretan que, en el ordenamiento jurídico español, el sistema ordinario de transmisión, en general, y también, de bienes inmuebles, y, por lo tanto, también de bienes inmuebles inscritos, es el contenido en el artículo 609 del Código civil —complementado por el artículo 1095 del mismo— y que, por lo tanto, los procesos transmisivos se consuman extra registralmente. El Registro de la Propiedad se limita a darles publicidad, produciendo el efecto de inoponibilidad —artículos 606 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria—, de presunción *iuris tantum* de titularidad y posesión en los términos que resultan del Registro de la Propiedad —artículo 38 de la Ley Hipotecaria— y, en ciertos casos, de protección de ciertos adquirentes *a non domino* —artículo 34 de la Ley Hipotecaria—, en aras, en última instancia, de la seguridad del tráfico jurídico, sin que, por lo tanto, la Ley Hipotecaria modifique el sistema ordinario de transmisión del Código civil que es, además, el general.

Esta sería la única función de la fe pública registral: la protección, en ciertas circunstancias, de los denominados adquirentes *a non domino* a costa, por lo tanto, de sacrificar los derechos del denominado *verus dominus* en aras de la seguridad del tráfico jurídico, por lo que su alcance debe ser reducido todo lo posible. Ello tiene como consecuencia dotar de una relevancia injustificada a la posesión extra registral como enervadora de la buena fe exigida por el artículo 34LH y ello pese a que el Texto Refundido de 1944-45 vede las inscripciones posesorias expulsando del Registro el *ius possessionis*.

Ciertamente, la protección de ciertos adquirentes *a non domino* es una de las consecuencias —una consecuencia excepcional— de la función del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pero no es esa su función. Su función consiste en articular un sistema transmisivo inmobiliario adecuado a las exigencias del intercambio impersonal característico de una economía de mercado, al igual que, en su momento, sucedió con el régimen civil de la cesión de créditos para facilitar su circulación sin merma de la seguridad del titular del crédito.

Conviene subrayar que en materia de cesión de créditos el régimen civil se contiene en los artículos 1526 a 1536 del Código civil y el régimen de transmisión cambiaria o endoso en los artículos 14 a 24 de la Ley Cambiaria y del Cheque, en cuyos artículos 19 y 20 se incorpora la regla conforme a la cual se reconocen al adquirente de buena fe que haya adquirido siguiendo el procedimiento del endoso derechos superiores al del denominado *verus dominus*.

Lo mismo sucede en relación a la transmisión de bienes inmuebles. En efecto, lo que podríamos denominar el régimen civil de la transmisión onerosa de las titularidades inmobiliarias se regiría por el régimen contenido en el propio Código civil, ordinariamente el de los artículos 609 y 1095, conocido bajo la denominación de teoría del título y el modo. Y lo que podríamos denominar el régimen de transmisión a título oneroso adaptado a la economía de mercado o régimen registral de transmisión, se regiría por los citados artículos del Código civil y por lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

En definitiva, la función de la denominada fe pública registral es la de articular un sistema de transmisión registral dirigido a disminuir los riesgos de los adquirentes con la finalidad de facilitar tanto el crédito como el comercio. Una de las consecuencias —excepcionales— de dicho sistema consiste en la protección de ciertos adquirentes que solo excepcionalmente lo son *a non domino*, como sucede en todo el ámbito del Derecho de la seguridad del tráfico jurídico, incluidos los ámbitos cambiario y mobiliario, tanto de bienes muebles tradicionales como de valores, con la diferencia adicional, a mayor abundamiento, de que en el ámbito inmobiliario no se exige al adquirente que no haya incurrido en *culpa lata* para quedar protegido —artículo 34 de la Ley Hipotecaria—, a diferencia de lo que sucede en los demás casos: títulos al portador —artículo 545 del Código de Comercio—, letras de cambio —artículo 12 de la Ley Cambiaria y del Cheque—, cheques —artículo 119 de la misma Ley— o anotaciones en cuenta —artículo 11.3 de la Ley del Mercado de Valores—. Tampoco se exige al adquirente para quedar protegido que no haya incurrido en *culpa lata* en el caso de la compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público —artículo 85 del Código de Comercio—. Debe subrayarse que en ambos casos, Registro y almacenes o tiendas abiertas al público, se trata de establecimientos de acceso público.

Una vez realizada la aproximación general, procede abordar la relación entre posesión y Registro en el sistema jurídico español. A efectos de la claridad expositiva, distinguiré dos fases: 1. Desde 1861 al Texto Refundido de la Ley Hipotecaria de 1946; 2. Desde el Texto Refundido de la Ley Hipotecaria de 1946 en adelante.

3.1. PRIMERA FASE. DESDE LA LEY HIPOTECARIA DE 1861 AL TEXTO REFUNDIDO DE 1946: LAS INSCRIPCIONES POSESORIAS COMO SOLUCIÓN DE COMPROMISO.

A los efectos de este estudio, conviene destacar que, tras la Constitución de 1812, la propiedad privada existe en tanto en cuanto es reconocida y protegida por el Estado. Es ya una función del Estado y no el resultado de la auto-composición de intereses de los estamentos dominantes del Antiguo Régimen. La propiedad ya no tiene tampoco una base estamental o corporativa, como sucedía en el Antiguo Régimen, sino que se fundamenta en la supremacía del individuo.

El individuo es concebido como la unidad social primaria y básica, cuyo principal atributo es la libertad. Desde esta perspectiva, la propiedad es la libertad humana que se exterioriza en el mundo de las cosas. Como ha señalado MONTÉS¹¹, el *Code* construyó el sistema jurídico-civil sobre la libertad individual y proyectó esta idea de libertad sobre dos aspectos fundamentales: la libertad de gozar de los bienes y la libertad de intercambio de bienes y servicios. Esto es, la propiedad y el contrato.¹²

Propiedad y contrato son pilares básicos de la economía de mercado, frente al dominio dividido, mezclado con facultades jurisdiccionales y con facultades de vincular el destino futuro de las tierras a una línea familiar, mediante el establecimiento de mayorazgos y figuras similares en otros países. Un derecho de propiedad individual, con facultades de aprovechamiento exclusivo y libremente disponible, que estimule las inversiones a largo plazo y permita asignar los recursos hacia quienes hagan un uso más eficiente de los mismos mediante un procedimiento de transmisión voluntaria, constituye la pieza esencial del nuevo escenario.¹³

La abolición del régimen señorial fue un hito decisivo en la superación del Antiguo Régimen y la construcción de una economía de mercado, pues unificó la condición jurídica de los españoles y les colocó bajo la autoridad exclusiva del Estado.

La supresión de los señoríos se articula fundamentalmente a través de la Ley de 26 de agosto de 1837, aunque, con anterioridad, el Decreto de 6 de agosto de 1811 había previsto la abolición del régimen señorial y durante el trienio liberal se había aprobado la Ley de 23 de mayo de 1823¹⁴. Mediante estas normas se sentaron las bases jurídicas para la transformación de los dominios señoriales en propiedad particular, cuyo resultado será la desaparición de las jurisdicciones y de las prestaciones personales y, en definitiva, el fin del régimen señorial en España, si bien, facilitando que los antiguos señores conservaran la mayor parte de sus posesiones como propietarios, pues ése y no otro es el sentido que tiene la Ley de 26 de agosto de 1837.

A pesar de ello, esta nobleza desplegaría toda su fuerza para oponerse a la Ley Hipotecaria de 1861, esencial para facilitar la circulación de la propiedad inmobiliaria. La razón de dicha oposición hay que buscarla en que la Ley Hipotecaria exigía títulos escritos de dominio para la inmatriculación de los derechos sobre inmuebles y, además, en su redacción inicial, concedía un año para acceder al nuevo sistema. Esta oposición revela claramente que un buen número de los antiguos señores carecía de título de dominio, pese a las facilidades concedidas por la Ley de 26 de agosto de 1837.

Muy probablemente, el nuevo sistema era contemplado con desconfianza, además, tanto por los grandes como por los medianos y pequeños propietarios. Las exigencias formales del nuevo sistema probablemente no eran contempladas como una necesidad propia, especialmente por los propietarios pequeños y medianos, pues muchos de ellos las poseían pública y pacíficamente, no pensaban comerciar con las tierras ni hipotecarlas, sino tan solo cultivarlas. Por ello, el nuevo sistema no podía ser contemplado sino como una nueva estrategia del Estado por razones fiscales. Y, desde luego, la experiencia histórica les daba toda la razón. Por otro lado, la conexión fiscal que la nueva Ley mantenía entre Registro de la Propiedad y Oficina Liquidadora, situando al frente de ambas al mismo oficial público era una razón suficientemente sólida para fundamentar su desconfianza.

El artículo 34 de la Ley Hipotecaria de 1861 configuraba la inscripción como epicentro del nuevo sistema transmisivo Según el mismo:

“No obstante lo declarado en el artículo anterior, los actos ó contratos que se ejecuten ú otorguen por persona que en el registro aparezca con derecho para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero, una vez inscritos, aunque despues se anule ó resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito, ó de causas que no resulten claramente del mismo registro.

Solamente en virtud de un título inscrito podrá invalidarse en perjuicio de tercero, otro título posterior también inscrito.

*Lo dispuesto en este artículo no producirá efecto hasta un año después que empiece a regir la presente Ley, y no será aplicable en ningún tiempo al título inscrito, con arreglo a lo prevenido en el artículo 397, a menos que la prescripción haya convalidado y asegurado el derecho a que se refiera dicho título”*¹⁵

La reacción de nobles y propietarios fue tal que, como observa MARTÍNEZ-PÉREZ, hubo que buscar una solución de compromiso. Como consecuencia, en realidad, esta norma nunca llegó a estar vigente, al prorrogarse sucesivamente su entrada en vigor. La primera de las prórrogas fue aprobada por el Gobierno bajo su responsabilidad sin necesidad de refrendo legislativo alguno, mediante el Real Decreto de 31 de diciembre de 1863, y con aplauso general según OLIVER¹⁶. Amparado en la disolución del Congreso, el Gobierno prorrogó

de nuevo y por tiempo indefinido las normas transitorias “*hasta tanto que se dicte la disposición legislativa correspondiente*”, mediante Real Decreto de 19 de diciembre de 1865.¹⁷

Pese a todo ello, este es el verdadero eje de la reforma, el precepto que cambió de manera radical —o mejor, que intentó cambiar, pues nunca llegó a entrar en vigor— la naturaleza y función de la inscripción en relación a las que había tenido hasta ese momento, el precepto que instrumenta el cambio desde el dominio del Antiguo Régimen a la propiedad liberal, individual, unitaria, flexible y libremente disponible, desde el Derecho común al Derecho de la seguridad del tráfico en el ámbito inmobiliario. Y, precisamente por ello, se concentraron sobre él todas las fuerzas que se resistían al cambio.

Como observa MARTÍNEZ-PÉREZ¹⁸, la pretensión inicial del legislador de 1861 de forzar a cualesquiera titulares de derechos sobre inmuebles a que inscribieran en los nuevos libros los títulos que acreditasen su propiedad —en términos contemporáneos— no pudo sostenerse y, además, aquellas situaciones encontraron el salvoconducto de la posesión inscrita acreditada a través del expediente de información posesoria, además de otros medios, hasta el punto de convertir al Registro de la Propiedad en un Registro de la posesión.

Coincido con este autor cuando afirma que el tránsito del régimen dominical del Antiguo Régimen a la propiedad privada liberal —que califica de revolucionario— tiene una dimensión registral y en ella, la inscripción de la posesión desempeñó una función constituyente, en la medida en que dicha inscripción se situaba en una posición intermedia entre el dominio medieval y la posesión liberal, facilitando el tránsito del primero a la segunda¹⁹.

En este proceso, destacan, esencialmente, los hitos que expongo a continuación.

1. La generalización de las inscripciones posesorias como vía de ingreso en el Registro. Neutralizado el artículo 34 LH, aunque la posesión se concebía como un hecho, sin embargo, la Ley Hipotecaria de 1861 admitía una vía excepcional de inscripción de la posesión. Se trataba de una vía supletoria, cual el expediente de información posesoria regulado en el Capítulo XIV, pero dicha vía se amplió, al admitirse que la posesión pudiera tener acceso al Registro por otros medios, particularmente la certificación administrativa ligada al proceso desamortizador. La Ley Hipotecaria de 1869 consolidó dicha ampliación y el Decreto de 10 de febrero de 1875 supuso la superación de las restricciones de acceso de la posesión al Registro contenidas en la Ley Hipotecaria de 1861. Ello obedece, como sostiene MARTÍNEZ-PÉREZ²⁰ a la necesidad de recuperar como derecho de posesión lo que había dejado tener sentido como anti-

guo dominio, o, en otros términos, a la necesidad de reciclar dominios en propiedades, pasando por posesiones.

2. La Ley Hipotecaria de 1909 trató de poner freno a los abusos que habían transformado la información posesoria de mal necesario en amenaza para la propia institución.

Por un lado, endureció los requisitos del procedimiento de informaciones posesorias, pero, por otro, incrementó notablemente los efectos de las inscripciones.

La Ley Hipotecaria de 1909 no introdujo la fe pública registral, aunque sí un sucedáneo de la legitimación registral²¹. En efecto, en relación a los efectos legitimadores de la inscripción, el artículo 41 disponía:

“Quien tenga inscrito a su nombre el dominio de inmuebles o derechos reales, se presume, a los efectos del Código civil, que tiene la posesión de los mismos, y, por tanto, gozará de todos los derechos consignados en el libro II del referido Código a favor del propietario y del poseedor de buena fe”

El artículo 41 no establecía, por lo tanto, una presunción de titularidad sino solo de posesión, lo que, por un lado, era irrelevante a efectos legitimadores y, por otro lado, produjo efectos indeseables que dieron lugar a la reforma del precepto. Como señala LACRUZ BERDEJO²², fue la misma energía del precepto la que obligó a yugularlo. El uso del procedimiento para adquirir la posesión por parte de titulares inscritos cuya propiedad era discutible o cuyo derecho de desahucio no estaba plenamente justificado contra quienes cultivaban la tierra desde tiempo inmemorial determinó, primero, alteraciones del orden público y, finalmente, una alteración decisiva en el texto del artículo 41, al cual un Decreto de 1927 convirtió en presunción de posesión *iuris tantum*, permitiendo oponerse al lanzamiento a los poseedores vigentes, que fácilmente podían evitarlo demostrando su posesión. Conforme a la nueva redacción:

“Quien tenga inscrito a su nombre el dominio de inmuebles o derechos reales, se presume, a los efectos del Código civil, que tiene la posesión de los mismos, y por tanto gozará de todos los derechos consignados en el libro segundo del referido Código a favor del propietario y del poseedor de buena fe, mientras los Tribunales no declaren que los términos de la inscripción no concuerdan con la realidad jurídica, o que existe un poseedor de mejor condición a tenor del artículo 445 del mismo cuerpo legal”.

Complementariamente, se modificó el Reglamento Hipotecario de 1915. Conforme al artículo 100, en su nueva redacción, el titular podía solicitar, con arreglo a los artículos 2056 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la posesión judicial y, si a esta solicitud se hiciese oposición por algún interesado, el Juez, sin perjuicio de dar la posesión pedida, concedería al opositor un plazo de 15 días para que formulase por escrito su oposición, tramitándose el procedimiento con arreglo a las normas que rigen el interdicto de adquirir.

En todo caso, al no incorporar la legitimación ni la fe pública registrales, sino solo la inoponibilidad, la inscripción solo permitía invocar los contratos publicados frente a terceras personas, no probar la existencia ni la titularidad de los derechos reales inmobiliarios, con lo que no resolvía la incertidumbre esencial en un entorno de contratación impersonal y que el Código civil no podía resolver por sí solo, cual es la identificación del titular del *ius disponendi*.

3.2. SEGUNDA FASE. DESDE EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY HIPOTECARIA DE 8 DE FEBRERO 1946: EL FIN DE LAS INSCRIPCIONES POSESORIAS

Según resulta de la denominada Exposición de Motivos —en realidad, texto introductorio— de la Ley de 30 de diciembre de 1944 de Reforma de la Ley Hipotecaria, “*a los dieciséis lustros de la promulgación de la más fundamental de nuestras Leyes hipotecarias, todavía se halla sin inscribir más del sesenta por ciento de la propiedad, se ha iniciado una corriente desinscribitoria y, paulatinamente, se retrocede, en amplios sectores de la vida nacional, a un régimen de clandestinidad vencido en muchos países, y para cuya desaparición se dictó en nuestra Patria una de las Leyes «más científicas entre las nacionales»*”. Probablemente, había una cantidad semejante de fincas sin documentar en escritura pública.

Esta situación se debía a diferentes razones²³. Una de ellas era que la inscripción no protegía adecuadamente al titular registral y otra razón adicional, relacionada con ella, era que la inscripción no solventaba la principal incertidumbre propia de un contexto de contratación impersonal cual es la identificación del titular del *ius disponendi*, pues el efecto caracterizador del sistema registral era la inoponibilidad, sin que la inscripción produjese efectos sustantivos —ni procesales— que sirviesen de título de legitimación para el titular registral ni protegiese a quien adquiría del mismo.

El hecho de que el sistema registral no pudiese identificar al titular del *ius disponendi* se hallaba íntimamente unido al hecho de que no hubiese un sistema de transmisión registral que produjese el efecto fe pública registral. A su vez, para que se pudiese producir este efecto esencial era preciso que la inscripción gozase de la presunción de exactitud e integridad de su contenido, de modo que pudiese ser considerada como título legitimador en el tráfico jurídico.

La permanencia de las inscripciones posesorias dificultaban la consecución de este objetivo, por lo que debían desaparecer. La reforma, sin embargo, debía acometerse con tacto porque no había que lesionar situaciones adquiridas y porque todavía persistía el problema de la falta de titulación en condiciones de acceder al Registro.

El Texto Refundido de 1946 introdujo, como principales novedades, la presunción de exactitud e integridad de los asientos registrales —artículo 38— y la denominada fe pública registral —artículo 34—. En lo que respecta a la posesión, rompió con la tradición de más de ochenta años y vedó las inscripciones posesorias —artículo 5—.

El Proyecto de Ley Hipotecaria de 1944 parte de la distinción entre *ius possidendi* y *ius possessionis*, considerando como derecho real solamente al primero, en la medida en que forma parte del derecho de propiedad, no al segundo, al que considera un mero hecho, por lo que no debe tener acceso al Registro. Dice la Exposición de Motivos:

“El derecho de poseer, como parte integrante del dominio, es un derecho real que el Registro debe reflejar y proteger. El mero hecho de poseer, en cambio, si bien trasciende jurídicamente, con dificultad alcanza la integridad de un derecho real. Aunque no se admita el principio res facti non iuris, es obligado reconocer que, por lo menos, las consecuencias dimanantes del ius possessionis están subordinadas a una situación de hecho que, como tal, escapa del área de protección del sistema”.

En consecuencia, como sostiene ARRUÑADA²⁴, la Ley abandona los principios que habían regido hasta entonces el sistema y, en su artículo 23 (artículo 5 del Texto Refundido de 1946), suprime la posibilidad de inscribir en el Registro la posesión, con lo cual le niega carácter real a la posesión en concepto de dueño, y elimina, consecuentemente, los artículos relativos al expediente o informaciones posesorias, aunque manteniendo los efectos de los asientos de posesión ya registrados o de los expedientes posesorios en curso al entrar en vigor la reforma. Adicionalmente, a la vez que en su artículo 5 erradica la posesión del Registro, le concede en su artículo 36 efectos potencialmente anuladores de la inscripción registral, con sólo cumplir los plazos de la prescripción adquisitiva. Sucederá así cuando el adquirente *“conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer; antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba siendo poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente”* o cuando consiente la posesión durante el año siguiente a la adquisición.

IV. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES MÁS RELEVANTES.

Llegados a este punto, merece la pena subrayarse la observación de MARTÍNEZ-PÉREZ²⁵, según la cual, cuando se retiran los andamios, pueden quedar testigos de unos preceptos formulados en periodo de construcción que aparecen a los nuevos observadores envueltos en nubes de misterio, o se refieren a supuestos de hecho imposibles.

Esto es, cuestiones como la prescripción ordinaria o extraordinaria *contra tabulas* o *secundum tabulas* con la interpretación del artículo 35 LH, los conflictos entre legitimación registral y legitimación posesoria, la protección procesal de la posesión extra registral vía interdictos, frente a la efectuación de la presunción posesoria según el artículo 41 LH o el amparo del titular inscrito a través del desahucio de un precarista, se mueven necesariamente a partir de 1944 en otra dimensión porque, tras 1944, posesión y Registro levantan ya una topografía de problemas en la que la triangulación se completa con la nueva propiedad contemporánea, que es la que corresponde a una economía de intercambio, y no con el dominio dividido y vinculado, que es el que correspondía a una economía básicamente de subsistencia.

De las diferentes cuestiones planteadas, a los efectos de este estudio, resultan especialmente relevantes tres: 1. La pretendida relevancia de la posesión extra registral para destruir la buena fe de un adquirente ex artículo 34 de la Ley Hipotecaria; 2. La diligencia exigible a un adquirente ex artículo 34 LH para quedar protegido frente a una usucapción *contra tabulas* y 3. La presunción posesoria del artículo 448 del Código civil en relación con la presunción posesoria del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, para finalizar con una reflexión general sobre la posesión extra registral y el Derecho de la seguridad del tráfico jurídico en el ámbito inmobiliario.

4.1 LA PRETENDIDA RELEVANCIA DE LA POSESIÓN EXTRA REGISTRAL PARA DESTRUIR LA BUENA FE DE UN ADQUIRENTE EX ARTÍCULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA

Es una contradicción sustancial que sea necesaria la intervención del Estado, a través del Registro de derechos, para solventar las incertidumbres propias de la contratación impersonal inherente a una moderna economía de mercado, como consecuencia de la imposibilidad de dotar a la posesión inmobiliaria del mismo alcance legitimador que a la mobiliaria²⁶ y, sin embargo, se pretenda conceder alcance legitimador a esa misma posesión derivada de actos entre particulares, para destruir las declaraciones de propiedad realizadas por el Estado a través de las inscripciones registrales. Es una contradicción sustancial, en todo caso, pero, especialmente, tras haber introducido la presunción de exactitud registral —artículo 38—, el sistema de transmisión registral-artículo 34—, y, muy especialmente, tras haber vedado la inscripción del *ius possessionis* —artículo 5—.

El Tribunal Supremo, sin embargo, da relevancia a dichos actos y negocios jurídicos y, además, está siguiendo, al menos en parte, una orientación basada en una concepción de la buena fe que exige una especial diligencia al adquirente para quedar protegido por la fe pública registral. De las dos concepciones pre-

dominantes en materia de buena fe²⁷, el Tribunal Supremo tiende a inclinarse por la denominada concepción ética²⁸, según la cual *“la buena fe consiste en la convicción de no lesionar legítimos derechos o intereses ajenos”* –Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015²⁹– y, en consecuencia, la buena fe solo protege del error excusable. Por ello, esta concepción exige al adquirente de un titular registral una mayor diligencia que la denominada concepción *psicológica*, una diligencia que va más allá de la consulta del contenido del Registro de la Propiedad.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007 –de especial trascendencia por tratarse de una sentencia plenaria– consideró que *“debe estimarse falta de diligencia incompatible con la buena fe la falta de comprobación de la finca in situ”*³⁰. Profundizando en esta misma línea, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 –también sentencia plenaria– considera que la buena fe queda desvirtuada cuando *“existe una situación posesoria clara y manifiesta que se ejercite en concepto de dueño y que, por tanto, contradiga o ponga en seria duda la exactitud de la información registral, con relación al derecho inscrito”*.

La *“carga ética de diligencia”* exigible, según esta sentencia, hace que la existencia de tales situaciones *claras y manifiestas* –no otras– enerven la buena fe del adquirente e impidan, por lo tanto, que quede protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues su ignorancia de la *“inexactitud”* registral no sería excusable.

Y no lo sería porque tal ignorancia se debe a su negligencia –sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1999 y 11 de octubre de 2006, entre otras–, ya que tales situaciones permiten al tercero conocer la existencia de un posible titular distinto del registral, lo que convierte su error en inexcusable, correspondiendo, en todo caso, la prueba de la inexcusabilidad del error a quien la niega –Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1988–, algo que, según resulta de la lógica de la propia sentencia, sería, en último extremo, imposible para un adquirente, cuando hay una posesión en concepto de dueño clara y manifiesta.

Llegados a este punto, conviene subrayar que, llevada a sus últimas consecuencias, la posición del Tribunal Supremo, expresada en la sentencia de 12 de enero de 2015, tiene como consecuencia que para el adquirente de un titular registral que posea a título de dueño de forma clara y manifiesta, le es indiferente inscribir su adquisición, pues tal posesión impide que haya buena fe en un segundo adquirente del mismo titular registral que sí inscriba su adquisición, lo que, en última instancia, impide que sea protegido por la fe pública registral definida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

La consideración de que la existencia de un poseedor en concepto de dueño distinto del titular registral enerva la buena fe de quien adquiere de este último

exigida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria es consecuencia de la opinión según la cual el sistema inmobiliario registral es un simple instrumento de publicidad de actos y contratos de finalidad traslativa consumados extra registralmente — artículos 609 y 1095 del Código civil—, que, como tal instrumento de publicidad, compite con la publicidad de la posesión a título de dueño. Ello tiene como consecuencia que cuando hay un poseedor a título de dueño, claro y manifiesto, distinto del titular registral, no es posible que haya un adquirente protegido por la fe pública registral, porque la publicidad posesoria es incompatible con la diligencia mínima exigible para reconocerle la buena fe exigida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria³¹.

La interpretación de la publicidad posesoria a título de dueño como imposibilitadora de la buena fe exigible tiene también otra consecuencia en relación al artículo 1473 del Código civil puesta de manifiesto por CASTILLO MARTÍNEZ³²: tratándose de inmuebles, este artículo, en el caso de un conflicto de adquisiciones, entre posesión previa e inscripción —que, según doctrina y jurisprudencia ha de ser de buena fe—, prefiere la inscripción, lo que hace que surja, inevitablemente, la siguiente pregunta: “¿no resulta incoherente con esta clara prelación mantener que si el primer comprador de un inmueble tiene la posesión del mismo —que, por hipótesis, será en concepto de dueño— no podrá atribuirse la propiedad a un segundo comprador que inscribe?”.

Esta interpretación supone, de hecho, una inversión de las reglas de preferencia del artículo 1473 del Código civil. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007 admite claramente la posibilidad de que el primer comprador haya tomado posesión de la cosa antes de comprar el segundo “y sin embargo la propiedad acabe perteneciendo a quien compró luego la misma cosa...e inscribió su adquisición en el Registro”. Esta sentencia, además, hace referencia a la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, concretamente al pasaje que afirma que el comprador que no inscriba la venta “aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción”.

En definitiva, como señala LÓPEZ FRÍAS³³, parece incongruente con el artículo 1473 del Código civil identificar la posesión del primer comprador con la mala fe del segundo. Lo mismo cabe decir en relación al artículo 34 de la Ley Hipotecaria. No realiza dicha identificación, sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007. Habiendo un comprador de una vivienda que ha entrado en posesión de esta, pero que no la ha inscrito y la adjudicación en un procedimiento de apremio posterior seguido contra el titular registral, el adquirente es un tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, lo que hubiera podido evitarse, dice el Tribunal Supremo con “la demostración de la ausencia de buena fe del tercero”. Por lo tanto, como afirma LÓPEZ FRÍAS

³⁴, se desprende de las palabras del Alto Tribunal que el hecho de la posesión del primer adquirente no impide la aplicación del principio de fe pública registral por mala fe directa del rematante o adjudicatario, sino que habrá que demostrar específicamente su falta de buena fe, es decir, su conocimiento de la transmisión anterior no inscrita.

No parece aceptable que se imponga al adquirente inmobiliario una diligencia que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria no exige —“*La buena fe se presume siempre*”—, a diferencia de los preceptos con normas correlativas de protección del tráfico jurídico que sí exigen que el adquirente no haya incurrido en *culpa lata*—vgr.: artículo 545 del Código de Comercio—, letras de cambio—artículo 12 de la Ley Cambiaria y del Cheque—cheques—artículo 119 de la misma Ley—o anotaciones en cuenta—artículo 11.3 de la Ley del Mercado de Valores—, y, sin embargo, no exigir ninguna diligencia a quien ha adquirido un inmueble sin incertidumbres valiéndose del sistema para, después, evadirse del mismo, generando incertidumbres—las que él evitó—, considerando dicho comportamiento ético.

Con dicho comportamiento se elude el control de cumplimiento de normas de orden público—tales como fiscales, urbanísticas, de blanqueo de capitales,—, control imprescindible para que el Estado, a través del Registro, le reconozca como dueño *erga omnes*, por lo que sigue proclamando a su transmitente como dueño, precisamente porque lo es mientras el Estado no reconozca a otro que se lo solicite y el primer adquirente elude dicha solicitud, lo que le evita los controles referidos.

Le basta con poseer clara y manifiestamente a título de dueño para impedir que el propio Estado—único que puede atribuir títulos de propiedad y, por lo tanto, invertir a alguien como dueño—pueda reconocer como dueño a otro que adquiere de quien el propio Estado proclama como dueño y solicita su reconocimiento como tal, por el simple hecho de que un adquirente anterior no se molestara en solicitar del Estado—es decir, del Registro—su reconocimiento como tal y a pesar de que el derecho de propiedad sea una función del Estado y solo pueda reputarse como dueño a quien el Estado reconoce como tal!. No está justificado. Al adquirente que no inscribe, ¿acaso se le puede reconocer buena fe cuando impugna la inscripción de un segundo adquirente que sí inscribe por el mero hecho de estar poseyendo clara y manifiestamente a título de dueño?

¿Qué sucedería, además, con las operaciones inmobiliarias a distancia? ¿Acaso debería ser exigible al adquirente el desplazamiento a cientos o miles de kilómetros cuando quiera comprar un inmueble? ¿No sería mucho menor el esfuerzo que debería realizar el adquirente anterior para inscribir su adquisición? Esta posición dificultaría el desarrollo de la contratación electrónica a distancia o la compra masiva de activos inmobiliarios por Fondos de Inversión, por ejemplo,

pues no les bastaría con consultar el Registro sino que deberían realizar costosas investigaciones, siempre inseguras, para asegurarse de la situación posesoria del inmueble.³⁵

Se trata, por lo tanto, de una interpretación inevitablemente destructiva del sistema de seguridad del tráfico jurídico en el ámbito inmobiliario, articulada a través de la fe pública registral, contraria a la literalidad del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, a la consistencia interna del sistema, y con efectos dañinos tanto para la seguridad de las titularidades como para la facilidad de su transmisión y, por lo tanto, para el funcionamiento eficiente de los mercados inmobiliario e hipotecario.

Por lo que se refiere a la evolución de la jurisprudencia, la posición del Tribunal Supremo sobre la materia puede afirmarse que es un tanto oscilante. Tras estudiar detenidamente la jurisprudencia del Alto Tribunal durante las últimas décadas, LÓPEZ FRÍAS³⁶ concluye que *“el enfoque del Tribunal Supremo sobre este tema no ha sido uniforme... (...) ...porque a pesar de que la doctrina de las Sentencias del Pleno del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007 y 12 de enero de 2015 da a la posesión en concepto de dueño relevancia determinante para enervar la buena fe del adquirente que inscribe, en la realidad de las decisiones sobre casos concretos posteriores la jurisprudencia no siempre sigue el criterio de que la posesión, incluso calificada como de tipo dominical, destruye por sí misma la presunción de buena fe. Lo que sí se ha podido comprobar es que en numerosas hipótesis, tanto recientes como lejanas, más allá de los aforismos y afirmaciones generales, las circunstancias del supuesto en particular (o mejor, el conjunto de esas circunstancias) resulta fundamental para valorar la buena o mala fe de quien adquiere apoyándose en la información del Registro”*.

Conviene reiterar que en situaciones correlativas de carácter mobiliario en las que rige el Derecho de la seguridad del tráfico, nuestro ordenamiento jurídico exige para reconocer buena fe al adquirente la diligencia necesaria para no incurrir en culpa grave. Este es el caso de los títulos al portador —artículo 545 del Código de Comercio—, letras de cambio —artículo 12 de la Ley Cambiaria y del Cheque—, cheques —artículo 119 de la misma Ley— o anotaciones en cuenta —artículo 11.3 de la Ley del Mercado de Valores. —

El artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sin embargo, no exige diligencia alguna. Muy distintamente, afirma que la buena fe del tercero *“se presume siempre”* y, para desvirtuarla, es necesario probar que conocía la inexactitud del Registro. En otros términos, ni siquiera el desconocimiento imprudente enerva la presunción de buena fe del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.³⁷ Tampoco se exige al adquirente para quedar protegido que no haya incurrido en *culpa lata* en el caso de la compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público — artículo

85 del Código de Comercio—. Debe subrayarse que en ambos casos, Registro y almacenes o tiendas abiertas al público, se trata de establecimientos de acceso público. Por ello, la posesión extra registral, en el caso de los inmuebles, no debe tener ninguna relevancia para enervar la buena fe del adquirente *ex* artículo 34 de la Ley Hipotecaria. En el caso de las mercaderías, por definición, se hallan depositadas en los referidos almacenes o tiendas.

Esto es lo que sucede también en el *Bürgerliches Gesetzbuch*. En efecto, tratándose de inmuebles, la ignorancia por *culpa lata* no se equipará al conocimiento porque en el Registro inmobiliario se puede tener mayor confianza que en la posesión. Tratándose de bienes muebles, sin embargo, el párrafo 932-2.º *Bürgerliches Gesetzbuch* ³⁸ exige que el adquirente no haya incurrido en culpa grave, por lo que equipara la *culpa lata* al conocimiento.

4.2. LA DILIGENCIA EXIGIBLE A UN ADQUIRENTE EX ARTÍCULO 34 LH PARA QUEDAR PROTEGIDO FRENTE A UNA USUCAPIÓN CONTRA TABULAS

La usucapión *contra tabulas* es conceptualmente contrasistemática. Por ello, el artículo 36 de la Ley Hipotecaria solo admite una usucapión consumada o a punto de ser consumada y, por lo tanto, con un largo tiempo de posesión a título de dueño por el usucapiente, por lo que admite que, en esas circunstancias, el adquirente debe observar una diligencia especial, para quedar protegido frente a esa exclusiva eventualidad. Es esta protección excepcional en un supuesto excepcional la que exige una diligencia excepcional en el tercer adquirente para quedar protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Es más, difícilmente cabe una usucapión ordinaria *contra tabulas*, porque no parece admisible una buena fe *contra tabulas* y, en consecuencia, solo cabría, en su caso, una usucapión extraordinaria *contra tabulas*.³⁹

Mientras el artículo 36 de la Ley Hipotecaria exige que el adquirente no conociera o no tuviera 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*”, sin embargo el artículo 34 de la Ley Hipotecaria afirma que la ignorancia de la inexactitud registral por parte del adquirente se presume “*siempre*”, es decir, en todo caso y, por lo tanto, al margen de que tuviera o no medios racionales y motivos suficientes para conocerla o, incluso, para saber que la finca estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente.

Como afirma ROCA TRIAS, el artículo 36 de la Ley Hipotecaria exige, para que la usucapión *contra tabulas* perjudique a un adquirente que este incurra en *culpa lata*, algo que no exige el artículo 34 de la misma⁴⁰. Como afirma esta

autora: “... Se puede decir que el artículo 36 coloca al tercero en una situación de buena fe cualificada⁴¹ que hay que intentar delimitar. La ignorancia a que se refiere el artículo 36 de la Ley Hipotecaria parece ser distinta de la del artículo 34; en efecto, el artículo 34 exige desconocimiento de la situación jurídica real de la finca o de la falta de poder de disposición del transmitente; en cambio, el artículo 36 de la Ley Hipotecaria añade la exigencia de que esta ignorancia se extienda a las circunstancias de hecho de la finca, considerándose que si el adquirente no ha llegado a este conocimiento, le afectará la usucapión porque incurre en culpa lata”.

Precisamente por ello no se justifica la extensión de los requisitos de la buena fe del artículo 36 de la Ley Hipotecaria a la buena fe del artículo 34 de la misma. Si el legislador hubiera querido extenderla al artículo 34, lo hubiera dicho explícitamente, como hace en el artículo 36. Las normas excepcionales, por lo demás, son de interpretación restrictiva.

4.3. LA PRESUNCIÓN POSESORIA DEL ARTÍCULO 448 DEL CÓDIGO CIVIL EN RELACIÓN CON LA PRESUNCIÓN POSESORIA DEL ARTÍCULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA.

Según VALLET DE GOYTISOLO⁴²:

“El artículo 448 del Código Civil sienta una presunción de dominio a favor del poseedor en concepto de dueño, que, con efecto negativo, puede neutralizar la presunción legitimadora a favor del titular inscrito del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Esta presunción del artículo 448 del Código Civil tiene la publicidad que le da la ley. Su ignorancia no se excusa. Por eso, no puede ser catalogada como diligencia normal la del adquirente que no se preocupa de examinar la situación posesoria de la finca que va a adquirir”.

No parece, sin embargo, que esta posición se halle justificada: el artículo 34 de la Ley Hipotecaria es una pieza vertebral del Derecho de la seguridad del tráfico jurídico, propio de una economía de mercado, en el ámbito inmobiliario, mientras que el artículo 36 de la Ley Hipotecaria es una excepción al mismo que solo opera en supuestos concretos y excepcionales: usucapión consumada o que pueda consumarse dentro del año siguiente a la adquisición, –y que, por lo tanto, el adquirente aún puede interrumpir– siempre que se cumplan determinadas condiciones.

Además de esta consideración general, hay que tener en cuenta lo siguiente. En primer lugar, como he expuesto, la Exposición de Motivos del Texto Refundido de 1946 advierte de “la coexistencia de dos clases de propiedad, la inscrita y la no inscrita, sometida a regímenes distintos”, como consecuencia de la voluntariedad de la inscripción. En segundo lugar, hay que tener en cuenta las remi-

siones del Código civil a la Ley Hipotecaria, especialmente las contenidas en los artículos 608 y 1537 del Código civil, las cuales determinan que en materia de propiedad no inscrita rige el Código civil, pero en materia de propiedad inscrita rige la Ley Hipotecaria, por lo que, en materia de propiedad inscrita prevalece la presunción del artículo 38 LH sobre la del artículo 448 del Código civil, máxime tras la prohibición de la inscripción del *ius possessionis* por el artículo 5 del Texto Refundido de 1946. Resultaría no solo paradójico sino absurdo que se introdujera el principio de presunción de exactitud registral en la reforma de 1944 y, simultáneamente, se expulsara del Registro *al ius possessionis* para atribuir al poseedor de hecho, que ya no puede inscribir su posesión, una presunción de *ius possidendi* que prevalecería sobre la misma presunción a favor del titular registral.

4.4. LA POSESIÓN EXTRA REGISTRAL Y EL DERECHO DE LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO JURÍDICO

Las reglas de la seguridad del tráfico jurídico, como afirma PAZ-ARES⁴³, desde la perspectiva de los costes, deben ser entendidas como reglas que limitan la información necesaria para adquirir un derecho. Con arreglo a ellas, el adquirente necesita disponer de relativamente poca información para quedar al abrigo de aquellas circunstancias que, bajo la vigencia de las reglas de la denominada seguridad de los derechos, le harían perder el derecho que deseaba obtener, por lo que las reglas de la seguridad del tráfico tienen por objeto reducir o comprimir los costes de transacción que alternatively podrían entorpecer intercambios típicamente eficientes.

Por lo tanto, la única información relevante a efectos del adquirente de una titularidad inscrita, al menos en lo referente a la titularidad y cargas que pueden resultar preferentes, debería ser la que resulte del Registro de la Propiedad, sin que dicha información pueda quedar desvirtuada por los actos y negocios jurídicos realizados privadamente por el titular registral con un tercero ni de las eventuales situaciones posesorias derivadas de los mismos.

La necesidad de los registros surge cuando los mercados se amplían y la contratación ya no solo es entre amigos y conocidos sino entre desconocidos y, por tanto, surgen una serie de incertidumbres que es preciso resolver para poder contratar.

Los registros de derechos solucionan las incertidumbres relativas a la titularidad y cargas suministrando al mercado un legitimado para disponer, con una titularidad *inter tertios*, y blindando a los adquirentes de buena fe frente a cualquier causa de invalidez, ineficacia, etc que pueda afectar a los actos y negocios

jurídicos relativos al mismo bien, anteriores a su propio negocio adquisitivo, que, teniendo alcance real, no se hallen inscritas, así como respecto a aquellos derechos reales de garantía o medidas cautelares de carácter judicial o administrativo que no se hallen debidamente inscritas o anotadas.

Si la existencia de situaciones posesorias a título de dueño imposibilitan la buena fe del tercero, se dificulta la contratación impersonal, esto es, el mercado. Ello tiene como resultado la protección de quien utilizó en su favor el sistema registral, y, sin embargo, no inscribe su adquisición, produciendo, así, unos perjuicios de carácter general, como consecuencia de la desprotección de quien consultó el Registro y contrató conforme a la información obtenida del mismo, al margen de las situaciones posesorias existentes.

Como recuerda ARRUÑADA⁴⁴, es de sobra conocido y aceptado que el reconocimiento por parte de los sistemas jurídicos de derechos reales no inscritos perjudica la seguridad del tráfico jurídico, porque, al hacer que tales derechos no inscritos prevalezcan sobre los derechos de aquellos que han adquirido con base en la información registral, se introducen riesgos innecesarios en las transacciones. Por este motivo, para proporcionar protección a los titulares de derechos posesorios sin perjudicar la seguridad del tráfico, la solución lógica a la que están tendiendo los sistemas registrales más modernos es la de reducir el papel de la simple posesión como evidencia de titularidad, a la vez que se facilita la inscripción registral de derechos posesorios. La experiencia histórica de nuestro país apoya la utilidad de esta inscripción registral de derechos posesorios, una figura que es convencional en gran número de países y que, como se ha demostrado, también gozó de notable protagonismo en nuestro país durante más de medio siglo.

En todo caso, como he expuesto anteriormente, resultaría no solo paradójico sino absurdo que se introdujera el principio de presunción de exactitud registral en la reforma de 1944 y, simultáneamente, se expulsara del Registro *al ius possessionis* para atribuir al poseedor de hecho, que ya no puede inscribir su posesión, una presunción de *ius possidendi* que prevalecería sobre la misma presunción que la presunción de exactitud establece a favor del titular registral.

V. CONCLUSIONES

I. Desde una perspectiva general, en los sistemas legales con registros de derechos, la protección de la posesión extra registral de inmuebles registrados no ahorra costes de información. ¿Por qué, entonces, se da relevancia jurídica a ciertos efectos a la posesión extra registral? Normalmente, por inercias históricas derivadas de la protección de intereses predominantes en su momento. La

consecuencia es que se dificulta el intercambio impersonal y la financiación con garantía inmobiliaria, en consecuencia, la productividad, la competitividad y, en última instancia la creación de riqueza y de bienestar.

Es de sobra conocido y aceptado que el reconocimiento de efectos *erga omnes* por parte de los sistemas jurídicos de derechos reales —y, en general, de situaciones jurídicas— no inscritos perjudica la seguridad del tráfico jurídico, porque, al hacer que tales derechos no inscritos prevalezcan sobre los derechos de aquellos que han adquirido con base en la información registral, se introducen riesgos innecesarios en las transacciones.

Por este motivo, para proporcionar protección a los titulares de derechos posesorios sin perjudicar la seguridad del tráfico, la solución lógica a la que están tendiendo los sistemas registrales más modernos es la de reducir el papel de la simple posesión como evidencia de titularidad.

II. El tránsito del régimen dominical del Antiguo Régimen a la propiedad privada liberal tiene una dimensión registral y en ella, la inscripción de la posesión desempeñó una relevante función constituyente, en la medida en que dicha inscripción se situaba en una posición intermedia entre el dominio medieval y la propiedad liberal, facilitando el tránsito del primero a la segunda.

La pretensión inicial del legislador de 1861 de forzar a cualesquiera titulares de derechos sobre inmuebles a que inscribieran en los nuevos libros los títulos que acreditasen su propiedad —en términos contemporáneos— no pudo sostenerse, debido a que no era despreciable el número de nobles que carecía de títulos escritos y los pequeños y medianos propietarios no solo no veían la utilidad para ellos del nuevo sistema, sino que veían en él una estrategia del Estado para recaudar más.

Por ello, se optó por una solución de compromiso, que se concretó en sucesivas prórrogas hasta su derogación por el Decreto de 19 de diciembre de 1865 y, finalmente, en la contrarreforma que supuso la Ley Hipotecaria de 1869, seguida de diversas normas posteriores entre las que destaca el Decreto de 10 de febrero de 1875, que supuso la superación de las restricciones de acceso de la posesión al Registro contenidas en la LH 1861.

La Ley Hipotecaria de 1909 trató de poner freno a los abusos que habían transformado la información posesoria de mal necesario en amenaza para la propia institución registral

Por un lado, endureció los requisitos del procedimiento de informaciones posesorias, pero, por otro, incrementó notablemente los efectos de las inscripciones. La Ley Hipotecaria de 1909 no introdujo la fe pública registral, aunque sí un sucedáneo de la legitimación registral, que dio lugar a múltiples abusos, lo que obligó a su reforma.

En todo caso, al no incorporar la legitimación ni la fe pública registrales, sino solo la inoponibilidad la inscripción solo permitía invocar los contratos inscritos frente a terceras personas, no probar la existencia ni la titularidad de los derechos reales inmobiliarios, con lo que no resolvía la incertidumbre esencial en un entorno de contratación impersonal y que el Código civil no podía resolver por sí solo, cual es la identificación del titular del *ius disponendi*.

III. Por lo tanto, con anterioridad a la reforma de 1944-46, la inscripción no protegía adecuadamente al titular registral y, además, tampoco solventaba la principal incertidumbre propia de un contexto de contratación impersonal cual es la identificación del titular del *ius disponendi*, pues el efecto caracterizador del sistema registral era la inoponibilidad, sin que la inscripción produjese efectos sustantivos —ni procesales— que sirviesen de título de legitimación para el titular registral ni protegiese a quien adquiría del mismo, con lo que no resolvía la incertidumbre esencial en un entorno de contratación impersonal y que el Código civil no podía resolver por sí solo, cual es la identificación del titular del *ius disponendi*.

La permanencia de las inscripciones posesorias dificultaba la solución de estas deficiencias, por lo que debían desaparecer. La reforma, sin embargo, debía acometerse con tacto porque no había que lesionar situaciones adquiridas y porque todavía persistía el problema de la falta de titulación en condiciones de acceder al Registro.

IV. Con esta finalidad, el Texto Refundido de 1946 introdujo, como principales novedades, la presunción de exactitud e integridad de los asientos registrales —artículo 38— y la denominada fe pública registral —artículo 34—. En lo que respecta a la posesión vedó las inscripciones posesorias —artículo 5—. Eliminó, consecuentemente, los artículos relativos al expediente o informaciones posesorias, aunque manteniendo los efectos de los asientos de posesión ya registrados o de los expedientes posesorios en curso al entrar en vigor la reforma.

Expulsada la posesión del Registro, la posesión extra registral no debería tener relevancia registral alguna. Sin embargo, a la vez que en su artículo 5 erradica la posesión del Registro, el Texto Refundido le concede en su artículo 36 efectos potencialmente anuladores de la inscripción registral. Ello, unido a otros factores, ha tenido como consecuencia que la posesión extra registral haya acabando teniendo repercusiones registrales en aspectos tan importantes como la apreciación de la buena fe del tercero *ex* artículo 34 LH o la apreciación de la diligencia exigible para reconocer dicha buena fe, entre otros.

V. Los registros de derechos solucionan las incertidumbres relativas a la titularidad y cargas suministrando al mercado un legitimado para disponer, con una titularidad *inter tertios*, y blindando a los adquirentes de buena fe frente a cualquier causa de invalidez, ineficacia, etc., que pueda afectar a los actos y negocios

jurídicos relativos al mismo bien, anteriores a su propio negocio adquisitivo, que, teniendo alcance real, no se hallen inscritas, así como respecto a aquellos derechos reales de garantía o medidas cautelares de carácter judicial o administrativo que no se hallen debidamente inscritas o anotadas.

Si la existencia de situaciones posesorias extra registrales a título de dueño, imposibilitan la buena fe del tercero, se dificulta la contratación impersonal, esto es, el mercado. Ello tiene como resultado la protección de quien utilizó en su favor el sistema registral, y, sin embargo, no inscribe su adquisición, produciendo, así, unos perjuicios de carácter general, como consecuencia de la desprotección de quien consultó el Registro y contrató conforme a la información obtenida del mismo, al margen de las situaciones posesorias existentes.

En todo caso resultaría no solo paradójico sino absurdo que se introdujera el principio de presunción de exactitud registral en la reforma de 1944 y, simultáneamente, se expulsara del Registro *al ius possessionis* para atribuir al poseedor de hecho, que ya no puede inscribir su posesión, una presunción de *ius possidendi* que prevalecería sobre la misma presunción que la presunción de exactitud establece a favor del titular registral o para reconocer a dicha posesión extra registral una eficacia destructora de la buena fe del adquirente ex artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

BIBLIOGRAFIA

- ACKERMAN B.A., *Economic Foundations of Property Law*, Ed. Little, Brown, and Company, 1976
- ALVAREZ CAPEROCHIPI J.A., *La posesión y el Registro de la Propiedad*, RDP. 62 (jun.1978)
- ARRUÑADA B., *Vías de acceso al Registro de la Propiedad: La experiencia española (I)*, RCDI, núm.680
- CABALLERO GEA J.A., *Desahucios.Procedimiento del art.41 de la Ley Hipotecaria. El titular registral frente al ocupante sin título*, Ed.: Aranzadi,1985
- CASTILLO MARTÍNEZ C.C., *El nuevo planteamiento jurisprudencial de los artículos 1473 del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria (revisión crítica de las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 5 de marzo de 2007, 20 de marzo de 2007, 7 de septiembre de 2007 y 5 de mayo de 2008*, Diario La Ley, núm. 7080, 19 de diciembre de 2008, año XXIX, ref. D-373
- CUENA CASAS M., *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007. Doble venta y venta de cosa ajena. Alcance del artículo 1473 del Código civil*, en YZQUIERDO TOLSADA M. (Coord). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil) vol. I* (2005-2007), Madrid, Dykinson, 2008
- DE LA RICA y ARENAL R., *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*, Ed.: Aguilar 1945
- DE LA RICA y ARENAL R. *La buena fe y la publicidad del Registro*, RCDI, núm 256,

- DEMSETZ H *From Economic Man to Economic System*, ed. Cambridge University Press, 2008
- DÍEZ-PICAZO L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III*, Ed.: Thomson Civitas, 2008
- DOMÍNGUEZ LUELMO A. (Director), *Comentarios a La Ley Hipotecaria*, Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2019
- FERNÁNDEZ GREGORACI B., *Legitimación posesoria y legitimación registral (algunos supuestos de aplicación)*, CORPME, 2002
- ELICKSON R.C., *Property in Land*, en *The Yale Law Journal*, 1992-1993
- FURUBOTN E.G y RICHTER R., *Institutions and Economic Theory*, The University Michigan Press, 1998
- GALLEGO DEL CAMPO G., “La usucapión contra tabulas” en De DIOS S. et al., *Historia de la propiedad en España, IV Costumbre y prescripción*, CORPME, 2006
- GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho inmobiliario Registral o Hipotecario, T.I*, Madrid, Civitas, 1988
- GORDILLO CAÑAS A. “La buena fe hipotecaria: quaestiones quodlibetales”, *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Vol II, ed. CORPME, Madrid, 2006
- GORDILLO CAÑAS A. *El principio de fe pública registral*, I, ADC, vol.59, núm.2, 2006
- IHERING R., *La posesión*, Madrid, 1926
- LACRUZ BERDEJO J.L., *Derecho Inmobiliario Registral*, Ed.: Bosch, Barcelona, 1976
- LIBECAP G.D, *Contracting for Property Rights*, en ANDERSON T.L & McCHESNEY F.S (ed), *Property Rights, Cooperation, Conflicts and Law*, ed. Princeton University Press, 2003
- LÓPEZ FRÍAS A, *La buena o mala fe del tercero ex artículo 34 de la Ley Hipotecaria cuando la situación posesoria no coincide con la publicidad registral*. RCDI núm. 781
- MACÍA A. *La usucapión secundum tabulas. El art.35 de la Ley Hipotecaria*, RCDI, núm.:664
- MARTÍNEZ-PÉREZ F., *Posesión, dominio y Registro*, Ed.: Dykinson, 1920
- MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, Ed.: Thomson Reuters, 2011
- MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015. Desafectación tácita. La diligencia básica exigible para la buena fe del artículo 34 de la Ley Hipotecaria” págs. 583 a 613, en Yzquierdo Tolsada M. (Dir.) *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina* (Civil y Mercantil), Volumen 7.º (2015), ed. Dykinson, Madrid, 2017
- MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Evolución institucional de los sistemas de transmisión onerosa*, Ed.: Tirant Lo Blanch, 2023
- MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *La evolución de la interacción entre la inoponibilidad y la fe pública registral*, RCDI núm. 798
- MERRILL TH. W y SMITH H.E, *Property: Principles and Policies*, Foundation Press, 2012
- MERRILL TH. W. “Ownership and possession”, en YUN-Chien Chang (Ed.), *Law and Economics of Possession*, Cambridge University Press 2015
- MIQUEL GONZÁLEZ J.M., “Comentario al artículo 7 1.º del Código civil” en *Comentario del Código Civil*, T. I –PAZ-ARES C., DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN

- L. BERCOVITZ R., SALVADOR CODERCH P (Dirs.)—, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991
- MONTÉS PENADÉS V.L., *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo*, ed. Civitas, Madrid, 1980
- MORALES A.M., *Posesión y usucapión. Estudio de la posesión que conduce a la usucapión en el Código civil español*. CSIC, 1972
- MURGA FERNÁNDEZ, J.P., *La configuración de la buena fe del tercero hipotecario. Breves notas en defensa de su concepción “ética”*, en MURGA FERNÁNDEZ J.P y TOMÁS TOMÁS S., *Cuestiones actuales de Derecho patrimonial desde una perspectiva italo-española*. ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014
- OLIVER Y ESTELLER B., *Derecho Inmobiliario español*, Civitas Thomson Reuters., 2.^a ed.: Cizur Menor, 2009
- PARDO NÚÑEZ C.R., *Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español*, RCDI núm.: 614
- PAZ-ARES C. *Seguridad jurídica y Seguridad del tráfico*, RDM, 175–176
- PÉREZ GARZÓN J.S., *Las Cortes de Cadiz. El nacimiento de la nación liberal (1808-1814)*, ed. Síntesis, Madrid, 2007
- PESET REIG M., *Los orígenes del Registro de la Propiedad en España*, RCDI, n.º 527
- PESET REIG M., *Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra*, ed. Edersa, Madrid, 1988
- POLLOCK F. and WRIGHT, R. S. 1888. *An Essay on Possession in the Common Law*. Oxford: Clarendon Press, citado por ROSE CAROL M. “The law is nine-tenths of possession: an adage turned on its head” en YUN-Chien Chang (Ed.), *Law and Economics of Possession*, Cambridge University Press 2015. POLLOCK es autor de la parte del libro de donde la autora entresaca la cita.
- POSNER R. *Economic Analysis of Law*, ed. Aspen, 2003
- ROCA TRÍAS s M.A., *Las relaciones entre la posesión y el Registro de la Propiedad*, RCDI, Núm.530, enero-febrero 1979
- SAN EMETERIO MARTÍN N., *Sobre la propiedad. El concepto de propiedad en la Edad Moderna*. ed. Tecnos, Madrid, 2005
- TRINCADO AZNAR J.M., *¿Es posible la usucapión ordinaria contra tabulas?* En RCDI n.º 781
- VALLET DE GOYTISOLO J.B., “La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública”, 1957, en *Estudios sobre Derecho de cosas*, ed. Montecorvo, Madrid, 1973
- VILLARES PICÓ M., *La posesión y el Registro*, RCDI, 230-231
- YUN-CHIEN CHANG, “Introduction” en YUN-CHIEN Chang (ed.) *Law and Economics of Possession*, Cambridge University Press 2015
- YUN-CHIEN CHANG, “The economy of concept and possession” en YUN-CHIEN CANG (ed.) *Law and Economics of possession*, Cambridge University Press, 2015

NOTAS

¹ DIEZ-PICAZO L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III*, Ed.: Thomson Civitas, 2008, pág. 615

² DIEZ-PICAZO L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III*, Ed.: Thomson Civitas, 2008, pág. 621.

³ Para una panorámica de las diferentes concepciones de la posesión en una amplia gama de códigos civiles, véase Yun-Chien Chang, “The economy of concept and possession” en YUN-CHIEN CHANG (ed.) *Law and Economics of possession*, Cambridge University Press, 2015, págs. 103-124.

⁴ YUN-CHIEN CHANG, “Introduction” en YUN-CHIEN CHANG (ed.) *Law and Economics of Possession*, Cambridge University Press 2015, pág. 1: “La posesión es una institución de dos mil años de antigüedad, y los eruditos han debatido el concepto de posesión desde mediados del siglo XIX, pero los académicos modernos carecen de consenso sobre la definición de posesión. Aunque los países de common law parecen evitar definir exactamente la posesión, los de civil law del continente europeo y Asia oriental asumen el desafío. Sin embargo, difieren sobre cómo se delimita y debe delimitarse la posesión. Algunos países, como Francia y los Países Bajos, distinguen entre la posesión y la detención, mientras que otros, como Alemania y Taiwán, utilizan los términos “poseedores” y “agentes en posesión”. Algunas jurisdicciones, como el Japón y Corea, consideran que la posesión es un derecho, mientras que otras, por ejemplo China, la tratan como un hecho. Algunos códigos civiles, como los de Alemania y Taiwán, simplemente definen la posesión como el control real, pero otros, por ejemplo el de Francia y los Países Bajos, también requieren intenciones específicas. En resumen, el concepto de posesión es ambiguo o desordenado.”

⁵ MERRILL TH. W. “Ownership and possession”, en YUN-Chien Chang (Ed.), *Law and Economics of Possession*, Cambridge University Press 2015, pág. 32

⁶ POLLOCK F. and WRIGHT, R. S. 1888. *An Essay on Possession in the Common Law*. Oxford: Clarendon Press, citado por ROSE CAROL M. “The law is nine-tenths of possession: an adage turned on its head” en YUN-Chien Chang (Ed.), *Law and Economics of Possession*, Cambridge University Press 2015, pág. 46. POLLOCK es autor de la parte del libro de donde la autora entresaca la cita.

⁷ Citado por DIEZ-PICAZO L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III*, Ed.: Thomson Civitas, 2008, pág. 617. Vide. IHERING R., *La posesión*, Madrid, 1926.

⁸ MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, Ed.: Thomson Reuters, 2011, págs. 138-152.

⁹ MERRILL TH. W., *Ownership and possession*, págs. 9 ss

¹⁰ Véase un tratamiento por extenso en MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *La evolución de la interacción entre la inoponibilidad y la fe pública registral*, RCDI núm. 798

¹¹ MONTÉS PENADÉS V.L., *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo*, ed. Civitas, Madrid, 1980, págs. 53-56, observa que confluyen en la específica configuración de estos dos institutos una serie de influencias históricas, el sistema romano o romanístico, la elaboración científica del racionalismo sobre las reglas romanas, la influencia filosófica del mismo racionalismo o iusnaturalismo y, desde luego, la concepción económica de los fisiócratas —pág. 56—. Véase SAN EMETERIO MARTÍN N., *Sobre la propiedad. El concepto de propiedad en la Edad Moderna*. ed. Tecnos, Madrid, 2005.

¹² La relación entre propiedad y contrato es un eje esencial en el análisis de la función económica de la propiedad privada. Véase LIBECAP G.D, *Contracting for Property Rights*, en ANDERSON T.L & McCHESNEY F.S (ed), *Property Rights, Cooperation, Conflicts and Law*, ed. Princeton University Press, 2003, págs. 142-168.

¹³ Sobre la función económica del Derecho de propiedad véase ACKERMAN B.A., *Economic Foundations of Property Law*, Ed. Little, Brown, and Company, 1976, FURUBOTN E.G y RICHTER R., *Institutions and Economic Theory*, The University Michigan Press, 1998, DEMSETZ H *From Economic Man to Economic System*, ed. Cambridge University Press, 2008. POSNER R. *Economic Analysis of Law*, ed. Aspen, 2003, MERRILL TH. W y SMITH H.E, *Property: Principles and Policies*, Foundation Press, 2012, ELLICKSON R.C., *Property in Land*, en The Yale Law Journal, 1992-1993, pág.1315. MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, Thomson Reuters, 2011, SAN EMETERIO MARTÍN N. *Sobre la propiedad. El concepto de propiedad en la Edad Moderna*, ed. Tecnos, Madrid, 2005

¹⁴ Véase PESET REIG M., *Los orígenes del Registro de la Propiedad en España*, RCDI, n.º 527. PESET REIG M., *Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra*, ed. Eder-sa, Madrid, 1988.

¹⁵ Dicho precepto se completaba por los artículos 36 y 37. Según el artículo 36 de la Ley Hipotecaria:

“Las acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme á lo prevenido en esta Ley”.

Y según el artículo 37 de la misma Ley:

“Se exceptúan de la regla contenida en el artículo anterior:

1.º Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen á causas que consten explícitamente en el registro.

2.º Las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores en los casos siguientes:

Cuando la segunda enajenación haya sido hecha por título gratuito.

Cuando el tercero haya sido cómplice en el fraude.

En ambos casos prescribirá la acción al año, contado desde el día de la enajenación fraudulenta”.

También aparecía completado por el artículo 23 de la Ley Hipotecaria referente a la inoponibilidad de los títulos no inscritos, así como por el artículo 97 de la Ley Hipotecaria relativo a las cancelaciones y según el cual:

“La cancelación de las inscripciones ó anotaciones preventivas no estingue por su propia y exclusiva virtud, en cuanto a las partes, los derechos inscritos á que afecte; pero la que se verifique, sin ningún vicio exterior de nulidad de los espresados en el artículo siguiente, surtirá todos sus efectos, en cuanto al tercero que por efecto de ella haya adquirido é inscrito algun derecho, aunque después se anule por alguna causa que no resulte claramente del mismo asiento de cancelación”.

¹⁶ OLIVER Y ESTELLER B., *Derecho Inmobiliario español*, Civitas Thomoson Ruters., 2.ª ed.: Cizur Menor, 2009, págs. 557-558.

¹⁷ ARDO NÚÑEZ C.R, *Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español*, RCDI núm.: 614, pág. 156, nota 86. Me remito a todo lo expuesto al respecto en las paginas precedentes a propósito de lass resistencias que suscitó la introducción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria de 1861.

¹⁸ MARTÍNEZ-PÉREZ F., *Posesión, dominio y Registro*, Ed.: Dykinson, 1920, pág.: 21.

- ¹⁹ MARTÍNEZ-PÉREZ F., *Posesión, dominio y Registro*, Ed.: Dykinson, 1920, pág.:23.
- ²⁰ MARTÍNEZ-PÉREZ F., *Posesión, dominio y Registro*, Ed.: Dykinson, 1920, pág. 251.
- ²¹ MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *La evolución de la interacción entre la inoponibilidad y la fe pública registral*, RCDI núm. 798,2023, pág. 2046.
- ²² LACRUZ BERDEJO J.L., *Derecho Inmobiliario Registral*, Ed.: Bosch, Barcelona, 1976, pág.:168.
- ²³ MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *La evolución de la interacción entre la inoponibilidad y la fe pública registral*, RCDI núm. 798,2023, pág. 2047.
- ²⁴ ARRUÑADA B., *Vías de acceso al Registro de la Propiedad: La experiencia española (I)*, RCDI, núm.680, 2003, pág.3282. Resalta este autor que “El ánimo del legislador respecto a la publicidad posesoria es visible en que deroga los artículos que la regulaban con carácter inmediato a la promulgación de la Ley, anticipándose así en seis meses a la entrada en vigor de sus otros preceptos. Este hecho también indica que, incluso en 1944, el procedimiento era preferido por muchos ciudadanos a las otras alternativas a su disposición. Es más, incluso experimenta una recuperación notable durante los primeros años de la década”
- ²⁵ MARTÍNEZ-PÉREZ F., *Posesión, Dominio y Registro*, Ed.: Dykinson, 1920, págs.:246-247. Destaca el autor también cómo, a partir de 1944, se desarrolla una amplísima literatura doctrinal en relación con la posesión y el Registro. Entre otros trabajos, pueden citarse a DE LA RICA y ARENAL R., *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*, Ed.: Aguilar 1945, ALVAREZ CAPEROCHIPI J.A., *La posesión y el Registro de la Propiedad*, RDP. 62 (jun.1978) CABALLERO GEA J.A., *Desahucios.Procedimiento del art.41 de la Ley Hipotecaria. El titular registral frente al ocupante sin título*, Ed.: Aranzadi,1985. GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho inmobiliario Registral o Hipotecario, T.I*, Madrid, Civitas,1988, págs.. 207-226. MORALES A.M., *Posesión y usucapión. Estudio de la posesión que conduce a la usucapión en el Código civil español*. CSIC,1972. VILLARES PICÓ M., *La posesión y el Registro*, RCDI, 230-231. GALLEGO DEL CAMPO G., “La usucapión contra tabulas” en.De DIOS S. et al., *Historia de la propiedad en España, IV Costumbre y prescripción*, CORPME, 2006. MACÍA A. *La usucapión secundum tabulas. El art.35 de la Ley Hipotecaria*, RCDI, núm.:664. FERNÁNDEZ GREGORACI B., *Legitimación posesoria y legitimación registral (algunos supuestos de aplicación)*, CORPME,2002.
- ²⁶ Trato por extenso esta cuestión en MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Evolución institucional de los sistemas de transmisión onerosa*, Ed.: Tirant Lo Blanch, 2023, págs..110-126.
- ²⁷ Algunos autores niegan la distinción entre una concepción psicológica y otra ética de la buena fe del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, v.gr.: MIQUEL GONZÁLEZ J.M., “Comentario al artículo 7 1.º del Código civil” en *Comentario del Código Civil*, T. I –PAZ-ARES C., DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., BERCOVITZ R., SALVADOR CODERCH P (Dirs.)–, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 42.
- ²⁸ DOMÍNGUEZ LUELMO A. (Director), *Comentarios a La Ley Hipotecaria*, Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2019. págs. 561-563.
- ²⁹ Puede verse un comentario a esta sentencia en MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015. Desafectación tácita. La diligencia básica exigible para la buena fe del artículo 34 de la Ley Hipotecaria” págs. 583 a 613, en Yzquierdo Tolsada M. (Dir.) *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Volumen 7.º (2015), ed. Dykinson, Madrid, 2017.
- ³⁰ En esta línea, las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2000, 8 de marzo de 2001, 9 de mayo de 2003 o 18 de febrero de 2005.

³¹ GORDILLO CAÑAS A. “La buena fe hipotecaria: quaestiones quodlibetales”, *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Vol II, ed. CORPME, Madrid, 2006, págs. 2351-2389, pág. 2374. *El principio de fe pública registral*, I, ADC, vol.59, núm.2, 2006, págs. 509-65, pág.:589. CUENA CASAS M., *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007. Doble venta y venta de cosa ajena. Alcance del artículo 1473 del Código civil*, en YZQUIERDO TOLSADA M. (Coord). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)* vol. I (2005-2007), Madrid, Dykinson, págs. 493-515. MURGA FERNÁNDEZ, J.P., *La configuración de la buena fe del tercero hipotecario. Breves notas en defensa de su concepción “ética”*, en MURGA FERNÁNDEZ J.P y TOMÁS TOMÁS S., *Cuestiones actuales de Derecho patrimonial desde una perspectiva italo-española*. ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs.103-120, pág.: 214

³² CASTILLO MARTÍNEZ C.C, *El nuevo planteamiento jurisprudencial de los artículos 1473 del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria (revisión crítica de las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 5 de marzo de 2007, 20 de marzo de 2007, 7 de septiembre de 2007 y 5 de mayo de 2008*, Diario La Ley, núm. 7080, 19 de diciembre de 2008, año XXIX, ref. D-373.

³³ LÓPEZ FRÍAS A, *La buena o mala fe del tercero ex artículo 34 de la Ley Hipotecaria cuando la situación posesoria no coincide con la publicidad registral*. RCDI núm. 781, págs. 2621 a 2662, pág. 2644.

³⁴ *Ibidem*, págs. 2621 a 2662, pág. 2661, nota 51.

³⁵ En efecto, la situación posesoria resulta a menudo ambigua e insegura. Merece la pena traer a colación los ejemplos puestos por LÓPEZ FRÍAS A, *La buena o mala fe del tercero ex artículo 34 de la Ley Hipotecaria cuando la situación posesoria no coincide con la publicidad registral*. RCDI núm.:781, págs. 2621 a 2662, pág.2644.: “Pensemos, por ejemplo, que el inmueble litigioso es una finca rústica de ciertas dimensiones que explota, a través de uno o varios trabajadores asalariados, el propietario no inscrito. Si el tercero se desplaza a la finca que pretende adquirir puede que se encuentre con quienes la están labrando (por el día o época de la visita o por la parte del inmueble que inspecciona). Si los ve, no tiene por qué sospechar que no trabajan para la persona que aparece como dueña en el Registro. Y, en general, tampoco tiene por qué saber si la posesión que, en su caso, advierta en la finca es o no en concepto de dueño, pues con frecuencia resulta difícil reconocer este tipo de posesión desde fuera. Recordemos que son manifestaciones de la posesión a título de dueño, entre otras, el pago del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, la realización de reformas, el cambio de cultivo de la finca...pero el adquirente no tiene por qué conocer quién ha realizado esas actuaciones, si es que se han llevado a cabo, sobre todo cuando no vive ni trabaja en la zona donde se encuentra el inmueble. Pensemos ahora que lo que se propone adquirir el tercero es una plaza de garaje en la que frecuentemente hay un coche aparcado. El futuro comprador, ¿ha de pensar que ese coche quizás no es propiedad del titular registral de inmueble?, ¿debe investigar o preguntar sobre la pertenencia del vehículo? Verdaderamente no parece que, habiendo confiado en la publicidad registral, e ignorando su posible inexactitud, el artículo 34 le exija en ese caso tal comportamiento añadido. Ello al margen de que también es posible pensar que la plaza esté alquilada o se haya permitido su uso por parte de algún vecino o amigo del propietario, sin que tal posibilidad tenga que poner en entredicho la veracidad de la información contenida en el Registro”.

³⁶ LÓPEZ FRÍAS A., *La buena o mala fe ex artículo 34 de la Ley Hipotecaria cuando la situación posesoria no coincide con la publicidad registral*, RCDI, n.º 781, págs. 2621 a 2662. Analiza las Ssentencias del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1988, 9 de mayo de 2003, 7 de

diciembre de 2004, 30 de diciembre de 2005, 25 de mayo de 2006, 10 de julio de 2006, 21 de julio de 2006, 10 de octubre de 2006, 5 de marzo de 2007, 20 de marzo de 2007, 7 de septiembre de 2007, 20 de diciembre de 2007, 30 de junio de 2008 12 de enero de 2015, 19 de mayo de 2015, 29 de mayo de 2015, 4 de octubre de 2017, 5 de febrero de 2019 y 28 de mayo de 2019

³⁷ El texto que precede al texto articulado de la Ley de 30 de diciembre de 1944, a modo de preámbulo o, en su caso, exposición de motivos, afirma: “*La inscripción solamente protege con carácter iuris et de iure a los que contrataren a título oneroso mientras no se demuestre haberlo hecho de mala fe*”, lo que deja meridianamente clara la voluntad del legislador. No se exige diligencia alguna al adquirente –salvo adquirir del titular registral con capacidad para disponer–, de ahí que su buena fe se presuma “*siempre*” en el texto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

³⁸ El parágrafo 932.2.º del *Bürgerliches Gesetzbuch* dispone, en relación a bienes muebles, que “*el adquirente no es de buena fe si es conocido para él, o desconocido a consecuencia de culpa grave, que la cosa no pertenece al enajenante*”. Hay que subrayar que en Derecho alemán la transmisión de la propiedad mobiliaria no requiere inscripción sino entrega –parágrafo 929 del *Bürgerliches Gesetzbuch*

³⁹ Un examen exhaustivo de las diferentes opiniones al respecto puede verse en Trincado Aznar J.M., *¿Es posible la usucapión ordinaria contra tabulas?* En RCDI n.º 781, págs. 2715 a 2770.

⁴⁰ ROCA TRÍAS s M.A., *Las relaciones entre la posesión y el Registro de la Propiedad*, RCDI, Núm.530, enero-febrero 1979, págs. 9 a 74.

⁴¹ DE LA RICA y ARENAL R. *La buena fe y la publicidad del Registro*, RCDI, núm 256, págs. 557-558, utilizó la conocida expresión “*buena fe pluscuamperfecta*”, por lo que calificaba al tercero del artículo 36 de la Ley Hipotecaria de tercero “*pluscuamperfecto*”.

⁴² VALLET DE GOYTISOLO J.B., “La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública”, 1957, en *Estudios sobre Derecho de cosas*, ed. Montecorvo, Madrid, 1973, págs. 335 y 443.

⁴³ PAZ-ARES C. *Seguridad jurídica y Seguridad del tráfico*, RDM, 175–176, 1985, págs. 7-8.

⁴⁴ ARRUÑADA B., *Vías de acceso al Registro de la Propiedad: La experiencia española (I)*, RCDI, núm.680, 2003, pág.3287.

La propiedad privada en la encíclica *Rerum Novarum*: desde el Libro del Génesis y Aristóteles a la Ley de vivienda de 2023

Private ownership in the encyclical Rerum Novarum: from the Book of Genesis and Aristotle to the Spanish Housing Act of 2023

por

SERGIO NASARRE AZNAR
Catedrático de Derecho civil
Cátedra UNESCO de vivienda
Universidad Rovira i Virgili

“Porque a todo el que tiene, se le dará y le sobrar ; pero al que no tiene, aun lo que tiene se le quitar ”.
Mt. 25, 29.

RESUMEN: El presente trabajo analiza la posición que sobre la propiedad privada adoptó la influyente enc lica *Rerum Novarum* (1891) de León XIII ante las consecuencias económico-sociales de la Revolución Industrial, sus antecedentes y su impacto posterior. La enc lica llamó a buscar una tercera v  que superase las concepciones liberal y socialista de la misma, poniéndola al servicio del “bien común”. Este complejo concepto será objeto de apropiación por distintos régimenes para perseguir sus propios fines a lo largo del s. XX y lo que llevamos del XXI, sin conseguirse en ninguno de ellos su plena y satisfactoria implementación. El artículo reflexiona sobre la importancia hoy, en plena Revolución Digital, de evitar la concentración de la propiedad en manos de las

grandes corporaciones, así como de impedir su simple expropiación por los gobiernos, para evitar así abandonar a los ciudadanos a un estado servil.

ABSTRACT: This paper analyses the position on private ownership adopted by Leo XIII's influential encyclical Rerum Novarum (1891) in light of the economic and social consequences of the Industrial Revolution, its antecedents, and its subsequent impact. The encyclical called for a third way that would transcend both liberal and socialist conceptions of private ownership, placing it at the service of the "common good." This complex concept would be appropriated by different regimes to pursue their own ends throughout the 20th century and so far in the 21st, without any of them achieving its full and satisfactory implementation. The article reflects on the importance today, in the midst of the Digital Revolution, of avoiding the concentration of property in the hands of large corporations, as well as preventing its simple expropriation by governments, in order to avoid abandoning citizens to a servile state.

PALABRAS CLAVE: Propiedad privada, función social, bien común, terceras vías, distributismo, socialismo, liberalismo, revolución digital, *Rerum Novarum*.

KEYWORDS: Private ownership, social function, common good, third ways, distributism, socialism, liberalism, digital revolution, *Rerum Novarum*.

SUMARIO: I. PROPIEDAD PRIVADA VS COMUNITARISMO.—II. LA ACUMULACIÓN DE LA PROPIEDAD PRIVADA.—III. LA REACCIÓN SOCIALISTA.—IV. LA PROPIEDAD PRIVADA Y LA *RERUM NOVARUM*. 4.1. PRECEDENTES DE LA *RERUM NOVARUM*. 4.2. EN LA *RERUM NOVARUM*. LA CUESTIÓN DEL "BIEN COMÚN". 4.3. TRAS LA *RERUM NOVARUM*. 4.3.1. *En las democracias liberales. La "función social" de la propiedad. El abandono del distributismo chestertoniano.* 4.3.2. *En los países comunistas.* 4.3.3. *Los estados corporativos como "terceras vías".*—V. CONCLUSIONES

I. PROPIEDAD PRIVADA VS COMUNITARISMO

La propiedad privada se trata hoy de un derecho reconocido tanto a nivel internacional (art. 1 Prot. 1 Convenio Europeo de Derechos Humanos) como a nivel nacional (art. 33.1 Constitución española, CE). Sin embargo, se encuentra permanentemente puesto en duda, limitado, atenuado, especialmente a partir de los trabajos de L. Duguit (1912) y, tras las 2.^a Guerra Mundial, por la preponderancia del Estado Social, a pesar de sus más que evidentes carencias, que arrastramos sin solución. Estas son especialmente perceptibles en la sanidad, la educación y la vivienda¹, entre otros servicios² que, a cambio de nuestro sacrificio

económico mensual (merma de nuestro poder adquisitivo y libertad individual) para contribuir al erario, deberían funcionar bien.

Sin embargo, las familias españolas deben tirar cada vez más de mutuas sanitarias privadas (uno de cada cuatro españoles, destacando Cataluña con un 33%)³, de educación concertada o privada incluso a nivel universitario (han aumentado un 56% los universitarios en Universidades privadas desde 2015, mientras que ha bajado un 6% de los matriculados en las públicas)⁴ y procurarse por ellos mismos el acceso a la vivienda por la inacción del Estado desde 2011 (Nasarre Aznar, 2020). Ello implica una constante tensión entre podernos apropiar del fruto de nuestro trabajo o el de nuestros ancestros (Locke, 1689) para asegurar nuestro bienestar y el de nuestra prole, y la obligación de sacrificar buena parte del mismo para un prometido “bien común”. El art. 2.1 Ley General Tributaria preceptúa que: *“Los tributos, además de ser medios para obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, podrán servir como instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución”*.

Pero la tributación no es la única manera que tiene el Estado para lacerar nuestra propiedad privada. Desde la expropiación (art. 1 Ley 12-12-1954 de expropiación forzosa: *“por causa de utilidad pública o interés social”*; ley franquista pero vigente y avalada por el art. 33.3 CE) a las “nuevas propiedades” llamadas “estatutarias”, como la del suelo, las aguas y las minas (pioneras con las Leyes de 3-8-1866 y 11-4-1849, respectivamente, donde se acuña el concepto de “dominio público”, con el permiso de la Ley de propiedad intelectual de 10-6-1847, como nos recuerda Chico Ortiz, 1985, 14, que al fenecer tal derecho pasa a ser de dominio público) o de la vivienda, en las que el Estado directamente dice en qué consiste ser “titular” de estos bienes. Por ejemplo, los arts. 10 y 11 Ley 12/2023 obligan a los propietarios a usar sus viviendas solo para vivir en ellas, considerándose cualquier otro uso o disposición contrarios a la función social de la propiedad (arts. 1 y 7 Ley 12/2023; art. 33.2 CE), lo que ya se evidencia en el control de la renta de los alquileres o en la necesidad de recabar el permiso de la comunidad de propietarios para poder alquilar nuestro piso a turistas desde la DF 4.ª LO 1/2025.

La proliferación de una cada vez mayor tensión entre la intervención del Estado (el culmen son los estados socialistas totalitarios; véase el arts. 38 y 128 CE) en regímenes democrático-liberales pero limitados por “lo social” (como España; art. 1 CE) en la propiedad privada de los individuos no es más que la evidencia en nuestros tiempos de una tensión no resuelta entre el respeto o no y los límites de la propiedad privada que ya aparece en el Génesis (Génesis 1:26-28: *“llenad la tierra y sometedla”*; vs Génesis 2: el Edén), y que ha tenido su réplica en diversos binomios a lo largo de la historia: Platón y Aristóteles, San Agustín

y Santo Tomás, Hobbes y Locke, Marx y A. Smith, comunismo-liberalismo. A nuestro Estado hoy, le ha bastado apellidarse “social” para que “*de centinela, se ha[ya] convertido en visitante y ha[ya] penetrado en la propiedad sin necesidad de autorización judicial: lo social ha sido suficiente*” (Chico Ortiz, 1985, 21).

El presente trabajo analiza la posición que sobre la propiedad privada adoptó la influyente encíclica *Rerum Novarum* (1891) de León XIII ante las consecuencias económico-sociales de la Revolución Industrial, sus antecedentes y su impacto posterior. La encíclica, promulgada dos años después de nuestro Código civil, llamó a buscar una tercera vía que superase las concepciones liberal y socialista de la misma, poniéndola al servicio del “bien común”. Como veremos, su máxima influencia coincide con el nacimiento de la *Revista crítica de Derecho inmobiliario* en los años 20 y 30 del siglo pasado y hoy recobra especial atención por el nombre adoptado por el nuevo Papa en 2025, León XIV. De cómo acabe configurándose la propiedad privada en nuestro país o, en fin, de su subsistencia dependerá, al fin y al cabo, lo que acabe registrándose o no (art. 1.1 LH).

II. LA ACUMULACIÓN DE LA PROPIEDAD PRIVADA

La Revolución Industrial supuso un cambio radical en el orden económico, social y religioso europeo. Gran parte de ese cambio radicó en el cambio del control sobre la propiedad privada de los medios de producción de la riqueza⁵.

La sociedad preindustrial de la Inglaterra s. XVIII no distaba mucho de como habían vivido sus antepasados desde la aparición de la agricultura hacia el 6.000 a.C., siguiendo el orden jurídico-económico-social surgido del colonato tras la caída del Imperio Romano. Tampoco la Francia de prácticamente todo el s. XIX y primeras décadas del s. XX: en 1851, $\frac{3}{4}$ partes de la población francesa vivía en zonas rurales (Weber, 1976, 163).

Si bien la Revolución francesa consagró a la propiedad privada como “derecho inviolable y sagrado” en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que luego quedó de algún modo positivizada y generalizada en el art. 544 *Code civil* 1804, lo cierto es que pocos pudieron acceder a ella en un primer momento tras la expropiación de los bienes de la Iglesia y de la nobleza rural, tal y como ha calculado T. Piketty (2021). Este autor defiende que esta re-concentración inmobiliaria perpetuó la desigualdad en Francia hasta el punto de que ha impedido el desarrollo de una “igualdad real” de todos los ciudadanos, siendo totalmente insuficiente la “igualdad formal” o “ante la ley” burguesa, siguiendo a Marx.

Pues bien, este fenómeno de expropiar para luego favorecer a unos pocos no era la primera vez que se daba ni fue la última. Así, en la Inglaterra de Enrique

VIII, la ruptura con Roma y el nacimiento del anglicanismo comportó la expropiación de los bienes de la Iglesia para repartirlos a sus nobles allegados. H. Belloc (1912) encuentra en aquel acontecimiento de acumulación inmobiliaria el antecedente de las *enclosures* o proceso de concentración parcelaria en perjuicio de los *yeomen* o pequeños propietarios que entre los ss. XVII y XX se vino dando en aquel país y que favoreció a la postre la generación de excedentes de producción, la economía de escala y la “liberación” de la mano de obra necesaria para la creciente industria, que desembocó en la Revolución industrial. Se calcula que entre 1604 y 1914 la “expropiación” a los *yeomen* a través de las *enclosures* (cercamientos) que fueron acabando con los *openfields* ascendió a unos 6,8 millones de acres, a través especialmente (antes ya se venían haciendo por pactos) de la promulgación por el Parlamento británico de 5.200 *bills*, es decir, a poco más de una quinta parte de la superficie total de Inglaterra⁶.

En cuanto a España, las denominadas “leyes desamortizadoras” sirvieron en un inicio también de poco para repartir la propiedad inmueble. Tres fueron las principales oleadas de normas: Vinculaciones y mayorazgos (RD 11-9-1820); Señoríos (D 6-8-1811); y Desamortización (D 19-2-1836 y Ley 1-5-1855). Así, dichas reformas cambiaron la estructura de la propiedad, mientras que la tercera implicó un cambio de propietarios (se estima que entre 1836 y 1900 se enajenó el 20% del territorio nacional): acabaron comprando las tierras desamortizadas profesionales de las subastas, comerciantes, abogados y funcionarios, las clases medias rurales, nobles y algunos campesinos no propietarios. Se crearon, en fin, nuevos latifundios. El resultado fue que la superficie cultivada aumentó y con ella la producción agraria, aunque no hubo interés de los nuevos propietarios en hacer mejoras técnicas; además, se redujo la tierra dedicada al ganado y se distrajeron a la tierra capitales que hubiesen sido necesarios para la industrialización y el desarrollo del ferrocarril, para lo que tuvo que recurrirse a capital extranjero (Tomás y Valiente, 1978, 16 a 17, 21, 28, 30, 31). Hasta 1861 no llegaría la primera Ley Hipotecaria.

En cualquier caso, el control de los medios de producción por parte de unos pocos (dirá Chesterton (1920) que “*demasiado capitalismo no quiere decir demasiados capitalistas sino demasiado pocos capitalistas*”), es decir, que solo unos pocos concentraban las máquinas y el capital suficiente para generar la nueva riqueza (recordemos que el sistema feudal medieval daba margen al campesino a explotar la tierra una vez pagado el diezmo y cumplidas las limitaciones feudales, por ejemplo, del uso obligatorio del molino del señor) implicaba que los demás solo podían arrendar su trabajo a cambio de un salario, a menudo escaso, y en condiciones precarias. De ahí que ese liberalismo concebido por A. Smith fuese puesto en cuestión por Marx debido a una necesaria “lucha de clases”, un enfrentamiento social.

III. LA REACCIÓN SOCIALISTA

En 1848, Marx y Engels resumieron el pensamiento comunista en una sola frase que detonaría todo tipo de revoluciones y desórdenes desde entonces hasta nuestros días: “la abolición de la propiedad privada”.

Admirador de los desmanes violentos de la Comuna de París contra la III República francesa (1871), el socialista K. Marx, junto con F. Engels, estableció como imprescindible para crear su mundo ideal comunista la abolición de la propiedad privada (1848), en tanto que infraestructura⁷, bien universalizándola (todos pueden participar en ella), bien que la tuviera toda el Estado, o bien “superándola” de manera que el individuo se diluya y recupere así su “auténtica naturaleza, [su] naturaleza humana, [su] naturaleza comunal” (1844).

En fin, de acuerdo con el *Manifiesto Comunista* publicado por ambos el 21-2-1848 y aceptado por ambos hasta sus muertes respectivas: “*Así entendida, sí pueden los comunistas resumir su teoría en esa fórmula: abolición de la propiedad privada*”; “*El proletariado se valdrá del Poder para ir despojando paulatinamente a la burguesía de todo el capital, de todos los instrumentos de la producción, centralizándolos en manos del Estado [...] Claro está que, al principio, esto sólo podrá llevarse a cabo mediante una acción despótica sobre la propiedad y el régimen burgués de producción*”. Algunas medidas que propone, en cuanto nos atañe, son: “*la expropiación de la propiedad inmueble*”, “*fuerte impuesto progresivo*” y la “*abolición del derecho de la herencia*”⁸. Añadirían en el prólogo a la edición alemana del Manifiesto de 1872: “*Pero la clase obrera no puede limitarse simplemente a tomar posesión de la máquina del Estado tal y como está y servirse de ella para sus propios fines*”.

Nótese como la eliminación de la propiedad privada es una condición *sine qua non* puede alcanzarse la “dictadura del proletariado” que para él era la auténtica democracia y no la burguesa/liberal. Aunque resulte paradójico que para Marx la única democracia auténtica posible tenga que ser una dictadura, este tipo de contradicciones eran comunes en su pensamiento (y en el de sus seguidores), al estilo hegeliano (Navajas, 2024) que, tirando de superioridad moral, consideraran que no es necesario resolverlas. Es más, son convenientes. De manera que una dictadura puede ser buena dependiendo de quien la ejerza: en las democracias liberales lo hace la burguesía (plutócratas), y eso era injusto; en cambio, en la que él preconiza, la ejercerán los proletarios (los que solo pueden aportar prole, porque no tienen patrimonio), lo que sí es correcto.

Y cuando hablaba de la “abolición” de la propiedad privada y de una lucha de clases determinista e inevitable (materialismo histórico, determinismo al estilo Newton o Darwin) se refería a una violencia real. Violencia que claramente Lenin (1918) defendió: “*El Estado es una organización especial de la fuerza,*

es una organización de la violencia para la represión de una clase cualquiera. ¿Qué clase es la que el proletariado tiene que reprimir? Solo es, naturalmente, la clase explotadora, es decir, la burguesía". Y que llevó a la práctica en Rusia y desde allí se extendió a muchos otros países. Los resultados de todos ellos son por todos conocidos no solo en lo económico, sino también en lo social y en todo lo relacionado con los derechos humanos.

IV. LA PROPIEDAD PRIVADA Y LA *RERUM NOVARUM*

La *Rerum Novarum* llegó tarde; en 1891, 43 años después del *Manifiesto comunista*. Entendemos que esto fue un importante escollo para que pudiera representar una alternativa funcional al socialismo a la "cuestión social" generada por la Segunda Revolución Industrial a lo largo del s. XIX desde un primer momento, cuando ya se necesitaba.

Persistió durante décadas la duda de al lado de quién estaban la Iglesia y los partidos políticos católicos: ¿de los terratenientes y de los nuevos ricos empresarios y comerciantes o de los mineros y aparceros y de los trabajadores de las fábricas? El socialismo tuvo el monopolio de estos últimos durante más de 40 años, con ramas en el sindicalismo (comenzando por las *Trade Unions* en Inglaterra desde 1834) y en el anarquismo (autogestión comunal). La I Internacional tuvo lugar en 1864 y la II Internacional en 1889, con la agrupación de los partidos socialdemócratas (partidos "de clase" que agrupan a socialistas adaptados a las democracias liberales) que se habían ido creando esos años, vistos como unos "flojos" luego por Lenin (1918, 109; líder de la III Internacional o Internacional comunista de 1918): "*Democracia para una minoría insignificante, democracia para los ricos: ésta es la democracia de la sociedad capitalista [...] Marx percibió magníficamente esta esencia de la democracia capitalista al decir en su análisis de la experiencia de la Comuna: a los oprimidos se les autoriza para decidir una vez cada varios años qué mandatarios de la clase opresora han de representarlos y aplastarlos en el Parlamento! (sic.)*". Sobre la religión afirmaba (1918, 97): "*Es sabido que la socialdemocracia alemana, a medida que iba pudriéndose y haciéndose más y más oportunista, se deslizaba más y más hacia una torcida interpretación filisteísta de la célebre fórmula: "Declarar la religión asunto de incumbencia privada". En efecto, esta fórmula se interpretaba como si la religión fuese un asunto de incumbencia privada ¡¡también para el Partido del proletariado revolucionario!! Contra esta traición completa al programa revolucionario del proletariado se levantó Engels [...] [el partido socialdemócrata] rebaja el partido del proletariado revolucionario al nivel del más vulgar filisteísmo "librepensador", dispuesto a admitir el aconfesionalismo, pero que*

renuncia a la tarea de partido de luchar contra el opio religioso, que embrutece al pueblo". Con el triunfo de la Revolución de octubre de 1917 en Rusia parecía que la única vía, lo que triunfaba, era el comunismo, es decir, el fin de toda propiedad privada de la tierra, de los factores de producción (máquinas, fábricas) y de las viviendas⁹, aunque, como sabemos, esto no fue así.

Sin embargo, eso no quiere decir que desde sectores católicos no se hubiese mostrado preocupación por ello con anterioridad a la *Rerum Novarum* ni que la Encíclica no haya tenido un impacto después en diferentes versiones, como el distributismo chestertoniano o el exitoso ordoliberalismo (liberalismo ordenado), base del "milagro alemán" tras la 2.ªGM.

En cualquier caso, la cuestión de la propiedad privada iba a ser clave y, si quería representar una alternativa real al capitalismo rampante y al socialismo beligerante, debía resolver este tema crucial: ¿quién debía ser propietario de los medios de producción, de la tierra y de la vivienda? ¿Los privados, como preconizaban los liberales, o el Estado, como preconizaban los socialistas? Dado que, como hemos dicho, la Biblia da pie a ambas opciones, la solución no era fácil: mientras que en el "estado ideal", el Edén, la propiedad de la tierra es comunitarista (de donde viene el mito del "buen salvaje"), Dios insta al hombre a "someter" la tierra, al tiempo que en el Éxodo se establece el mandamiento de "no robarás" (Éxodo 20, 15; luego en el Nuevo Testamento, en Mt. 19,18 Jesús también lo enuncia) y en el Deuteronomio 19:14 señala expresamente: *"En la heredad que poseas en la tierra que Jehová tu Dios te da, no reducirás los límites de la propiedad de tu prójimo, que fijaron los antiguos"*; o en el mismo Libro 5, 21: *"No desearás la mujer de tu prójimo; ni la casa, ni el campo, ni la esclava, ni el buey, ni el asno, ni nada de lo que es suyo"*. Por lo tanto, ¿qué debía decir la Iglesia en un momento en que se estaba produciendo una concentración parcelaria en el campo, con abandono de oficios tradicionales en favor de la nueva riqueza urbana alrededor de las fábricas y el comercio nacional e internacional? ¿Era correcto que los plutócratas acumulasen riqueza, como defendía el liberalismo, o esta debía pertenecer al Estado, como defendía el socialismo?

No era una cuestión fácil. En la encíclica se señala expresamente (1) que *"es difícil realmente determinar los derechos y deberes dentro de los cuales hayan de mantenerse los ricos y los proletarios, los que aportan el capital y los que ponen el trabajo"*. Como veremos, no optó ni por la vía liberal ni por la vía socialista, basándose en una interpretación tardía de Santo Tomás de Aquino. Si bien esta decisión quedó bien sobre el papel, fue difícil de llevar a la práctica y enseguida, unos y otros, se arrogaron las vías para "cumplir" con el mandato de la Iglesia, sea a través del estatismo (como la función social de la propiedad de Duguit o el estado corporativo fascista), sea a través del capitalismo (es necesario acumular

riqueza para generar nueva aprovechando el egoísmo de las personas, el cual ya irá permeando hacia las capas sociales menos favorecidas). Algunas terceras vías reales, como veremos, quedaron en el tintero.

4.1. PRECEDENTES DE LA *RERUM NOVARUM*

León XIII era conocedor de los estudios y movimientos del catolicismo social al decidir iniciar la redacción de la *Rerum Novarum*, publicada finalmente en 1891. La noción de social-catolicismo, superando la mera caridad (siempre necesaria, también antes de la Revolución Industrial), surgió solo después de 1815, pues se comenzó a tener conciencia de que la miseria de la clase trabajadora era algo fáctico que debía ser cambiado.

Caben destacar, entre 1830 y 1848, las iniciativas de corte caritativo (apelando a la “responsabilidad social”) como los *patronages* (clubs de la clase alta o media-alta para atender a los de la clase inferior) de A. de Melun y la Sociedad de San Vicente de Paúl de F. Ozanam (organizados en “conferencias” que debían dar comida y alimento a los pobres, levantando las barreras físicas); o la idea del “*back to the land*” concentrada en el trabajo de P. Reichensperger *The farm question* (1847) donde defendía la divisibilidad, la venta y la herencia de los fundos rústicos, como era costumbre en la zona del Rin y estaba presente en el Código civil de Napoleón (art. 745), algo común en Müller y demás cristianos sociales-conservadores (Misner, 1991, 75). Tras ellos cabe distinguir la figura de Ketteler (autor de *The labor problem and Christianity*, 1864) en Alemania, quién ya había advertido, especialmente desde 1848, que la propiedad liberal había llevado a la expropiación comunista. Defendió, siguiendo a Santo Tomás (Summa II-II, 66, 2) que la caridad era la expresión práctica de la responsabilidad social que conlleva la propiedad privada (Misner, 1991, 92 y 93).

Tras 1850, coexistieron diversos tipos de organizaciones religiosas con fines de acompañamiento y asistenciales de los trabajadores: las confraternidades de un determinado sector profesional adoptaron, además de las propias funciones religiosas, las de los gremios del antiguo régimen, con un santo patrón propio, de manera que no fueron bien vistas por el liberal s. XIX; las asociaciones de ayuda mutua o de amigos, que funcionaron como asociaciones de trabajadores en algunas ocasiones; y los mencionados *patronages* (en algunas fábricas belgas y francesas de corte familiar aparecieron estos *patronages* de empresa, que incluían educación, seguros y viviendas para los trabajadores, y lograron mantener su competitividad; véase la Colonia Güell cerca de Barcelona a partir de 1890), a los que ya hemos hecho referencia, con énfasis en la educación, moralización y auto-mejora de los trabajadores (Misner, 1991, 124 y 125).

El social-catolicismo organizado, sin embargo, no nació hasta 1871 con el evento de la Comuna de París en las postrimerías de la guerra franco-prusiana y la evidencia del deterioro de la estabilidad en Europa (Paulhus, 1983, 22). La Unión de Friburgo (1884-1891) fue el primer intento genuino sistemático por parte de los católicos de estudiar el desarrollo del capitalismo y del socialismo a través de la tradición de Santo Tomás de Aquino (Paulhus, 1983, 9). En 1884 el cardenal Mermillod (coetáneo de Ketteler en Alemania y de Manning en Inglaterra), al ser nombrado obispo de Friburgo, agrupó diversos organismos del catolicismo social en la *Unión Social Católica*, reuniendo pensadores sociales de Alemania, Francia, Suiza, Austria, Italia, España y Bélgica. La Unión siguió trabajando hasta 1891 y era el propio Mermillod quien llevaba a León XIII los resúmenes de sus estudios (Comisión Episcopal de Apostolado Social, 1963, 15-16). Formaron parte de sus discusiones asuntos clave que luego aparecerían de modo parecido en la Encíclica, como:

- la necesidad del salario digno y suficiente para el sustento del trabajador y de su familia (Paulhus, 1983, 56),
- el corporativismo de La Tour de Pin: asociaciones de trabajadores donde estaban incluidos tanto empleadores como trabajadores (Misner, 1991, 205 y 206)
- o la necesidad de estabilidad en la propiedad inmobiliaria rústica por su importancia para las familias (Paulhus, 1983, 54), de la que partieron para defender la legitimidad de la propiedad privada (Paulhus, 1983, 63-64).

Así, el 3-10-1887, De Pascal defiende la propiedad privada, siguiendo a Santo Tomás, en el sentido de que es incluso necesaria para maximizar el trabajo humano y para impulsar la paz social, el orden, la permanencia de las familias y el bien común. La vincula al derecho natural, como también hizo Liberatore, cuyo texto de 1888 “*Una controversia intorno all’ proprietà el suolo*” estuvo al alcance de la Unión de Friburgo a partir de 12-7-1888 y fue asumido por esta. De Pascal también defendió el derecho de los hombres a apropiarse de los frutos de su trabajo para asegurar la estabilidad de la familia y de otros grupos. Taparelli ya había defendido la propiedad privada por los mismos motivos en 1840 en *Saggio teorético di diritto naturale appoggiato sul fatto* (Paulhus, 1983, 65).

De Pascal (y así lo asumió la Unión), sin embargo, no admitía este derecho de propiedad como absoluto, sino especialmente limitado por “*el derecho primordial de todos los hombres de subsistir*” y “*está subordinado al derecho y la obligación de la sociedad de asegurar condiciones normales de prosperidad para la familia y la nación*”. Claramente se nota aquí la influencia de Santo Tomás cuando afirma que para conciliar “*lo que Dios/naturaleza ha hecho común*” con la propiedad privada, afirma que la división, si bien acto de la razón humana,

es desarrollo del derecho natural (*Summa*, II-II, c. 66, a. 2), como transcribimos más abajo.

Pero mientras De Pascal y la Unión parten de que el “derecho primordial” a subsistir es el límite a la propiedad privada, Santo Tomás lo ve en su “obligación” de subsistir; es decir, el fin común de la propiedad radica en la obligación de subsistir más que en un derecho a hacerlo (más propio del liberalismo): “*en caso de necesidad todas las cosas son comunes, y, de este modo, no parece que sea pecado si uno toma una cosa de otro, porque la necesidad la hace común*” (II-II, 66, 7).

En 11-10-1887 la Unión expresó su interés en que el Papa interviniese en favor de los trabajadores. El 30-1-1888 tuvo lugar el encuentro de Mermillón con León XIII, quién expresó su interés sobre esta cuestión y su intención de redactar una encíclica y solicitó que le fueran enviados los trabajos de la Unión, elaborándose un documento el 2-2-1888 que incluía aspectos sobre el trabajo, la propiedad y la reorganización de la sociedad. La idea base es que la Reforma llevó al rechazo las enseñanzas tradicionales de la Iglesia, llevando al individualismo y el egoísmo, convirtiendo al trabajo en mero comercio y la propiedad en absoluta, así como al comercio en algo para enriquecer a los especuladores (Paulhus, 1983, 74).

Finalmente, el Papa encargó al neotomista octogenario A. M. Liberatore el primer borrador de la Encíclica (Misner, 1991, 214), quien (1891, p. 111; pero el trabajo partía de lo escrito por él en *Civiltà católica* en 1889) había escrito sobre la propiedad privada como un derecho natural afirmando, siguiendo a Santo Tomás, que una sociedad ordenada y pacífica no puede existir sin propiedad privada y que la naturaleza busca ese tipo de sociedades y, por lo tanto, la propiedad privada es un derecho natural: “*Sin propiedad privada no es posible una sociedad bien ordenada y pacífica, ni tampoco la civilización. Pero la naturaleza quiere que la sociedad sea bien ordenada, pacífica y civilizada. Por lo tanto, la naturaleza quiere que exista la propiedad privada*”. No es natural, sin embargo, la igualdad (Liberatore 1891, 116) porque los hombres por naturaleza son desiguales; si fueran iguales, no podrían formar una sociedad, que está compuesta por elementos diferentes al ser un organismo; en cambio, “*la única igualdad exigida por la naturaleza es la que se refiere a la dignidad personal y a los derechos inviolables de cada uno*”.

4.2. EN LA *RERUM NOVARUM*. LA CUESTIÓN DEL “BIEN COMÚN”

Comienza (1) la Encíclica de León XIII afirmando que una vez despertado el “*deseo de cosas nuevas*”/“*el prurito revolucionario*” (*rerum novarum*), el “*afán*

de cambiarlo todo” viene determinado, entre otros, por “*la acumulación de las riquezas en manos de unos pocos y la pobreza de la inmensa mayoría*”. Y que hay que ayudar a los proletarios, puesto que los gremios habían quedado disueltos en el s. XVIII y ni los poderes públicos ni “*las leyes de la religión de nuestros antepasados*” habían rellenado este hueco, quedando así indefensos ante “*la inhumanidad de los empresarios*” y “*la desenfrenada codicia de los competidores*” que practican la usura, a pesar de estar condenada por la Iglesia. Un número “*sumamente reducido de opulentos y adinerados ha impuesto poco menos que el yugo de la esclavitud a una muchedumbre infinita de proletarios*”.

Por lo tanto, el texto comienza con una crítica al capitalismo. Pero en (2) es el turno de la crítica al otro materialismo (ambos pugnan por el dominio político basándose en el logro económico —amasar riquezas según Pío IX en *Quanta cura*, 1864— pero para clases sociales diferentes: los burgueses, el primero; los proletarios, el segundo; Misner, 1991, 198, 215), el socialismo: “*los socialistas, atizando el odio de los indigentes contra los ricos, tratan de acabar con la propiedad privada de los bienes*”. Pero el Papa afirma que:

a) “*esta medida es tan inadecuada [...] que incluso llega a perjudicar a las propias clases obreras*”. De acuerdo con Santo Tomás, (*Summa Teologica*, II-II(a), 66, 2), en su vertiente más “utilitarista”, los hombres cuidan mejor sus propias cosas que aquellas que tienen en común con otros, se administran más ordenadamente y también es más fácil preservar la paz: “*Acerca de los bienes exteriores, dos cosas le competen al hombre. La primera es la potestad de gestión y disposición de los mismos, y en cuanto a esto, es lícito que el hombre posea cosas propias. Y es también necesario a la vida humana por tres motivos: primero, porque cada uno es más solícito en gestionar aquello que con exclusividad le pertenece que lo que es común a todos o a muchos, puesto que cada cual, huyendo del trabajo, deja a otros el cuidado de lo que conviene al bien común, como sucede cuando hay multitud de servidores; segundo, porque se administran más ordenadamente las cosas humanas si a cada uno le incumbe el cuidado de sus propios intereses; sin embargo, reinaría confusión si cada cual se cuidara de todo indistintamente; tercero, porque así el estado de paz entre los hombres se mantiene si cada uno está contento con lo suyo. De ahí que veamos que entre aquellos que en común y pro indiviso poseen alguna cosa se suscitan más frecuentemente contiendas*”.

b) al tiempo que es una propuesta, la socialista, “sumamente injusta”, “*pues ejerce violencia sobre los legítimos poseedores, altera la misión de la república y agita fundamentalmente a las naciones*”. En cuanto a la “misión de la república”, la Encíclica se alinea con una visión lockiana del rol del Estado (contrapuesta al Leviatán de Hobbes). Locke (segunda mitad del s. XVII) solo reconoce que el hombre está dispuesto a limitar su libertad que le da el estado de naturaleza

través del Estado para “*preservar sus vidas, sus libertades y sus fortunas*” porque en dicho estado natural no todos están dispuestos a respetarlas. Sin embargo, el legislador civil debe respetar la ley natural, es decir, debe legislar de acuerdo con ella, de acuerdo “*con la voluntad de Dios, de la cual la ley de naturaleza es manifestación*”. Por eso el gobierno debe respetar la propiedad privada y, si no lo hace, legitima la rebelión de los súbditos y la recuperación de su estado de naturaleza, su libertad y su propiedad.

Y, en cuanto a la “violencia” y a la “agitación” que supone, en (14) desarrolla su idea contraria al a necesidad de la “lucha de clases” y defiende una organización “orgánica” de la sociedad, como en el “*cuerpo se ensamblan entre sí miembros diversos*”. La Iglesia (15) llama a proletarios y patronos a cumplir con sus deberes respectivos, ante todo, “los deberes de justicia”. A los primeros se les llama a cumplir los contratos y a no dañar al capital ni al capitalista; a los segundos, que no pueden abusar de los obreros (31 y 32: días de descanso, limitación horaria jornada de trabajo, salario digno), ni violentarlos ni practicar la usura y respetar su dignidad como personas.

De este modo, si el salario es digno (32) el obrero podrá hacerse un pequeño patrimonio (33); así, “*las leyes deben favorecer ese derecho y proveer [...] a que la mayor parte de la masa obrera tenga algo en propiedad*”, obteniéndose así “*una más equitativa distribución de las riquezas*”. Acercando a los obreros a la propiedad inmueble (“*esperanza de adquirir algo vinculado con el suelo*”), se eliminan las desigualdades y la violencia de clases, algo que ha sido recientemente demostrado por Waldenström (2024)¹⁰. Se generará así mayor producción, puesto que “*los hombres, sabiendo que trabajan lo que es suyo, ponen mayor esmero y entusiasmo*” (33), evitando incluso así que tengan que emigrar. Sin embargo, advierte “*estas ventajas no podrán obtenerse sino con la condición de que la propiedad privada no se vea absorbida por la dureza de los tributos e impuestos*”. Porque “*el derecho de poseer bienes en privado no ha sido dado por la ley, sino por la naturaleza, y, por tanto, la autoridad pública no puede abolirlo, sino solamente moderar su uso y compaginarlo con el bien común*”.

c) Además, en (3) señala que “*la razón misma del trabajo [...] es procurarse algo para sí y poseer con propio derecho una cosa como suya*”. A cambio de prestar su trabajo no solo tiene derecho al salario “*sino también para emplearlo a su gusto*”. Y si decide emplearlo en adquirir “*una finca, con lo que puede asegurarse más su manutención, esta finca realmente no es otra cosa que el mismo salario revestido de otra apariencia, y de ahí que la finca adquirida por el obrero de esta forma debe ser tan de su dominio como el salario ganado con su trabajo*” (principio jurídico-civil de subrogación real). Dels mismo modo, la Encíclica defiende que las cosas se transmitan por herencia (9). En esa misma línea, Locke (1689, 27, 1658) consideró que Dios regaló al hombre la propiedad de su persona

y de ahí deriva que el trabajo de su cuerpo y sus manos es suyo y se lo puede apropiar, porque lo ha alterado de cómo lo dejó la naturaleza. Se entiende que dicho autor sigue la teoría escolástica —Suárez— de la “ocupación” (*occupatio* romana); es decir, “*la acción de delimitar y mejorar la tierra que antes yacía inculta*” (San Emetrio, 2015, 200), aunque Locke pone el énfasis en el trabajo como medio de apropiación (sin necesidad, claro, de pacto alguno entre los hombres —como Pufendorf— o concesión del gobernante —como Hobbes), en tanto que es una prolongación de la persona. Locke también consideraba el derecho a la herencia como un derecho natural, basado en el derecho/deber/necesidad a autopreservarse y a preservar a la prole de uno (pone como ejemplo, que aunque un país sea invadido, el derecho a heredar del padre se preserva; o también que no es aceptable la acumulación de todos los bienes de la herencia en un solo hijo; también deja claro que el resto de la humanidad no tiene derecho a pretender los frutos del trabajo de alguien); no limitado a la subsistencia, sino al bienestar que el padre pueda proporcionar. Ahí surge también la vertiente utilitarista de la propiedad en Locke: primero, permite la subsistencia del individuo, lo que les es innato (derecho natural); segundo, permite una utilidad social a través del trabajo individual que provoca el aumento del rendimiento de la tierra, beneficiando con ello a más personas; tercero, genera más comodidades (mayor riqueza) al propietario que dejando la tierra yerma.

d) En (4), la Encíclica ahonda en la idea de injusticia “*en cuanto que el poseer algo en privado como propio es un derecho dado al hombre por la naturaleza*”; no solo “*el uso de los bienes, cosa común a todos los animales*” que los utilizan para vivir ellos y para perpetuar la especie, “*sino también el poseerlos con derecho estable y permanente*”, configurándolo como un “derecho humano” o común a toda la humanidad (pero no en común con los animales). De todo ello colige la Encíclica que el dominio del hombre no sea solo sobre los frutos “*sino también el de la tierra misma*”, pues de su fecundidad salen los frutos de su sustento para el futuro, cuya necesidad prevé gracias a su inteligencia a diferencia de los animales (5).

Efectivamente, tanto en el Digesto de Justiniano como en Santo Tomás (*Summa*, II-II, c. 57), el derecho natural quedaría para lo que tenemos en común también con los animales: “*Derecho Natural es aquel, que la naturaleza enseña á todos los animales; y este no es solamente propio del hombre, sino común á los animales terrestres, marítimos y volátiles. De aquí procede la conjunción de macho y hembra, que nosotros llamamos matrimonio*”; mientras que “*Derecho de Gentes es aquel, de que usan todas las naciones, y se dexa fácilmente entender, que se diferencia del derecho natural; porque este es común á todos los animales, y aquel lo es solo á los hombres entre sí*” (Digesto I, 1.1.3 y 4).

e) En (6) critica el rol de la “república” (el Estado) a la hora de proveer, puesto que *“el hombre es anterior a ella y consiguientemente debió tener por naturaleza, antes de que se constituyera comunidad política alguna, el derecho a velar por su vida y por su cuerpo”*. En (10) añade: *“Querer, por consiguiente, que la potestad civil penetre a su arbitrio hasta la intimidad de los hogares es un error grave y pernicioso”*. Solo le permite intervenir en caso de “extrema angustia” de la familia y de manera extraordinaria.

Santo Tomás (Summa II-II, 66,2) establece: *“Que la comunidad de los bienes se atribuye al derecho natural, no porque éste disponga que todas las cosas deban ser poseídas en común y que nada deba poseerse como propio, sino porque la distinción de posesiones no es según el derecho natural, sino según la convención humana, lo cual pertenece al derecho positivo, como se ha expuesto (q.57 a.2.3). Por consiguiente, la propiedad de las posesiones no está contra el derecho natural, sino que es un desarrollo de éste hecho por la razón humana”*. El Santo, en *Sententia Libri Politicorum* (1272, lectio 6, 10) entendió la legitimidad de la propiedad privada tanto de los animales y plantas necesarios para el sustento (*“Por tanto, está claro que la naturaleza creó los animales y las plantas para el hombre”*) como de aquello de donde esto proviene, es decir, la tierra (*“Luego es natural la posesividad, mediante la cual se adquieren las cosas que pertenecen a las necesidades de la vida”*). Por lo tanto, en tanto que derecho natural de los hombres, es inderogable por el Estado.

Es en el propio (6), donde León XIII propone su manera de reconciliar “la tierra para todos” dada por Dios a los hombres y la propiedad privada, siguiendo a Santo Tomás, en los siguientes términos:

1. *“El que Dios haya dado la tierra para usufructuarla y disfrutarla a la totalidad del género humano no puede oponerse en modo alguno a la propiedad privada”*. Santo Tomás: *“En efecto, si este terreno se considera en absoluto, no tiene por qué ser más de éste que de aquél; pero, si se considera en cuanto a la aptitud de ser cultivado y al pacífico uso del campo, tiene, según esto, cierta disposición para que sea uno y no otro”* (Summa c. 57 a. 3; al igual que en Aristóteles, *Política*, capítulo 2)
2. *“Pues se dice que Dios dio la tierra en común al género humano no porque quisiera que su posesión fuera indivisa para todos, sino porque no asignó a nadie la parte que habría de poseer, dejando la delimitación de las posesiones privadas a la industria de los individuos y a las instituciones de los pueblos”*. Ver lo dicho en *Summa*, II-II, c. 66, 2.
3. *¿Y cómo se concilia la propiedad privada con la “utilidad común”? Porque “a pesar de que se halle repartida entre los particulares, no deja por ello de servir a la común utilidad de todos, ya que no hay mortal alguno que no se alimente con lo que los campos producen”*. Y gracias a que unos

explotan la tierra (sobre la que dejan su impronta, altera un campo yermo en fructífero, por ejemplo, y por eso nadie se la puede quitar (7)) y otros suplen su carencia de tierra con su trabajo, todos se alimentan. Ver, En Santo Tomás Summa II-II, 66, 2: *“En segundo lugar, también compete al hombre, respecto de los bienes exteriores, el uso de los mismos; y en cuanto a esto no debe tener el hombre las cosas exteriores como propias, sino como comunes, de modo que fácilmente dé participación de éstas en las necesidades de los demás. Por eso dice el Apóstol, en 1 Tim 17-18: Manda a los ricos de este siglo que den y repartan con generosidad sus bienes”*.

f) Por todo ello (8) el hombre *“encontró en la ley de la misma naturaleza el fundamento de la división de los bienes y consagró, con la práctica de los siglos, la propiedad privada como la más conforme con la naturaleza del hombre y con la pacífica y tranquila convivencia. Y las leyes civiles, que, cuando son justas, deducen su vigor de esa misma ley natural, confirman y amparan incluso con la fuerza este derecho de que hablamos”*. Efectivamente, ver lo dicho por Santo Tomás en Summa 57,2 y 66,2.

g) Pretender igualar “lo alto con lo bajo” va contra natura (13), pues los hombres son diferentes. Y adopta una actitud pragmática: *“Lo mejor que puede hacerse es ver las cosas humanas como son y buscar al mismo tiempo por otros medios, según hemos dicho, el oportuno alivio de los males”*. Lo que nos parece muy acertado, dada la naturaleza humana, descrita en la Gran Caída del Génesis, 3 (s. V a.C.).

Por todo ello, concluye (11) que *“la propiedad privada ha de conservarse inviolable”*.

Sin embargo, en (17) advierte que: *“quedan avisados los ricos de que las riquezas no aportan consigo la exención del dolor; ni aprovechan nada para la felicidad eterna, sino que más bien la obstaculizan”*. Para conciliar ambos aspectos, la Iglesia tiene una doctrina que consiste en *“distinguir entre la recta posesión del dinero y el recto uso del mismo”*. Para explicarlo, recurre a Santo Tomás (II-II, qq. 65 y 66 a.2 ambas) diciendo que, si bien es legítimo poseerlas, en cuanto al uso, *“el hombre no debe considerar las cosas externas como propias, sino como comunes; es decir, de modo que comparta fácilmente con otros en sus necesidades”*. O sea:

- Cuando *“se ha atendido suficientemente a la necesidad y al decoro, es un deber socorrer a los indigentes con lo que sobra”*.
- Es un deber de caridad cristiana, que no puede ser exigida por ley (humana), pero sí por ley divina.

Así, los bienes pueden usarse para perfeccionamiento propio, pero deben emplearse *“en beneficio de los demás”* (17).

El Estado, por su parte, “*debe velar por el bien común como propia misión suya*” (23), aunque “*todos los ciudadanos, sin excepción alguna, deban contribuir necesariamente a la totalidad del bien común*”, tanto los funcionarios como cualquiera desde su profesión (25). Debe observar “la justicia llamada distributiva” (24) (ver *Summa* II-II 61 y 63): a ella debe recurrir el estado cuando la conmutativa no funciona (están más protegidos los ricos que los pobres), es decir, produce injusticias, porque los proletarios son tan ciudadanos orgánicamente (“*integran el cuerpo de la nación*”) como los ricos y los gobernantes deben “*defender por igual a todas las clases sociales*”. El Papa va más allá de la caridad (visión clásica del cristianismo social —Charles Périn—, como hemos visto; aunque no la descarta) cuando se trata de ayudar a los proletarios: es un tema de justicia (Misner, 1991, 216). Aunque establece un límite: “*no es justo, según hemos dicho, que ni el individuo ni la familia sean absorbidos por el Estado; lo justo es dejar a cada uno la facultad de obrar con libertad hasta donde sea posible, sin daño del bien común y sin injuria de nadie*” (26). Y culmina en (26): “*las leyes no deberán abarcar ni ir más allá de lo que requieren el remedio de los males o la evitación del peligro*”, instituyendo así el “principio de subsidiariedad” en la actuación del Estado donde los individuos o las entidades intermedias no lleguen (Misner, 1991, 217). Destaca, así, la “versión moderna” de los gremios, la denominadas “sociedades de obreros”, junto a las sociedades de socorro mutuo o los patronatos para el cuidado de niños y ancianos (34). El Estado debe amparar a estas “asociaciones de ciudadanos”, creadas por derecho natural, aunque no debe inmiscuirse en ellas (36, 38).

A nuestro juicio, aunque la Encíclica deja claras algunas cuestiones (defensa de la propiedad privada tanto por su origen *iusnaturalista* como por su eficacia a la hora de explotar los recursos naturales para el sustento general y el mantenimiento del orden, la necesidad de que esté distribuida, el rol de las entidades intermedias como las asociaciones de trabajadores para la defensa de los intereses colectivos, el rechazo al liberalismo y al socialismo o el rol residual que debe tener el Estado), lo cierto es que es poco precisa a la hora de establecer reglas o soluciones claras. ¿Qué hay entre liberalismo y socialismo? ¿De qué modo conciliar exactamente el respecto a la propiedad privada y el bien común? ¿Cómo conseguir esta ansiada paz social sin “forzar” que los que más tienen compartan con los que menos tienen? Si se admiten los impuestos, ¿cuántos impuestos? ¿Qué significa intervención extraordinaria del Estado? ¿Cuál es su límite? ¿Cómo puede establecerse una “sociedad orgánica” evitando estatismos? En (12) la Encíclica advierte que: “*serán inútiles y vanos los intentos de los hombres si se da de lado a la Iglesia. En efecto, es la Iglesia la que saca del Evangelio las enseñanzas en virtud de las cuales se puede resolver por completo el conflicto, o, limando sus asperezas, hacerlo más soportable*”.

Por ejemplo, una de las ideas centrales sobre la que pivotan las propuestas de la Encíclica es la del “bien común”, que, además, sirvió, como vemos a continuación, como coartada a regímenes de toda índole durante el s. XX (los estatistas, para los que el Estado personifica —y define— el bien común; los neoliberales, para los que el bien común en la suma de los bienes individuales; los Estados sociales, con la “tutela” de la propiedad privada por el Estado a través, por ejemplo, de la “función social”) y sigue presente en el s. XXI (ej. fue el tema central del discurso de Navidad del Rey de España, Felipe VI, en 2024, por ejemplo): cualquier iniciativa, pública o privada, que se “adorne” o “justifique” con el “bien común” parece correcta, adecuada o, incluso, necesaria, imprescindible, urgente y obligatoria.

Santo Tomás parte de la premisa de que el bien común es el más elevado de todos los bienes humanos. Citando a Aristóteles, advierte en *Summa II-II*, 141, 8 que *“El bien de la multitud es más divino que el bien del individuo”*. Aristóteles (*Ética*, Libro I, c. 2) más concretamente dijo: *“pues aunque el bien del individuo y el de la ciudad sean el mismo, es evidente que será mucho más grande y más perfecto alcanzar y preservar el de la ciudad; porque, ciertamente, ya es apetecible procurarlo para uno solo, pero es más hermoso y divino para un pueblo y para ciudades”*. Pero si el bien común es primordial para ambos autores, pero el del individuo y el común son lo mismo (Aristóteles), es decir, el individual conforma el colectivo (Santo Tomás en I-II, 21,3; II-II, 64,2¹¹ y 65,1¹²; I-II, 96,4¹³) ambos (el bien individual y el bien colectivo) deben reconciliarse. Así, ni el Estado puede arrogarse un “bien común” propio y diferenciado del del conjunto de los individuos porque, según Santo Tomás en *Summa II-II*, 58,9: *“Mas el bien de una sola persona singular no es el fin de otra”*, pues entonces se convertiría en un estado tiránico; Lewis (1944) lo explica con otras palabras: *“de la victoria del Hombre sobre la Naturaleza se saca una conclusión: la sumisión de toda la raza humana a algunos hombres, y estos hombres sujetos a lo que en ellos es puramente «natural»: a sus impulsos irracionales. La naturaleza, sin el obstáculo de los valores, rige a los Manipuladores y, a través de ellos, a toda la humanidad”*. Ni tampoco es posible que el bien común sea la simple suma de los bienes individuales, sino que debe ser diferente, según el propio Santo Tomás, según hemos visto (Paulhus, 1983, 197 y 198). En *Summa II-II* 58,9¹⁴, Santo Tomás apunta que el bien común es mi propio bien, el más alto o divino. Así, cualquier miembro de una especie busca el bien de la especie (*Summa I*, 60,5) o que así como Dios es universal y el bien absoluto, las criaturas más perfectas buscan el bien más universal y las más imperfectas meramente el bien individual (Paulhus, 1983, 200). El bien común no puede ser instrumentalizado por un tirano para su propio beneficio o para poseer su objeto (ej. la ciudad), sino para preservarlo y defenderlo (*Summa II-II*, 26, 3: *“La razón de ello está en el hecho*

de que, en un todo, cada parte ama naturalmente el bien común del todo más que el bien propio y particular. Esto se pone de manifiesto en la actividad de los seres: cada parte tiene, en efecto, una inclinación primordial a la acción común que redundará en beneficio del todo. Esto se echa de ver igualmente en las virtudes políticas, que hacen que los ciudadanos sufran perjuicios en menoscabo de sus propios bienes y a veces en sus personas)". Tampoco se trata de que la persona pierda su individualidad, se esclavice y, por lo tanto, se destruya (*Summa* I-II, 21, 4: *"El hombre no se ordena a la comunidad política con todo su ser y con todas sus cosas; por eso no es necesario que cualquier acto suyo sea meritorio o demeritorio por orden a la comunidad política"*). Sino que la persona, al perseguir el bien común como algo superior que es, en tanto que miembro de una comunidad política, consigue así su máximo bien individual; solo así se entiende a la persona individual "para la ciudad" (Paulhus, 1983, 200 y 201).

De todo ello extraemos que el individuo, en tanto que ser social, si quiere alcanzar (egoístamente) el máximo de su propio bien (vida virtuosa), debe actuar sobre todo en pos del bien común. Parece ser que debe ser una actividad voluntaria y no impuesta. El Estado, sin embargo, sí debe perseguir, atendiendo a la Encíclica, el bien común, pero no puede imponerlo como algo distinto al bien común de los individuos, como algo propio del propio Estado o de los que lo dirigen. No puede suponer en ningún caso una esclavitud o desaparición de los individuos. Conciliando ambas aproximaciones, entendemos que la mejor manera de alcanzarlo es que el Estado estimule o promueva en los individuos aquello que beneficie a la comunidad y desincentive aquello que no la proteja o mejore; así se garantiza la voluntariedad en la consecución del bien común de los individuos (más propensos los más virtuosos, menos propensos los más individualistas), al tiempo que la obligación del Estado de promoverla. En cuanto a los instrumentos concretos al alcance del Estado para conseguirlo, deben descartarse precisamente los que lleven a la esclavitud o desaparición de los individuos (como la eliminación o derogación de la propiedad privada, sea por Decreto sea mediante impuestos excesivos), así como también aquellos que ofrezcan un marco que promueva el puro individualismo. Como apuntamos en la conclusión, las instituciones de Derecho civil son ideales para esta finalidad.

Ejemplificativamente, De Pascal, de la Unión de Friburgo, aportaba como componentes del bien común no solo la abundancia universal de bienes materiales, sino también la consecución de la unidad, la paz, la justicia y el "vivir bien" (Paulhus, 1983, 210). Weiss, también de la Unión, lo plantea como un equilibrio necesario, una interdependencia, entre lo que él llama derecho público y el derecho privado: el primero no puede lesionar la segundo más que creándolo y el segundo no puede ser totalmente independiente del primero y siempre debe ser ejercitado favoreciéndolo. De manera que su percepción difiere de la de Santo

Tomás, en la idea de este de que ambos bienes están unidos (no son simplemente interdependientes) y que el individuo, buscando el bien común, consigue maximizar, como hemos dicho, su bien individual (Paulhus, 1983, 213 y 214).

En fin, el derecho natural, el bien común y la propiedad privada fueron tres pilares tomistas que dieron forma a la Encíclica (Misner, 1991, 220).

4.3. TRAS LA *RERUM NOVARUM*

La Encíclica tuvo indudablemente mucho impacto (lo describe Misner, 1991, 218-222) y la manera de presentarse contribuyó incluso en convertir sus enseñanzas en una ideología (Misner, 1991, 222). Sin embargo, aunque el texto da algunas instrucciones claras, como hemos visto, también deja amplio margen a cómo llegar a conseguir lo que preconiza.

Así, dio lugar a diferentes interpretaciones o aplicaciones. No, naturalmente, en aquellos países donde se impuso el “socialismo de estado” (comunismo), como Rusia en 1917 y la visión de la religión a la que hemos aludido, pero sí en los demás, aunque de manera diversa:

- a) en los países liberales-capitalistas, preocupados de algún modo en atajar la “cuestión social”, se impulsaron, en lo político, los partidos “cristiano-demócratas” y, en lo jurídico, se propagó la “función social” de la propiedad.
- b) en aquellos donde se buscó una “tercera vía”, alternativa al capitalismo (democracia liberal) y al socialismo, surgieron diversos tipos de “estado orgánico”, sin que prosperasen propuestas de sociedades orgánicas sin tutela estatal, como el distributismo.

4.3.1. En las democracias liberales. La “función social” de la propiedad. El abandono del distributismo chestertoniano

Dentro de los sistemas llamados “liberales” o “capitalistas”, la propiedad privada ya es respetada, en principio, por definición: difícilmente se puede “acumular capital” (capitalismo) como fin económico si no se puede ser propietario de nada. De manera que el reto de estos sistemas ha sido cómo malearla para que también sirva al “bien común”. Su evolución ha sido desde la creación de la democracia cristiana hasta la expropiación, pasando por la función social de la propiedad.

En 1891, el mismo año de la *Rerum Novarum*, se creó la Liga Democrática belga que consideraba en sus estatutos que la religión, la familia y la propiedad eran los fundamentos esenciales de la sociedad, aunque su finalidad última era

dar voz a las clases bajas dentro del Partido Católico belga, en el poder y dominado por los burgueses desde la creación del país (Misner, 1991, 223). La democracia-cristiana se extendió por Francia de la mano de Léon Harmel, por Alemania y por Italia a través de Toniolo, Merri y Sturzo.

En este último país, destacaron los sindicatos católicos. Frente a la propuesta socialista de llegar a un estadio de reemplazo de la propiedad privada y de la iniciativa privada por el control colectivo de la tierra y del capital por el Estado, los sindicatos católicos se caracterizaron por reequilibrar las relaciones entre empresarios y trabajadores “a través de cualquier acuerdo pragmático al que pudiesen llegar”; su finalidad no era la lucha de clases, sino “organizar a las clases trabajadoras de manera que pronto pudiesen asumir un rol mayor, apuntando a un futuro partenariado de diferentes clases y funciones de la sociedad económica”, lo que parece ser una especie de solidaridad interclases utópica. La lucha social fue limitada: hasta 1909, los sindicatos católicos organizaron solamente 114 huelgas locales, involucrando a 10.000 trabajadores, 73 de las cuales fueron efectivas; mientras que los sindicatos socialistas organizaron 10.000 (Misner, 1991, 258).

Sin embargo, en cuanto a la propiedad privada, quedaba sin resolverse en estos regímenes liberales cómo conciliarla con su dimensión colectiva que aparece en la Encíclica, que sí quedó resuelta a favor exclusivamente del segundo por exclusión del primero en los regímenes comunistas y también, de algún modo, en las “terceras vías reales” a través de regímenes estatistas, donde el Estado se arroga ese rol de representar el “bien colectivo”, lo que, hemos dicho, no cabría en la aproximación aristotélico-tomista.

Así, los códigos civiles de inspiración napoleónica se habían contagiado también de esa posición ecléctica que a través de la influencia de juristas como Pothier en Portalis adoptó el art. 544 del *Code* de 1804 para definir la propiedad privada: “*La propiedad es el derecho a disfrutar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, siempre que no se utilicen de un modo prohibido por las leyes o reglamentos*”. De manera que tampoco tenían muy claro cuál era su alcance ni sus límites: mediante la propiedad privada las cosas se pueden usar y disponer “de la manera más absoluta” pero siempre que no se utilicen “de un modo prohibido por las leyes o reglamentos”; es decir, que, en principio, el legislador (el Estado) puede limitar la propiedad privada a placer, convenientemente disfrazado, claro, de “interés general”. Léase también el art. 348 CC: “*La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa o de un animal, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes*”.

Si bien quedaba claro lo lejos que había quedado la configuración de la misma como “derecho inviolable y sagrado” de los arts. 2 y 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26-8-1789, no quedaba claro hasta qué punto la propiedad privada podía ser limitada por el Estado a través

de esas “leyes”. Así, Pothier (1772), cuyos trabajos tendrían una relevante influencia en la elaboración del Código francés, escribía que la propiedad (si era inmueble, se refería al dominio útil) es “*el derecho de disponer libremente de una cosa, sin menoscabar, con todo el derecho de otro ni atentar contra las leyes*”, resumiéndolo en un trasunto de lo que se consideraba en el s. XIX auténtico Derecho romano: “*Jus de re libere disponendi o jus utendi et abutendi*” (p. 8). Según Pothier, comprende el derecho a adquirir frutos; a usarla y a cambiar el uso (“*aunque las habitaciones de una casa sirvan únicamente para hospedar á los hombres puede el propietario, si bien le parece, utilizarla para cuadras*”); cambiarla de forma, incluso para empeorarla (“*labrantía, volviéndola estéril*”); o destruirla (“*el de un libro puede si quiere echarlo al fuego*”); derecho a privar a los demás de usarla; enajenarla y gravarla. No obstante, la propiedad no está exenta de límites: 1) los derechos reales a favor de terceros (ej. usufructo) o cuando la propiedad es resoluble; 2) los derechos de vecindad (ej. ruidos, humos); 3) “ni atentar contra las leyes”.

Detengámonos en esto último. El propio Pothier reconoce que: “*porque por mas extenso que sea el derecho que tiene un propietario de hacer de la cosa lo que le plazca, no puede sin embargo ejecutar lo que las leyes le prohíben*” (p. 15). Y pone tres ejemplos:

- un propietario de un terreno puede plantar lo que quiera, pero no tabaco “*por existir leyes que prohíben estas plantaciones en el reino, como contrarias á los intereses de la renta del tabaco*”.
- lo mismo cuando pretende exportar grano, en estado de necesidad, y está prohibido hacerlo: “*No puede un comerciante vender en sus graneros una cantidad considerable de trigo, sobre todo en un tiempo de carestía, en perjuicio de las leyes de policía que ordenan conducirlo y venderlo en el mercado*”; recordemos que, cuando Pothier escribía esto, mandaba en Francia Luis XV, monarca absoluto.
- halla un límite en la facultad de “*mal usar y de perder [la cosa]*” cuando un propietario de una cantidad considerable de trigo difiera “*su venta por largo tiempo, en la confianza de que se encareciere el precio, lo hubiera dejado perder en un tiempo de carestía, seria culpable para con el público de una injusticia considerable*”. Tal responsabilidad se la atribuye al propietario “*puesto que la ley natural no le permite abandonar un artículo de primera necesidad con notable perjuicio del público del cual no puede prescindir*”.

Parece, pues, admitir tres límites al derecho de propiedad: los que se vayan marcando en cada caso por derecho público atendiendo a los intereses económicos del país o a las necesidades del pueblo (aunque ambos vengan fijados por un monarca absoluto) y los que se consideren injustos atendiendo al derecho

natural (contrario al interés general, que él ve en la especulación con el trigo, pero no en la eliminación de viviendas para cambiarlas por cuadras). Atendiendo a los ejemplos y explicaciones no nos queda claro qué leyes y por qué motivos, según Pothier, puede limitarse la propiedad privada: ¿no puedo plantar tabaco porque afecta a su precio de mercado? (proteccionismo); ¿no puedo vender trigo a quien quiera, por cuanto y cuando quiera porque afecta a la colectividad, pero sí cambiar una habitación de mi casa por una cuadra, aunque haya carestía habitacional?

En cualquier caso, ambos artículos de los respectivos códigos civiles están en vigor tal cual en Francia y España y, naturalmente, la duda persiste.

Sin embargo, algo distinto, un cambio de ADN en relación con la propiedad privada “liberal”, comenzó a gestarse en estas democracias liberales a partir de 1912: la negación de la propiedad privada como derecho subjetivo, redefiniéndola como una “función social”. Así lo enunció L. Duguit (1912, 31 a 33), siguiendo a uno de sus maestros, A. Comte¹⁵, influido a su vez del socialista utópico H. Saint Simon:

- en cuanto a los derechos subjetivos: *“Esta idea del hombre natural, aislado, independiente, que tiene en su calidad de hombre derechos anteriores a la sociedad y que aporta estos derechos a la sociedad, es una idea extraña por completo a la realidad. El hombre aislado e independiente es una pura ficción; no ha existido jamás. El hombre es un ser social; no puede vivir más que en sociedad”*. Y, por lo tanto, concluye que *“El hombre no tiene derechos; la colectividad tampoco. Pero todo individuo tiene en la sociedad una cierta función que cumplir; una cierta tarea que ejecutar”*. Nótese que es todo lo contrario de la *Rerum Novarum*, por ejemplo, en (6).
- en cuanto a la libertad: *“el hombre no tiene el poder de permanecer inactivo, de entorpecer el libre desenvolvimiento de su individualidad; no tiene derecho a la inactividad, a la pereza. Los gobernantes pueden intervenir para imponerle el trabajo. Pueden incluso reglamentárselo; porque los gobernantes no hacen entonces más que imponerle la obligación de realizar la función social que le incumbe”*. Nótese que también es lo contrario que en *Rerum Novarum*, en (10), por ejemplo.
- Y, finalmente, en cuanto a la propiedad privada: *“la propiedad no es un derecho; es una función social. El propietario, es decir, el poseedor de una riqueza, tiene, por el hecho de poseer esta riqueza, una función social que cumplir; mientras cumple esta misión, sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple, o la cumple mal, si, por ejemplo, no cultiva su tierra o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir con su función social”*.

de propietario, que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee conforme a su destino". Contrario, de nuevo, a la *Rerum Novarum*, en (2), por ejemplo.

Y, efectivamente, espoleada por una cada vez mayor intervención del Estado en el orden social y económico a través del welfarismo keynesiano (el conocido como "Estado social", el que el Estado asume la provisión de servicios públicos como sanidad, educación o vivienda, con las carencias a las que hemos aludido en la actualidad) la "función social" que debe desarrollar la propiedad privada se ha ido colando en las constituciones de las democracias liberales, aunque con terminología variada, como en la Constitución de Weimar 1919 (art. 153: "*La Constitución garantiza la propiedad, cuyo contenido y límites fijarán las leyes [...] La propiedad obliga. Su uso ha de constituir al mismo tiempo un servicio para el bien general*"); igual, la Ley Fundamental de Bonn desde 1949, hoy en vigor: "*La propiedad y el derecho a la herencia están garantizados. Su contenido y sus límites serán determinados por las leyes. (2) La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo al bien común*" (art. 14).

La "función social de la propiedad" está en vigor en el art. 33.2 de la Constitución española de 1978 y también, incluso ya, en el Código civil de Cataluña desde 2006, que repite ese enigmático límite o restricción impuesto por las leyes: "*Las facultades que otorga el derecho de propiedad se ejercen, de acuerdo con su función social, dentro de los límites y con las restricciones establecidas por las leyes*" (art 541-2 CCC). Esta función social de la propiedad ha posibilitado sanciones y expropiaciones de fincas improductivas en Andalucía y Extremadura (ver la STC 37/1987), toda la normativa urbanística, leyes como la de minas, bosques o aguas y, finalmente, la Ley 12/2023 de vivienda, que en los arts. 7, 10 y 11 obliga a usarlas para una sola cosa: habitar en ellas ("*el derecho de propiedad de la vivienda queda delimitado por su función social y comprende los siguientes deberes: Uso y disfrute propios y efectivos de la vivienda*"). Desde mayo de 2023, pues, ya no somos propietarios de nuestras viviendas, pues nos las controla o tutela el Estado (Nasarre Aznar, 2022), como lo demuestra el control de renta impuesto en Cataluña desde marzo de 2024, los intentos políticos en 2025 de prohibir la compra de más de una vivienda¹⁶ o la derogación de la herencia¹⁷.

Y así es como, sin que la expresión "función social", como tal, apareciese en la *Rerum Novarum* y encontrándose su origen en la negación de los derechos individuales del hombre en Comte o Duguit (todo lo contrario de lo que defendían Aristóteles, Santo Tomás y la propia Encíclica), sorprendentemente se acaba incorporando en los párrafos 177 y 178 del "Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia" de 2004, que se expresa del siguiente modo:

- a) 177. "*La tradición cristiana nunca ha aceptado el derecho a la propiedad privada como absoluto e intocable*", sino que existe un "*derecho*

común de todos a usar los bienes de la creación entera”. Añade: “*Este principio no se opone al derecho de propiedad, sino que indica la necesidad de reglamentarlo*”. Y acaba afirmando: “*La propiedad privada, en efecto, cualquiera (sic.) que sean las formas concretas de los regímenes y de las normas jurídicas a ella relativas es, en su esencia, sólo un instrumento para el respeto del principio del destino universal de los bienes, y por tanto, en último análisis, un medio y no un fin*” (citando la Encíclica *Populorum Progressio*, de Pablo VI de 1967, aunque esta no lo dice así).

- b) 178. “*La enseñanza social de la Iglesia exhorta a reconocer la función social de cualquier forma de posesión privada*”. Cita la Encíclica *Mater et Magistra* (1966) de Juan XXIII que, moviéndose entre dos aguas, dispone (p. 19): “*A lo dicho ha de añadirse que el derecho de poseer privadamente bienes, incluidos los de carácter instrumental, lo confiere a cada hombre la naturaleza, y el Estado no es dueño en modo alguno de abolirlo*”; y sigue: “*Y como la propiedad privada lleva naturalmente intrínseca una función social, por eso quien disfruta de tal derecho debe necesariamente ejercitarlo para beneficio propio y utilidad de los demás*”.

Aunque un análisis “encíclica por encíclica” de cómo se ha llegado a este texto de 2004 escapa del alcance de este trabajo, sí que no deja de sorprendernos lo siguiente:

- a) Que desde 1891 no se haya avanzado en clarificar qué políticas, normas, actitudes, etc. concretamente benefician esa conciliación entre propiedad privada y bien común y cuáles no. Se sigue con este “equilibrio de palabras” sin concretar; fue mucho más preciso León XIII dando ejemplos en el ámbito laboral, por ejemplo.
- b) Que la propiedad privada haya pasado de ser con Santo Tomás (*Summa* II-II, 66,2) un derecho positivo (de gentes, según el Digesto I, 1.1.3 y 4), desarrollo del derecho natural, o “inviolable” conforme a la *Rerum Novarum* (11) a “sólo un instrumento” en el Compendio de la DSI de 2004 no deja de ser llamativo y un salto realmente cualitativo.
- c) Que se haya admitido a nivel papal desde, al menos, Juan XXIII que la “función social” es intrínseca a la propiedad privada (el Tribunal constitucional español, en la misma línea, dice que conforma el contenido esencial del derecho de propiedad en la STC 37/1987) y que por eso “*debe necesariamente ejercitarlo para beneficio propio y utilidad de los demás*”, es,
 - a. primero, aceptar a Duguit (el creador de la función social de la propiedad), es decir, negar que las personas tengamos derechos subjetivos (o naturales o de cualquier tipo), especialmente, el de propiedad privada, en contra de Aristóteles, Santo Tomás y León XIII;

- b. segundo, el aceptar que el Estado tenga el monopolio para marcar la auténtica y única “función social” de la propiedad privada como vía para cumplir el “bien común” es negar a Santo Tomás cuando en Summa II-II, 58,9 impedía que el Estado pueda arrogarse un “bien común” distinto y diferenciado del del conjunto los individuos, como hemos visto.
- c. tercero, que es una obligación exigible (“*debe necesariamente*”, “*cualquiera (sic.) que sean [...] las normas jurídicas*”), se entiende que incluso legalmente (como la STC 37/1987 interpretando el 33.2 CE), cuando la *Rerum Novarum* (17) lo configura como un deber de caridad cristiana;
- d. y, cuarto, es un cambio de perspectiva en relación a Santo Tomás (el creador del “bien común”) en su vertiente más utilitarista (*Summa Theologica*, II-II(a), 66, 2: los hombres cuidan mejor sus propias cosas que aquellas que tienen en común con otros, se administran más ordenadamente y también es más fácil preservar la paz), puesto que la propiedad privada, frente a la “propiedad controlada por el Estado” (que es lo que es la función social) ya puede cumplir *per se* con el bien común tanto para el Santo (“*pero, si se considera en cuanto a la aptitud de ser cultivado y al pacífico uso del campo, tiene, según esto, cierta disposición para que sea uno y no otro*” —*Summa* c. 57 a. 3; al igual que en Aristóteles, *Política*, capítulo 2) como para la *Rerum Novarum* (6 y 7) (“*a pesar de que se halle repartida entre los particulares, no deja por ello de servir a la común utilidad de todos, ya que no hay mortal alguno que no se alimente con lo que los campos producen*”).

En cambio, fueron rechazados los esfuerzos coetáneos de H. Belloc (1912) y de G. K. Chesterton (1926) en concebir y, de algún modo, establecer un marco de aplicación práctica para la *Rerum Novarum* que fuese respetuoso con la propiedad privada, al tiempo que conciliable con el bien común. Se trató del “distributismo”, terminología inspirada en la “justicia distributiva” de Aristóteles y de Santo Tomás, antes comentada, cuyos pilares son, a grandes rasgos, los siguientes:

- 1. Capitalismo y socialismo llevan a la esclavitud: ambos son materialismo.
- 2. La propiedad distribuida de la tierra y de los medios de producción lleva a la libertad del individuo y con ello su dignidad.
- 3. Dignidad de la persona a la que lleva la posibilidad de llevar una vida normal, teniendo en cuenta la dimensión plural de la persona: intelectual, espiritual, familiar, comunitaria. Y también de los bienes, sobre los que la persona se proyecta.

4. Principio de subsidiariedad: entidades intermedias (pequeñas y eficientes organizaciones, vida familiar) versus los grandes *trusts* internacionales.

La aproximación era novedosa como “tercera vía”, puesto que rechaza la acumulación de bienes en manos de los plutócratas pero también en manos del Estado y ve en la propiedad distribuida la manera de conciliar propiedad privada y bien común, todo ello en consonancia con una vida fructífera centrada en la dignidad y la libertad de los individuos, que solamente serán asistidos por la familia y demás entidades intermedias (gremios, cooperativas) donde no llegue, relegando al Estado a una función subsidiaria. Claramente pretendían realizar, llevar a cabo, la *Rerum Novarum*, convertirla en una tercera vía social, económica y jurídica admisible, impulsada con la creación de la Liga Distributista.

Sin embargo, cuando a dichos autores se les pedía que concretasen, no lo hicieron suficientemente. Así, Chesterton (1927) propuso:

- El uso de impuestos que estimulen la división en pequeñas propiedades y desaliente la venta a grandes propietarios. No especificó cuáles o cuánto y, además, esto podría ir en contra el principio de subsidiariedad que ellos y la *Rerum Novarum* propugnaban.
- Derecho sucesorio napoleónico y abolición primogenitura, conforme al art. 745 *Code* 1804 original. La división de la herencia en partes iguales, si bien es una medida esencialmente distributista, impide la acumulación del capital a través de las generaciones y, por lo tanto, dificulta la inversión y el ahorro, que están en el origen del “progreso” capitalista.
- Leyes liberales para los pobres, de tal modo que la pequeña propiedad siempre pudiera ser defendida contra la grande. Esto implicaría desigualdad ante la ley, una “discriminación positiva” con fundamento en la cantidad (ej. de patrimonio, de propiedades, de trabajadores, etc.). Algunas medidas de vivienda de estos últimos años, como la Ley de vivienda 12/2023 prevén medidas más duras para los “grandes tenedores” para poder desalojar a okupas (derogadas parcialmente por la STC 26/2025) o en relación con las rentas que pueden cobrar.
- Protección deliberada de ciertos experimentos en la pequeña propiedad, si fuera necesario mediante tasas y subsidios. El fomento de la pequeña propiedad no es negativo *per se*. Sin embargo, algunas medidas se han tomado para lo contrario. Por ejemplo, las unidades mínimas de cultivo son necesarias para no dividir las fincas rústicas hasta hacerlas improductivas. O las pequeñas y medianas empresas se han revelado como menos deseadas por los consumidores y como menos competitivas frente a las grandes corporaciones, como Amazon, por ejemplo.
- Liga de consagración voluntaria: comenzar con iniciativas individuales y voluntarias. A la pregunta de cómo comenzar a distribuir en una sociedad

con la propiedad cada vez más concentrada, la respuesta del autor fue que había que comenzar con acciones voluntarias. Naturalmente, esta medida fue poco eficaz.

El distributismo nunca llegó a aplicarse de manera generalizada, ni tampoco tuvo nunca un *corpus* sólido, más allá del cuestionable manifiesto distributista de Penty (1937). La muerte de Chesterton en 1936, el desánimo en el que cayó Belloch, la ausencia de seguidores a la altura de ambos y la adopción del Welfarismo tras la 2.^a Guerra Mundial lastraron su desarrollo posterior.

4.3.2. En los países comunistas

En los estados de corte comunista se dio un proceso de progresiva derogación tanto formal como *de facto* de la propiedad privada, especialmente la inmobiliaria y del resto de “factores de producción” (como la industria) que pasó a manos del Estado, lo que los hacía totalmente incompatibles con Santo Tomás (Summa II-II, 58,9) y con la *Rerum Novarum* (11): el Estado no puede arrogarse un “bien común” distinto de los bienes individuales.

A título de ejemplo, este fue el proceso en la Unión Soviética con Lenin:

- Por D. 30-10-1917, se suspendió el pago de las rentas de los alquileres de viviendas, se congelaron las mismas y fueron abolidas en 1921. Estas medidas, junto a los efectos de la Guerra Civil provocó una reducción drástica de la disponibilidad de la vivienda (Rudden, 1963). Con el fin de la Guerra civil llega el caos, pues los ciudadanos pensaron que tenían “derecho a un espacio” gratis a proveer por el Estado.
- Por D. 8-11-1917 abolió la propiedad privada sobre la tierra, expropiándola sin compensación (art. 1). Extendido por D. 19-2-1918 a minifundios. El Código Inmobiliario de 1922 estableció la propiedad universal de la tierra a favor del Estado (arts. 1 y 2) y prohibió su adquisición, venta, herencia o hipoteca (art. 27).
- Por Decreto de 20-8-1918 se expropió todo el suelo urbano, construido o no (art. 1). En Moscú y Leningrado, los edificios con más de 5 apartamentos; aunque, luego, el celo de los soviets locales causó la expropiación de propiedades más pequeñas y casas individuales (Rudden, 1963). Los antiguos propietarios fueron convertidos en arrendatarios y obligados a pagar la renta del inmueble que ocupen (art. 10).

Por su enorme fracaso, estas políticas tuvieron que ser revertidas con la Nueva Política Económica (1922), reinstaurando el pago de las rentas y la devolución a manos privadas de edificios con menos de 5 viviendas, confiscados por los soviets. A partir de 1924 llegó Stalin.

En la actualidad, diversos regímenes comunistas reconocen “formalmente” la propiedad privada, aunque materialmente no sea exactamente así. De este modo, en el vigente Código civil chino de 2020, resulta paradigmático el art. 206 donde se estipula que la forma fundamental de propiedad es la propiedad pública: *“El Estado mantiene y mejora los sistemas económicos socialistas fundamentales, como el sistema de propiedad en el que coexisten diversas formas de propiedad con la propiedad pública como pilar fundamental, el sistema de distribución en el que coexisten múltiples formas de distribución con la distribución en función del trabajo como pilar fundamental, así como el sistema de economía socialista de mercado”*. Que la propiedad privada en aquel país es *sui generis* es evidente en los arts. 246 (identificación de la “propiedad del Estado” con la propiedad “de todas las personas”), 247, 250 y 251 (minerales, aguas, áreas marítimas, bosques, animales y plantas salvajes y demás recursos naturales, propiedad del Estado), 249 (todo el suelo urbano propiedad del Estado), 242 (imposibilidad de propiedad privada sobre bienes del Estado), posibilidad de expropiación de los bienes privados sin razón clara en el Código (243), entre otros.

A su vez, el art. 128.1 del Código civil de Cuba 1987, en su art. 128.1 estipula que: *“En la República de Cuba rige el sistema socialista de economía basado en la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios e instrumentos de producción y en la supresión de la explotación del hombre por el hombre. 2. Además de la propiedad estatal socialista, el Estado reconoce la de las organizaciones políticas, de masas y sociales, la de las cooperativas, la de los agricultores pequeños y la de otras personas jurídicas cuyos bienes se destinan al cumplimiento de sus fines, y garantiza la propiedad personal”*.

Su art. 157 preceptúa los únicos bienes que pueden ser de “propiedad personal”: *“a) los ingresos y ahorros provenientes del trabajo propio; b) la vivienda, casa de descanso, solares yermos y demás bienes adquiridos por cualquier título legal; y c) los medios e instrumentos de trabajo personal o familiar”*, dejando claro el art. 158 que *“no pueden ser utilizados para la obtención de ingresos provenientes de la explotación del trabajo ajeno”*.

4.3.3. Los estados corporativos como “terceras vías”

Como alternativa a las democracias liberales, surgieron durante los años 20 y 30 del s. XX diversos estados de “corte orgánico”, que tenían en común que la superación de la “lucha de clases” (y como vacuna al comunismo y ante la inacción capitalista) debía llevarse a cabo a través de un Estado omnipresente que englobase los intereses de patronos y obreros. Digamos que dichos estados (inicialmente, sus promotores carismáticos) se arrogaron como modelo viable

los ideales de una “sociedad orgánica” (que no necesariamente “estatista”; podría haber sido gremialista, pactista, etc.; en cualquier caso, la sociedad no estaba representada por partidos políticos sino por organizaciones corporativas) que superase la democracia liberal surgida de la Revolución de 1830 y la utopía socialista surgida de la lucha de clases con la dictadura del proletariado de la Comuna de París de 1848. Mussolini (1925) lo resumió en: “*todo en el Estado, nada fuera del Estado, nada contra el Estado*”. Sin embargo, no fue el primero.

Suele obviarse la experiencia del Estado libre de la ciudad de Fiume (1920-1924) creado por el escritor/poeta Gabriele d’Annunzio al mando de algunos veteranos de la Primera Guerra Mundial. A d’Annunzio se le considera el precedente del fascismo italiano, tanto en las formas como, de algún modo, en el fondo. Pues bien, un análisis de su Constitución, la conocida como *Carta del Carnaro* (27-8-1920), redactada desde un punto de vista técnico-jurídico por Alceste de Ambris y aderezada estilísticamente por el propio D’Annunzio, “*da prioridad a la nación sobre la individualidad, a la estética sobre el pragmatismo y a la voluntad general sobre los valores liberales*.” (Merkle, 2020, 17). Representa la esencia de un “estado orgánico” porque las corporaciones son uno de los tres “espíritus o fuerzas” (junto los ciudadanos y las comunas) (art. XIII). Cada ciudadano está obligado a pertenecer a una de las diez corporaciones existentes (art. XVIII.3) que vienen detalladas en el art. XIX según oficios. Excepto la última, que “*no tiene arte ni vocabulario. Su plenitud se espera como la de la Décima Musa. Está reservada a las fuerzas misteriosas del pueblo en trabajo y en ascendencia*”. Las corporaciones tienen plenas facultades de autogestión de sus miembros (art. XX) y escogen a sus cónsules para el Consejo de los Cónsules (art. XXI), que conforman el poder legislativo (arts. XXVII y XXXI).

En cuanto a la propiedad privada, si bien en el art. VIII parece garantizarla en los siguientes términos “*Los estatutos garantizan a todos los ciudadanos de ambos sexos: [...] el uso de los bienes legítimamente adquiridos*” (si los bienes pueden ser “legítimamente adquiridos” es que debe de haber algún tipo de propiedad privada); el art. IX establece que:

“*El Estado no reconoce la propiedad como el dominio absoluto de la persona sobre la cosa, sino que la considera como la más útil de las funciones sociales.*

Ninguna propiedad puede ser reservada a la persona como si fuera una parte de ella; ni puede ser lícito a ese propietario engañoso dejarla ociosa o disponer mal de ella, con exclusión de todos los demás.

El único título legítimo sobre cualquier medio de producción e intercambio es el trabajo.

Sólo el trabajo es dueño de la sustancia más fecunda y más provechosa para la economía general”¹⁸.

De este texto concluimos que este primer estado protofascista orgánico de Fiume asume todas las líneas de la “función social de la propiedad” enunciadas por Duguit (y, reiteramos, vigentes hoy en muchas constituciones, incluida la española y el Código civil de Cataluña): considera a la propiedad privada como “la más útil de las funciones sociales”, niega el derecho natural a ser propietario (“como si fuera parte de ella”), no permite al propietario dejar las cosas ociosas y la única manera legítima de ser propietario es trabajando (de ahí lo de “bienes legítimamente adquiridos”).

Por su parte, A. Hitler tiene diversas intervenciones, muy en la línea de Duguit y de d’Annunzio. En 1924 cuestionaba la legitimidad de cierto tipo de propiedad privada; aquella que, según él, practican los judíos, y que se consigue a través de la adquisición de acciones empresariales que *“convierte [a la producción nacional] en un objeto de fácil especulación mercantilista, despojando a las industrias y fábricas de su base de propiedad personal”*. Y en su charla de sobremesa de 3-9-1942 (mediodía) afirmó que el suelo pertenecía a la nación: *“La tierra pertenece a la nación, y el individuo solo tiene derecho al préstamo y a sus frutos. Por lo tanto, es deber de todos sacar el máximo provecho de la buena tierra. Cuando el profesor Hoffmann afirma que su propiedad es la más productiva de su distrito, creo que eso es una buena justificación para su posesión. Cuanto más invierta en la tierra, más obtendrá de ella”*. Por lo tanto, el Estado decide cada vez cuál será la forma “correcta” de ser propietario, estableciendo un derecho de propiedad meramente formal o aparente, pero cuyo contenido viene determinado por el Estado (o sea, él). Finalmente, recordemos que el punto 19.º del programa del Partido Nacional-Socialista Alemán (NSDAP) de 25-2-1920 estipulaba que: *“Exigimos que el derecho romano, que sirve al orden mundial materialista, sea sustituido por el derecho común alemán”*, siendo muy renuente a la propiedad privada y tendiendo al colectivismo.

En la España franquista, el art. 30 del Fuero de los Españoles 1945 preveía medidas parecidas. Tras reconocer y amparar la propiedad privada *“como medio natural para el cumplimiento de los fines individuales, familiares y sociales”* (no como un derecho; un simple “instrumento” o “medio”) en su primer párrafo, en el segundo afirma que *“Todas las formas de la propiedad quedan subordinadas a las necesidades de la Nación y al bien común”* que culmina en el tercero estableciendo que *“la riqueza no podrá permanecer inactiva, ser destruida indebidamente ni aplicada a fines ilícitos”*. Es decir, reconocimiento formal e instrumental de la propiedad privada, pero sometimiento de la misma a las necesidades del país (al estilo del art. 44 Constitución 1931 y del 128.1 CE 1878) y al supuesto “bien común”, en el que no cabe mantener la propiedad inactiva, destruirla o utilizarla ilícitamente, todo ello según criterio del propio Estado y su Jefe, naturalmente. De ahí, por ejemplo, la Ley 12-5-1956 del Suelo que afirma que:

“El régimen jurídico del suelo encaminado a asegurar su utilización conforme a la función social que tiene la propiedad, resulta el cometido más delicado y difícil que ha de afrontar la ordenación urbanística. Y se impone, sin embargo, efectuarlo, precisamente porque si la propiedad privada ha de ser reconocida y amparada por el Poder público, también debe armonizarse el ejercicio de sus facultades con los intereses de la colectividad”. Y su art. 3.2 establece que la competencia urbanística comprende, entre otras funciones, el *“procurar que el suelo se utilice en congruencia con la utilidad pública y la función social de la propiedad”*, con derogación del art. 348 CC. Y así, hasta nuestros días; ver, por ejemplo, los arts. 49 y 50 RDL 7/2015.

V. CONCLUSIONES

Estamos ante una nueva revolución: la digital, la de la inteligencia artificial (IA) y la neurociencia, en la que, de nuevo, dos grandes poderes ansían su control: el gran capital (Apple, Google, Amazon, Tesla) y los Estados (China, EEUU). Todos ellos están interesados en controlar cuantos más datos (personales, de las cosas) mejor, pues son el “alimento” de la inteligencia artificial (IA). De nuevo pugnan si el control del nuevo “El Dorado” lo deben tener las grandes corporaciones o los estados o si ya ellos se organizan. Pero desde luego ninguno de ellos habla de que el control lo tengamos las propias personas, más allá de meras declaraciones formales, con la consiguiente corte de funcionarios y burocracia.

La propiedad privada es la única institución que garantiza la libertad del individuo: si no eres propietario de algo (tus datos, tu vivienda, tu coche, tus películas o música), otro lo es por ti y deberás conformarte con las condiciones que te imponga: resignarte a ser inquilino social, los horarios de los autobuses o trenes (cuando funcionan) o la música o películas que te marquen cada vez los algoritmos de Netflix, Spotify o la agenda política del político de turno.

En el equilibrio está la virtud, afirmó Aristóteles (IV a.C.)¹⁹. La *Rerum Novarum* se presentó como una tercera vía que superase la lucha de clases, las dudas sobre la vigencia de la propiedad privada, el comportamiento necesario de empresarios y trabajadores y el rol del Estado. Estas terceras vías son hoy más necesarias, si cabe, por el enorme potencial de control y de concentración de recursos que representan la IA y la neurociencia en la sociedad digital actual y en este tipo de propuestas podemos hallar alguna respuesta, especialmente por la permanencia en el tiempo (en los siglos) de la propuesta con base tomista.

Sin embargo, en lo que nos atañe, no parece que la Encíclica fuese lo suficientemente precisa sobre cómo conciliar el derecho a la propiedad privada

con su sometimiento al “bien común”. Esto dio lugar a una pléyade de sistemas políticos, sociales y económicos que, de algún modo, prometían tal conciliación, pero que, tarde o temprano, desembocaron en una negación real de la propiedad privada, como había sucedido desde 1917 en la Unión Soviética. Así:

- Los estados corporativos, si bien formalmente admitían la propiedad privada, la derogaron *de facto*. Desde el Estado libre de la ciudad Fiume en 1920 hasta la Alemania nazi, pasando por el estatismo fascista italiano o el Fuero de los Españoles son evidencias de ello.
- Las democracias liberales que han adoptado, incluso a nivel constitucional, la denominada “función social de la propiedad” o similares, se han aproximado en algunas ocasiones dicho resultado mediante un progresivo vaciamiento de las facultades de la propiedad privada sobre determinados bienes, como el suelo urbano en España o, recientemente, la vivienda, ya no solamente a través de innumerables impuestos y cargas, sino ya directamente controlando, obligando, prohibiendo, sancionando y expropiando a los propietarios atendiendo a “razones” o “intereses” de Estado, ahora ya legitimado democráticamente, que se presenta como el faro de libertades.

En el otro extremo están las sociedades neoliberales, como la norteamericana, donde la idea de que la propiedad privada y el derecho individual esté limitado por la sociedad aún se encuentra nivel doctrinal (Alexander, 2018), sin que pueda entenderse, según hemos comentado, que la mera suma de la plena satisfacción individual a través de la propiedad privada pueda configurar un auténtico bien común.

En medio quedan aún terceras vías que no llegaron a desarrollarse ni a aplicarse completamente, como el distributismo, al que nos hemos referido someramente, pero que incluye los elementos esenciales de la *Rerum Novarum*: respeto a la propiedad privada (11), bien común a través de la distribución máxima de la propiedad privada y rol residual del Estado, a favor del individuo, la familia y las entidades intermedias. Si a ello le añadimos que, para la *Rerum Novarum*, hacer que las cosas que uno tienen en propiedad sirvan al bien común forman parte de la caridad individual de manera que no puede forzarse (17), pero para el Estado es obligación hacerlo (llamada a legislar; 23) aunque con intervención mínima y subsidiaria (26), debe descartarse que los derroteros que está tomando la denominada “función social de la propiedad” en nuestros días y en nuestro país, que no cumple nada de todo esto, sea el camino adecuado para ese equilibrio, sino que, al contrario, es un sendero progresivo y sin retorno hacia la extinción de la propiedad privada y, por consiguiente, de la libertad y autonomía individuales, como ya ha sucedido antes acá y acullá.

De esta forma, tal y como la propia *Rerum Novarum* sugiere (7 y 8), es la Ley civil la más idónea para respetar todos esos parámetros, aunque a menudo es denostada por la voracidad del Estado y del Derecho público, siempre tan interventores y sancionadores. Así, instituciones como la rescisión por lesión catalana, la propiedad horizontal, las propiedades compartidas o temporales catalanas de 2015 o la legítima son instituciones jurídicas distributistas *per se*, que deberían comprenderse en sus fundamentos y aplicarse más ampliamente, pues pueden contribuir a crear una mayor distribución de la riqueza y de las propiedades sin necesidad de intervención pública intrusiva (conciliando así la *Rerum Novarum* 11, 17, 23 Y 26), de laceración o incluso derogación de la propiedad privada para cada vez más tipos de bienes. Todo ello es lo más pragmático y lo que está más de acuerdo con la naturaleza humana (ver *Rerum Novarum* 12 y 13). Hay que incentivar, creando las instituciones jurídicas y marcos legales adecuados no intrusivos para que incentivar lo que indica la *Summa* II-II, 26,3: “*La razón de ello está en el hecho de que, en un todo, cada parte ama naturalmente el bien común del todo más que el bien propio y particular*”. No es este, desde luego, el camino que ha tomado, por lo evidenciado, nuestro país ni otros países de nuestro entorno europeo, con los resultados comentados.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXANDER, G. (2018) *Property and human flourishing*, Oxford University Press.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Libro II, 6 (s. IV a.C.).
- CHESTERTON, G. K. (1920) “The Superstition of Divorce (3),” *The Superstition of Divorce*.
- (1926) *Los límites de la cordura*.
- CHICO ORTIZ, J.M. (1985) *La propiedad y el Registro de la Propiedad: Conexiones y perspectivas*, “RCDI” núm. 566, enero-febrero 1985.
- COMISIÓN EPISCOPAL DE APOSTOLADO SOCIAL (1963) *Doctrina social de la Iglesia*, Madrid, Rialp.
- DUGUIT, L. (1912) *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Librairie Félix Alcan.
- HITLER, A. (1924), “Mi lucha”.
- (1941-1944), *Hitler's table talk 1941-1944. His private conversations*, trans. Cameron y Stevens, New York, Enigma Books, 2000.
- LENIN (1918) *El estado y la revolución*.
- LIBERATORE (1891) *Principles of political economy*, Londres, Art and Book Company.
- LEWIS, C.S. (1944) *La abolición del hombre*, Ed. Encuentro, 6.^a ed. 2016, edición Kindle.
- LOCKE, J. (1689) *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*.
- MISNER, P. (1991) *Social Catholicism in Europe*, Crossroad, New York.

- MUSSOLINI, B. (1925) *Discorso per il terzo anniversario della marcia su Roma*, Milán, 28-10-1925.
- MERKLE, P. (2020) Gabriele D'Annunzio and the Regency of Carnaro, Under graduate Honors Theses, 166, Brigham Young University.
- NASARRE AZNAR, S. (2020) Los años de la crisis de la Vivienda, Valencia, Tirant lo Blanch.
- “El proyecto de ley de vivienda 2022”, Apuntes FEDEA 2022/11, abril 2022.
- NAVAJAS, S. (2024) El pensamiento en lucha, La esfera de los libros, ed. Kindle.
- PAULHUS, N.J. (1983) *The Theological and Polical Ideals of the Friburg Union*, Boston College-Andover Newton Theological Seminary, PhD, junio 1983.
- PENTY, A. (1937) *Distributism. A Manifiesto*, 2019, The real press.
- PIKETTY, T. (2021) *Una breve historia de la igualdad*, Deusto. Edición Kindle.
- PONTIFICIO CONSEJO “JUSTICIA Y PAZ” (2004) Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia.
- RIERA, J.R. y BASCO, I. (2025) El ocaso del Estado del bienestar, Sekotia.
- RUDDEN, B., Soviet Housing Law, The International and Comparative Law Quarterly, Apr., 1963, Vol. 12, No. 2 (Apr., 1963).
- SAN EMETRIO, N. (2005), Sobre la propiedad privada, Madrid, Tecnos.
- TOMÁS Y VALIENTE, F. (1978) *El proceso de desamortización de la tierra en España*, “Agricultura y Sociedad”, núm. 7.
- WALDENSTRÖM, D. (2024) Richer and More Equal: A New History of Wealth in the West (English Edition). Polity Press.
- WEBER, E. (1976) De campesinos a franceses, Taurus.

NOTAS

¹ Sorprendentemente, a pesar del estancamiento de las economías occidentales desde los años 70 del s. XX y del evidente fracaso en la gestión de la provisión eficaz de sus servicios, el Estado Social sigue siendo el modelo comúnmente aceptado (e incuestionado) en Europa occidental, incluido España (art. 1 CE). Algunos datos:

a) Entre los años 1950 y 1970 Europa experimentó una expansión económica constante, con un aumento del PIB de un 5,5% anual; ese crecimiento pasó a ser del 2,5% a partir de la década de los 70 a causa de la crisis del petróleo. Como datos concretos, la evolución del PIB en la zona Euro en 1961 fue del 5,7% o del 6,2% en 1973, mientras que fue del 0,6% en 2008 o del 0,4% en 2023 (<https://datosmacro.expansion.com/pib/zona-euro>). Las webs referenciadas a lo largo del trabajo han sido visitadas en junio 2025.

b) En 2006 había alrededor de 380.000 personas en lista de espera en el Sistema Nacional de Salud en España, mientras que eran casi 850.000 en 2024 (<https://www.epdata.es/datos/listas-espera-sanidad-publica/24/espana/106>).

c) En cuanto a educación, el informe PISA 2023 (que recoge resultados de 80 países), *“los alumnos españoles de 15 años han caído en todas las materias de las que se han examinado y han tocado fondo en Matemáticas y Ciencias, obteniendo los peores resultados académicos de su historia”* (<https://www.elmundo.es/espana/2023/12/05/656ddfdffc6c83ba498b45af.html>). Cataluña, a la cola de España (<https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20231205/catastrofe-catalunya-pisa-perdida-competencia-matematicas-ciencias-lectura-95466565>).

d) Finalmente, por primera vez en los últimos años, la vivienda se situaba en 2024 entre los tres problemas más importantes para los españoles (CIS, 2024); en junio de 2025 ya es el primero (<https://www.cis.es/documents/d/cis/es3514mar>). A pesar de la nueva (y primera en democracia) Ley de Vivienda 2023, los problemas de vivienda aumentan constantemente en casi todas las materias: inasequibilidad, concentración urbana, envejecimiento del parque, falta de vivienda social, viviendas vacías/ocupadas, infravivienda, turistificación, falta de datos y gobernanza de las políticas de vivienda.

Riera y Basco (2025) atribuyen el ocaso del Estado del bienestar en España al estancamiento de las partidas en los mencionados servicios esenciales que este debería prestar, al tiempo que ha ido aumentando desmesuradamente el “gasto político” (superfluo) del Estado, a pesar del incremento enorme del endeudamiento público y de los récords de recaudación de la Agencia Tributaria en 2024 y 2025.

² Ver así, el aumento de las incidencias de los trenes de alta velocidad en España en 2025 (<https://elpais.com/economia/2025-05-11/el-tren-pierde-brillo-entre-incidencias-y-en-plena-explosion-de-la-demanda.html>), el inédito apagón en todo el país el 28-4-2025 o las exigencias de la OTAN este mismo año para que España aumente su gasto en Defensa para equipararse al resto de miembros de la Alianza (<https://elpais.com/economia/2025-06-13/el-gobierno-ha-autorizado-cambios-presupuestarios-para-subir-en-7000-millones-el-gasto-en-defensa-este-ano.html>).

³ <https://www.publico.es/sociedad/degradacion-sanidad-publica-acelera-contratacion-segueros-privados-pais.html>

⁴ <https://www.newtral.es/universidad-publica-privada/20240229/>

⁵ La revolución digital, la inteligencia artificial y la neurociencia plantean retos similares en nuestro tiempo. Los retos que representan no distan mucho de los de la revolución industrial en cuando al control de los bienes. Lo discutimos al final del trabajo.

⁶ <https://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/towncountry/landscape/overview/enclosingland/>.

⁷ Es decir, el tipo de relaciones económicas —materialismo histórico—, lo importante y lo que sustenta/justifica la superestructura o conjunto de instituciones —sociales, jurídicas, políticas, religiosas y culturales emanadas de dichas relaciones económicas—, como la de la “propiedad privada de los medios de producción”, que para él son inaceptables.

⁸ Curioso, cuando el propio Marx vivió en casas cada vez mejores en Londres gracias a las herencias que disfrutó de la madre de su mujer (1856), de su propia madre (1863; con la que además especuló, tomando dinero anticipadamente a cuenta de la misma) y la de un amigo soltero, más algo que ganó operando en bolsa y las asignaciones que le pasaba Engels (muy cuantiosas al final, gracias también a la sustanciosa herencia que recibió del industrial de su padre, que le permitió a su vez vivir como rentista), no precisamente gracias a lo que le pagaban por su trabajo.

⁹ *Vid. infra* la política de vivienda de Lenin.

¹⁰ Los países en los que más de sus ciudadanos viven en su casa en propiedad, tienen un reparto más igualitario de la riqueza. Añade que, si Alemania pasase de su 45% de vivienda en propiedad al 80% (similar a España), reduciría su desigualdad en 0,14 puntos coeficiente Gini (0=igualdad total; 1=desigualdad total) o un 20%.

¹¹ “Pues toda parte se ordena al todo como lo imperfecto a lo perfecto, y por ello cada parte existe naturalmente para el todo [...] Pues bien: cada persona singular se compara a toda la comunidad como la parte al todo”.

¹² “Puesto que todo hombre se ordena, como a su fin, a la sociedad entera, de la que forma parte”.

¹³ “Las leyes deben ser justas por razón del fin, es decir, porque se ordenan al bien común; por razón del autor, esto es, porque no exceden los poderes de quien las instituye, y por razón de la forma, o sea, porque distribuyen las cargas entre los súbditos con igualdad proporcional y en función del bien común. Pues el individuo humano es parte de la sociedad y, por lo tanto, pertenece a ella en lo que es y en lo que tiene, de la misma manera que la parte, en cuanto tal, pertenece al todo”.

¹⁴ “Que el bien común es el fin de las personas individuales que viven en comunidad, como el bien del todo es el fin de cada una de las partes”.

¹⁵ Padre del positivismo, doctrina seguida, entre otros, por Darwin o Nietzsche; y quien afirmó que todo buen ciudadano debía ser un buen funcionario, lo que contradice frontalmente lo que preceptúa la Summa I-II, 21, 4 que hemos mencionado: “El hombre no se ordena a la comunidad política con todo su ser y con todas sus cosas”.

¹⁶ <https://www.lavanguardia.com/economia/20251022/11187113/illa-ahonda-intervencion-vivienda-estudia-prohibir-compra-especulativa.html>

¹⁷ El presidente del gobierno, P. Sánchez, enunció lo siguiente en la presentación de sus medidas para paliar la crisis de la vivienda: “Porque, además, si no lo hacemos, la sociedad europea y española va a acabar dividida en dos clases de personas: aquellas que reciben una o varias casas de sus padres, de sus madres, y pueden por ello, dedicar el grueso de sus ingresos a otros proyectos vitales como puede ser formarse, emprender, viajar...Y aquellas otras personas que se pasan el día, la vida trabajando para poder pagar un alquiler y llegan a la vejez sin ser propietarios de la casa en la que viven”. Sobre mi opinión de ellas, pueden leer esto: <https://theconversation.com/las-doce-promesas-del-gobierno-en-materia-de-vivienda-con-las-que-espana-comienza-2025-247627>

¹⁸ Traducción libre del original en italiano disponible aquí (http://www.dircost.unito.it/cs/pdf/19200000_Carnaro_DAnnunzio_ita.pdf): “Lo Stato non riconosce la proprietà come il

dominio assoluto della persona sopra la cosa, ma la considera come la più utile delle funzioni sociali.

Nessuna proprietà può essere riservata alla persona quasi fosse una sua parte; né può esser lecito che tal proprietario ingiungendo la lasci inerte o ne disponga malamente, ad esclusione di ogni altro.

Unico titolo legittimo di dominio su qualsiasi mezzo di produzione e di scambio è il lavoro.

Solo il lavoro è padrone della sostanza resa massimamente fruttuosa e massimamente profittevole all'economia generale".

¹⁹ *"Es, por tanto, la virtud un modo de ser selectivo, siendo un término medio relativo a nosotros, determinado por la razón y por aquello por lo que decidiría el hombre prudente. Es un medio entre dos vicios, uno por exceso y otro por defecto".*

La oponibilidad en el libro IX del Código civil peruano de 1984

The effects against third parties in the IX book of the Peruvian Civil Code of 1984

por

MAX ADOLFO PANAY CUYA

Abogado Pontificia Universidad Católica del Perú

Magister en Derecho civil y comercial

por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

RESUMEN: El presente trabajo versa sobre el efecto de oponibilidad registral de los derechos prevista en el Libro IX denominado “Registros Públicos” que pertenece al Código Civil peruano de 1984. En primer lugar, se denota el carácter humanista del mencionado código para comprender la importancia de los derechos subjetivos como parte del patrimonio del ser humano coexistencial para el desarrollo de su proyecto de vida. En segundo lugar, se procede a la revisión de la oponibilidad en el Código civil peruano de 1984 y, concretamente, en el Libro IX correspondiente a los Registros Públicos. En tercer lugar, se realiza la descripción de la regla de oponibilidad en los ámbitos del derecho subjetivo, del contrato y del registro para establecer las consecuencias de la oponibilidad registral. En cuarto lugar, se describen las características que debe tener el tercero registral para que surta efecto la oponibilidad registral de su derecho. Finalmente, se redactan las conclusiones que resultan de las materias desarrolladas.

ABSTRACT: *This paper discusses the effect of the registrability of rights outlined in Book IX titled “Public Registries” which belongs to the Peruvian Civil Code of 1984. Firstly, the humanistic nature of the aforementioned code is highlighted to understand the importance of subjective rights as part of the coexisting human being’s heritage for the development of their life project. Secondly, the opposability in*

the Peruvian Civil Code of 1984 is reviewed, specifically in Book IX corresponding to Public Registries. Thirdly, the description of the rule of opposability is made in the fields of subjective law, contract, and registry to establish the consequences of registrational opposability. Fourthly, the characteristics that the registrational third party must have for the registrational opposability of their right to unfold are described. Finally, the conclusions resulting from the discussed topics are drafted.

PALABRAS CLAVE: Publicidad registral, seguridad jurídica, registro de derechos, fe pública, oponibilidad, derechos subjetivos, tercero registral.

KEYWORDS: *Registration publicity, legal security, registration of rights, public credibility, effects against third parties, opposability, subjective rights, registered third party.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SER HUMANO COEXISTENCIAL Y SU PATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984.—III. EL SISTEMA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS (SINARP) EN LA LEY 26366.—IV. EL TÉRMINO Oponibilidad EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984.—V. EL ARTÍCULO 2022 DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984. 1. SOBRE EL PRIMER ENUNCIADO NORMATIVO CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 2022. 2. SOBRE EL SEGUNDO ENUNCIADO NORMATIVO CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 2022.—VI. Oponibilidad DEL DERECHO SUBJETIVO, Oponibilidad DEL CONTRATO Y Oponibilidad DEL REGISTRO.—VII. SUJETO GARANTIZADO CON LA Oponibilidad DE SU DERECHO INSCRITO CONFORME AL LEGISLADOR DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984; EL TERCERO REGISTRAL.—VIII. LA Oponibilidad REGISTRAL DEL DERECHO SUBJETIVO Y LA CONSECUENCIA DE INEFICACIA DEL ACTO CUYO DERECHO SUBJETIVO NO SE INSCRIBIÓ. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es una ponencia presentada y expuesta en la III Jornada Preparatoria hacia el XXIII CADER-2025, aborda el tema de la oponibilidad desde la regulación que el Código civil peruano de 1984 realiza sobre los Registros Públicos, así como de la concepción humanista del mencionado código. Por ello, la orientación está determinada por los derechos subjetivos de las personas y la manera en que el ordenamiento jurídico garantiza el ejercicio de la libertad de cada persona en la sociedad a través del ejercicio de sus derechos. Para la consecución de esta propuesta, se tiene presente la concepción unitaria de las tres

dimensiones del Derecho del profesor Carlos Fernández Sessarego (2001, págs. 76-77): vida humana en la sociedad, valor, norma.

¿Por qué usar el concepto de derecho subjetivo y no sobre la situación jurídica subjetiva? Más aún, cuando se ha manifestado que el concepto de situación jurídica subjetiva es elaborado sobre la base de la dimensión coexistencial del ser humano, pues en todo derecho subjetivo se incluye un deber y, viceversa, en todo deber se inserta un derecho; incluso concretándose esa idea en el artículo 19 del Código civil peruano al momento de prescribir que “toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre” (FERNANDEZ SESSAREGO, 1996, pág. 183).

A diferencia de lo expresado en el párrafo precedente, en el presente trabajo se opta por evitar el empleo del supraconcepto de situación jurídica subjetiva para describir la regulación de la convivencia pacífica de los sujetos (FERNANDEZ CRUZ, 1994, pág. 42), con la finalidad de prevenir que, en el afán de buscar un correctivo para el individualismo moderno, se construya geoméricamente a partir de la idea de sociedad o del espíritu del mundo, disponiendo el devenir de las sociedades y hasta del Estado, en donde, el interés social predomine y arrastre todo (VILLEY, 1980, pág. 29); tensión que aún se mantiene vigente en el presente siglo.

En el siglo pasado, la manera en que el nacionalsocialismo posicionó al individuo en el ámbito del ordenamiento jurídico constituye una experiencia extrema no deseada y descrita por Massimo LA TORRE en la obra “La lucha contra el derecho subjetivo. Karl Larenz y la teoría nacionalsocialista del derecho” con el siguiente ejemplo: el campesino que es propietario de una finca tiene los poderes de poseer, administrar, pretender que los terceros no interfieran, empero ninguno de esos poderes determina un verdadero y propio derecho subjetivo ni pueden ser ejercidos a voluntad, porque un campesino que no extraiga regularmente los frutos, que por descuido deteriore la recogida en el campo, “... actúa contra sus propios deberes; no podría justificarse alegando que puede ejercitar a voluntad su derecho de propiedad” (2008, pág. 192).

Otro ejemplo del pasado está en la antigua República Democrática Alemana (DDR), en donde, mediante un “truco metodológico” constaba el siguiente texto en el artículo 24, párrafo 2, de su Constitución: “El derecho al trabajo y la obligación de trabajar constituyen una unidad” (RÜTHERS, 2018, pág. 40).

Por ello, aunque Paolo GROSSI (2006) se refiera a la situación jurídica subjetiva, una mirada más acorde con el presente trabajo la encontramos con la siguiente mención de dicho autor italiano: “Por consiguiente, compartimos plenamente la apuesta por los derechos [refiriéndose a la Carta Europea de Niza], pero siempre que se haga bajo la enseña de una ética de la responsabilidad” (pág. 97).

En defensa de los derechos es correcto señalar que, actualmente, los derechos subjetivos deberían resistir conforme a la incorporación de constituciones

rígidas, el control de constitucionalidad y el paso hacia el Estado constitucional de derecho, en donde, aparece un poder democrático vinculado al respeto del principio de legalidad: formal (seguir los procedimientos para que la regla jurídica sea legítimamente promulgada) y sustancial (el respeto y la intangibilidad de algunas situaciones determinadas de antemano) (RODOTÀ, 2010, pág. 50).

II. SER HUMANO COEXISTENCIAL Y SU PATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984

La contribución del Código civil peruano de 1984 consistió en tener una concepción humanista-personalista del Derecho, que reemplaza aquella idea individualista-patrimonialista proveniente del *Code civil* francés de 1804, que estaba recogida en el abrogado Código Civil peruano de 1936. Como resultado, el ser humano es un fin en sí mismo y la relación que tiene con su patrimonio consiste en que este último es el instrumento del ser humano que coadyuva para su propia realización. Por tanto, en la actualidad, corresponde invertir el orden del pensamiento del Siglo XVIII que pretendía anteponer al patrimonio como el centro del Derecho (FERNÁNDEZ SESSAREGO C. , 2014, pág. 45).

El patrimonio del ser humano está conformado por sus derechos subjetivos y, al respecto, Jürgen HABERMAS (2010, págs. 147-148) explica este último concepto de derecho subjetivo en sentido lato mediante la noción de libertad subjetiva de acción, porque a través del reconocimiento de los derechos subjetivos es posible establecer los límites o delimitar a los seres humanos en los ámbitos en que están legitimados para afirmar libremente su voluntad.

Asimismo, el mencionado filósofo y sociólogo alemán menciona que los derechos subjetivos definen iguales libertades de acción para todos los individuos, enlazándolo con el artículo 4 de la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” de 1789: “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no cause perjuicio a otro. Así, el ejercicio de los derechos naturales de un hombre no tiene otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos. Esos límites sólo pueden establecerse por ley”.

La concepción humanista-personalista plasmada en el Código civil peruano de 1984 es acorde con la idea de que el ser humano es coexistencial, porque el ser humano es una parte de la estructura social. El análisis que comprende el presente trabajo versa sobre la oponibilidad que el registro otorga a los derechos subjetivos patrimoniales del ser humano, esto es, aquellos que forman parte del patrimonio del ser humano y tienen acceso a los registros administrados por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (en adelante SUNARP).

En la obra “Facticidad y validez” se ha mencionado que la integración del ser humano en la sociedad moderna (reunión con otros seres humanos) puede efectuarse de manera sistemática (esto es, no sólo socialmente) a través de los mercados (por ejemplo, la idea de la mano invisible del mercado entendido como un tipo de regulación o control) y del poder administrativo del Estado. Justamente, a través del poder administrativo del Estado, a través de la SUNARP, es posible advertir que el ser humano coexistencial, en el ejercicio de sus derechos subjetivos que acceden a los Registros Públicos, se integra sistemáticamente en la sociedad moderna.

Las instituciones del derecho público y privado posibilitan, por otro lado, el establecimiento de mercados y la organización del poder estatal; pues las operaciones del sistema económico y del sistema administrativo, diferenciadas de los componentes sociales del mundo de la vida, se efectúan en las formas que presta el derecho.

Y como de esta forma el derecho forma engranaje tanto con el dinero y con el poder administrativo, como con la solidaridad, en sus operaciones relativas a integración de la sociedad ha de elaborar y dar forma a imperativos de muy diversa procedencia. Las normas jurídicas no llevan ciertamente escrito en la frente a qué tipo de equilibrio se ha llegado entre esos imperativos. (HABERMAS, 2010, pág. 102)

En consecuencia, una manera de integración del ser humano en la sociedad (reunión con otros seres humanos) se puede materializar de forma sistemática mediante la inscripción de sus derechos en los registros públicos que están a cargo de uno de los poderes administrativos del Estado: la SUNARP.

Las inscripciones de diversos derechos subjetivos en los registros públicos permiten su publicidad con la presunción legal absoluta de que: “... toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones” (art. 2012 del CC peruano). No obstante, la doctrina ha señalado que, en el aspecto sustantivo de su eficacia o efectos jurídicos, la publicidad registral puede distinguirse entre la publicidad como oponibilidad a terceros y la publicidad con efectos constitutivos (MOISSET DE ESPANES, 2005, pág. 60).

Claro está, la oponibilidad frente a terceros no es el único efecto sustantivo de la inscripción en los registros públicos, empero el ámbito o tema del presente trabajo se circunscribe al efecto de oponibilidad frente a terceros que surge con la inscripción en los Registros Públicos, esto es, la publicidad registral de los derechos como parte del patrimonio del ser humano para el ejercicio de su libertad en coexistencia con los demás seres humanos de la sociedad.

Al contrario, nótese la omisión a la referencia de los derechos realizado bajo el enfoque del positivismo normativista, cuando se indica sobre la publicidad registral lo siguiente:

La construcción, pues, de la publicidad en torno a la situación jurídica-registral conduce a afirmar que el objeto de la inscripción sería tanto los hechos como sus consecuencias jurídicas, mientras que los efectos de las normas registrales actúan normalmente sobre las consecuencias jurídicas.

Se inscriben hechos o actos y se publican sus consecuencias. Los primeros, sean declaraciones de ciencia o declaraciones de voluntad, constituirán el antecedente de la consecuencia jurídica que sería el verdadero objeto de la publicidad registral y sobre la que se anudarían los efectos de la misma. (SEQUEIRA MARTIN, 1988, págs. 1895-1896)

III. EL SISTEMA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS (SINARP) EN LA LEY 26366

En la Ley 26366, de 16 de octubre de 1994, crean el Sistema Nacional y la Superintendencia de los Registros Públicos (en adelante Ley 26366/1994) y consta que el Sistema Nacional de los Registros Públicos (en adelante SINARP) tiene la finalidad de mantener y preservar la unidad y coherencia del ejercicio de la función registral, encaminado a la especialización, simplificación, integración y modernización de la función, procedimientos y gestión de todos los registros que integran el sistema (art. 1). Por su parte, en la Ley 29158, de 20 de diciembre de 2007, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (en adelante Ley Orgánica 29158/2007) contiene la definición legal de sistema como los conjuntos de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos, por los cuales se establecen las actividades de la administración pública que requieren ser realizadas por las entidades, precisando que los sistemas pueden ser funcionales o administrativos (art. 43).

Siendo el caso que la Ley 26366/1994 es anterior a la Ley Orgánica 29158/2007, no podía establecer qué tipo de sistema comprende; frente a esa ausencia de indicación expresa podía interpretarse de la revisión de la regulación contenida en la ley que, en general, el SINARP tiene las características de un sistema funcional descrito en el artículo 45 de la Ley Orgánica 29158/2007, pero con la siguiente particularidad: para asegurar las políticas públicas solamente se requiere de la SUNARP como ente rector de la SINARP y del sector justicia al que se encuentra adscrito (art. 10 de la Ley 26366/1994).

En efecto, la intervención o participación de otras entidades quedó excluido del SINARP en el momento que su ley de creación dispuso que los registros señalados en el artículo 2 y bajo el ámbito de otros ministerios deben ser transferidos a la SUNARP con la finalidad de ser incorporados en el sistema (cuarta disp. trans. de la Ley 26366/1994). Recientemente, esta particularidad ha resultado determinante para que el SINARP no sea considerado dentro de los sistemas

funcionales del Poder Ejecutivo previsto en el anexo del Decreto Supremo 097-2022-PCM, de 05 de agosto de 2022, Decreto Supremo que aprueba la relación y calificación de los Sistemas Funcionales (en adelante DS 097-2022-PCM).

Conforme a la primera disposición complementaria final del DS 097-2022-PCM, los sistemas no comprendidos en el citado anexo, se rigen según lo dispuesto en su ley de creación y las normas que le resulte aplicable; además, en la exposición de motivos se explica que los sistemas creados por ley y no incluidos en la relación de sistemas funcionales, como es el caso del SINARP, no limita las atribuciones de sus entes rectores, ni los alcances de sus disposiciones normativas, manteniendo sus respectivas rectorías, recursos y atribuciones.

De otra parte, la noción filosófica de sistema es la siguiente: “conjunto de elementos relacionados entre sí y armónicamente conjugados” (FERRATER MORA, 2007, pág. 335). A esa noción de sistema debe agregarse que es de tipo abierto, con el propósito de ser susceptible de atender dificultades nuevas y de ser modificado perennemente. José FERRATER (2007) puntualiza que pueden admitirse ciertas estructuras teóricas amplias e intentar albergar los nuevos hechos que se revelen. Así, los nuevos hechos varían el sistema, pero no lo cambian completamente en cada momento (337).

En un sistema cerrado, los elementos básicos son *principia* en sentido aristotélico, que permiten obtener, de manera deductiva, las conclusiones o criterios pragmáticos (*topoi*) de la justicia material. A diferencia, en un sistema abierto, los fines fijados por la política legislativa renuncian a una conexión deductiva para resolver el problema, “... partiendo libremente de los dictados generalmente reconocidos de la razón, del *common sense*, como puntos de ataque ‘retóricos’ (en el sentido antiguo) de la argumentación” (ESSER, 1961, pág. 57).

En este orden de ideas, si tenemos una mirada dirigida a un sistema (abierto) para ser utilizado o implementado en el SINARP es posible entender el perenne ajuste de los principios y reglas jurídicas a los sucesos, acaecimientos y, en general, a la complejidad del siglo XXI.

Los datos normativos antes descritos permiten apreciar que, en nuestro país, existe la política legislativa que determinó la creación del sistema registral, al cual debemos interpretar aquél como abierto. Esta política legislativa no está presente en todos los países, porque no todos los ordenamientos jurídicos positivos consideran la creación de sistemas registrales.

En el ordenamiento jurídico positivo peruano se coloca la publicidad registral y la seguridad jurídica como elementos que deben ser garantizados en el SINARP, en el momento que preceptúa como garantía “la seguridad jurídica de los derechos de quienes se amparan en la fe del Registro” (art. 3, inc. c de la Ley 26366/1994), es decir, el sistema debe estar estructurado de tal manera que reafirme la seguridad jurídica: a) de los derechos que los contratantes obtienen usando

como medio de consulta los datos que el registro publica, y b) de los derechos de las personas que están inscritos en el registro (titulares registrales).

Esa función de garantía que tiene el SINARP se concreta a través de los siguientes componentes:

Primero, la SUNARP como órgano rector del sistema (abierto) para orientar la función pública en materia registral. Este organismo desarrolla las actuaciones administrativas conducentes a la defensa de la seguridad jurídica en los procedimientos de inscripción y publicidad de los actos y contratos en los registros públicos (art. 10 de la Ley 26366/ 1994).

Segundo, las reglas jurídicas (comprende las normas con rango de ley o rango menor) destinadas a garantizar o defender la seguridad jurídica. Como muestra de lo antes manifestado, en el ordenamiento jurídico positivo tenemos varias disposiciones normativas tales como la presunción legal —que no admite prueba en contrario— de conocimiento del contenido de los asientos registrales, la presunción legal —que admite prueba en contrario— de legitimación del contenido de los asientos registrales, la oponibilidad de los derechos contenidos en los asientos registrales frente a los derechos no registrados. Dichas disposiciones normativas pueden estar tanto en el Código civil peruano como en el TUO del Reglamento General de los Registros Públicos.

Tercero, los distintos registros públicos creados para incorporar determinados datos, ordenarlos en asientos registrales (previa calificación) que conforman la partida registral y, de esa manera, permitir su publicidad (registral). Los registros tienen la siguiente agrupación: el Registro de Personas Naturales (conformado por el Registro de Sucesiones Intestadas, el Registro de Testamentos, entre otros), el Registro de Personas Jurídicas (conformado por el Registro de Asociaciones, el Registro de Fundaciones, el Registro de Comités, el Registro de Rondas Campesinas, el Registro de Comunidades Nativas, entre otros), el Registro de Propiedad Inmueble (conformado por el Registro de Predios, el Registro de Derechos Mineros, entre otros) y el Registro de Bienes Muebles (conformado por el Registro de Aeronaves, el Registro de Propiedad Vehicular); sin perjuicio de los demás registros jurídicos creados o por crearse (art. 2 de la Ley 26366/1994).

En el artículo 3 inciso c de la Ley 26366/1994 consta el enunciado normativo que menciona expresamente a la fe del Registro, el cual puede concebirse dentro de la fe pública, es decir, la creencia o confianza que establece el Estado a través de la ley para que los ciudadanos crean o confíen (ALTERINI, 2012, pág. 683). Concretamente, ese confiar es la fe en la publicidad registral que ha sido impuesta por el Estado; razón por la cual, se comparte la noción de fe del Registro como “la fiabilidad o confianza objetiva en el registro, pues todos pueden confiar (*fides publica*) en lo publicado” (GORDILLO CAÑAS, 2010, pág. 6).

En la nación alemana, NUSSBAUM (1929, págs. 40-41) en la primera mitad del siglo XX consideraba como disposiciones de la fe pública del Registro tanto a la presunción de verdad de las inscripciones (parágrafo 891 del BGB) como al principio de la fe pública (parágrafo 892 del BGB) o, mejor dicho, al “desconocimiento de la inexactitud registral, para que el tercero merezca protección con independencia del origen del error” (MIQUEL GONZÁLEZ, 1989, pág. 503). Posteriormente, la doctrina más cercana a la actualidad ha manifestado que “... el fundamento de la protección de la buena fe del adquirente está construido únicamente a través de la apariencia creada por el registro” (WESTERMANN et al., 2005, 1064-1065).

Mientras la referencia a la confianza se entiende en el sentido que la persona, por mandato normativo, debe confiar en el registro (como dato objetivo); la referencia a la apariencia está en el ámbito de los signos de exteriorización de la realidad creada por el registro y apreciada por la persona. Por lo tanto, la confianza en el registro o la apariencia del registro constituyen fundamentos enfocados desde perspectivas diferentes hacia el registro, pero no son contradictorias.

Desde la teoría general de la norma jurídica, la fe del Registro forma parte del enunciado normativo de la seguridad jurídica de los derechos de quienes se amparen en la fe del Registro (art. 3, inc. c de la Ley 26366/1994) y, dentro del ordenamiento jurídico, corresponde la siguiente interpretación:

- a) Se trata de una norma jurídica que tiene la configuración de un principio implícito en los términos de COMANDUCCI (2010, págs. 115-117), si es relacionado con las siguientes normas (reglas) compatibles: la presunción de cognoscibilidad, la legitimación registral, la oponibilidad, la fe pública registral (arts. 2012, 2013, 2022 y 2014 del Código Civil peruano);
- b) La relación entre dicho enunciado normativo y las reglas contenidas en los artículos del Código Civil peruano antes mencionadas es considerada como si la “fe del registro” tuviera una jerarquía axiológica (valorativa) sobre las restantes;
- c) Esta jerarquía axiológica es explicada por la doctrina en el sentido que la norma más importante guía e influencia la aplicación de las normas subordinadas (GUASTINI, 2014, pág. 180);
- d) El precepto normativo más relevante, en nuestra estimación, debe ser el comprendido en la Ley 26366/1994 para que sirva de norte y dominio frente a las normas subordinadas, ¿cuáles son esas normas subordinadas? en nuestra estimación, son aquellas comprendidas en los artículos del Código Civil peruano.

Dejando de lado el orden cronológico, la fe del Registro (art. 3, inc. c de la Ley 26366/1994) es la justificación o cimiento de las normas contenidas en los

artículos del Código Civil peruano. Por ejemplo, la fe del Registro es el fundamento de la ficción legal por el que todos tienen conocimiento del contenido de las inscripciones, sin admitir prueba en contrario (art. 2012 del CC peruano), o fundamento de la regla: “Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone está inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone. Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común” (art. 2022 del CC peruano).

Coloquialmente, registros públicos es un término conocido por los ciudadanos y lo vinculan ordinariamente al Registro de Propiedad Inmueble; además, dicho término consta en los artículos 2008 y 2009 del Código Civil peruano para determinar cuáles son los registros objeto de regulación en las disposiciones contenidas en el Libro IX del citado cuerpo legal. Posteriormente, el SINARP se establece en la Ley 26366/1994. En la dogmática jurídica, se alude a los registros públicos como “el mecanismo de publicidad legal, o instrumento publicitario específico, que se contrapone a la denominada publicidad de hecho mencionada por la doctrina” (BIGLIAZZI GERI et al., 1995, 1126). En consecuencia, los registros públicos son los “medios técnicos perfectos para lograr la publicidad legal y con ello alcanzar la deseada seguridad” (CHICO Y ORTIZ, 1994a, págs. 249-251).

Si bien es cierto que, en común, la publicidad de hecho y la publicidad legal (esto es, la publicidad registral) tienen la función general “de dar noticia a terceros (en sentido lato)”, esto es, permitir el conocimiento de un acontecimiento como puede ser un hecho, acto o negocio a quien se encuentre interesado en conocer (BIGLIAZZI GERI et al., 1995, 1128); también es cierto que, la publicidad registral regulada en el ordenamiento jurídico positivo tiene determinadas funciones específicas o esenciales, esto es, las consecuencias jurídicas establecidas en el Código Civil peruano: la legitimación registral (art. 2013), la oponibilidad (art. 2022), la prioridad de rango (art. 2016) y la fe pública registral (art. 2014).

Finalmente, a pesar de que Antonio PAU (2001, 9) valora al registro como institución y no incluye la *fides publica* como fundamento, su postura ha sido de utilidad para el siguiente planteamiento: La confianza en el registro es el fundamento de la publicidad registral y, este último, desencadena diversas reglas tales como la oponibilidad a terceros y la fe pública registral. En fin, la fe del registro (fundamento), la publicidad registral (medio), la oponibilidad y la fe pública registral —entre otras— (eficacia registral) son los elementos para conseguir la seguridad jurídica (finalidad).

IV. EL TÉRMINO Oponibilidad EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984

La realidad vista desde el prisma de la semántica puede colaborar en el entendimiento de la dificultad sobre los alcances del significado que tiene la palabra oponibilidad. En el Diccionario de la Lengua Española se señala como oponible aquello que se puede oponer¹. A su vez, la palabra (verbo) oponer significa: “Poner algo contra otra cosa para entorpecer o impedir su efecto” (Real Academia Española, 2025). Si bien la palabra oponible es la forma de adjetivar el verbo oponer, el sustantivo de ese verbo es la palabra oposición: “Acción y efecto de oponer u oponerse” (Real Academia Española, 2025). Con dicho itinerario seguido, se estima que el sustantivo oposición no describe adecuadamente lo que se busca denotar o tener como significado objetivo en el ámbito del derecho patrimonial.

Cuando se acude al Diccionario panhispánico del español jurídico consta la palabra oponibilidad como un sustantivo que tiene varios significados: “Condición jurídica, atributo inherente a un derecho, documento o defensa, según el cual estos pueden hacerse valer frente a un tercero” (Real Academia Española, 2025). Esta última definición es similar a la acepción legal contenida en el Diccionario de la Academia Francesa para *opposabilité*: “Naturaleza de un derecho que puede prevalecer, de un acto que puede invocarse contra un tercero y, especialmente, en el marco de un procedimiento, de cualquier argumento que pueda presentarse contra la parte contraria o la acusación. La oponibilidad de un contrato, de una sentencia”² (Dictionnaire de L’Académie Française, 2025).

A pesar de la pluralidad de significados que tiene la palabra oponibilidad, esa dificultad no impide trazar el camino que empezó con el significado del verbo oponer, para transitar del sustantivo oposición, dirigiéndose hacia oponibilidad, esto es, un camino que puede explicarse con los orígenes del registro [*publicité foncière*]: “... nace de la simple idea que la adquisición de un derecho real sobre el inmueble es eficaz cuando se hace pública y hacerlo público era antiguamente el rol de la posesión, porque permite al propietario defender su derecho ante cualquier demandante ejerciéndolo públicamente, esto es, en términos jurídicos, oponer su derecho [*opposer son droit*]”³ (Commission de réforme de la publicité foncière, 2018, pág. 5).

En Italia, en la Enciclopedia Treccani consta la definición de oponibilidad vinculado con las normas legales que establecen reglas o conductas que sirven a la solución del conflicto de derechos:

El término oponibilidad se refiere al conjunto de normas jurídicas previstas por un ordenamiento jurídico específico para resolver los conflictos entre dos o más sujetos que presentan pretensiones contrapuestas sobre el mismo bien o derecho, derivadas de diferentes títulos. (...). Los conflictos se resuelven sobre

la base del cumplimiento de ciertas formalidades, o la posesión material del bien objeto del derecho. Estas normas..., tienden a implementar uno de los principios cardinales de los ordenamientos jurídicos modernos: la certeza del derecho. (...).⁴ (BRUZZONE, 2015)

En el ámbito del Código civil peruano existen varias disposiciones normativas referidas a la oponibilidad, pero con significados diferentes. Al respecto, se propone agruparlos en dos (02) campos:

a) Las disposiciones normativas que tienen carácter adjetivo, es decir, aquellas relacionadas con el ejercicio de la facultad de contradicción de la persona en defensa de sus intereses. Por ejemplo, en la regulación del contrato de fianza aparecen los siguientes enunciados: quien está en la posición de fiador puede oponer al acreedor el beneficio de excusión (art. 1880), así como todas las excepciones que corresponden al deudor (art. 1885); quien está en la posición de deudor puede oponer al fiador —que pagó la obligación sin comunicarle— todas las excepciones que cabrían contra el acreedor (art. 1894); y finalmente, quien está en la posición de cofiador puede oponer, a quien pagó la obligación, las mismas excepciones que habrían correspondido al deudor contra el acreedor y que no sean inherentes al deudor (art. 1895).

b) Las disposiciones normativas que tienen carácter sustantivo, es decir, aquellas que la ley concede a una persona la preeminencia de su derecho que nace de un acto respecto de las demás personas que no intervinieron en dicho acto. Por ejemplo: en la regulación del contrato de compraventa con pacto de reserva de propiedad, se indica que dicho pacto es oponible a los acreedores del comprador cuando consta por escrito de fecha cierta anterior al embargo (primer pfo., art. 1584); en la regulación de la reserva de propiedad o retroventa que involucran bienes inscritos se establece la oponibilidad a terceros cuando dichos pactos hayan sido previamente inscritos (segundo pfo., art. 1584 y art. 1591).

Cabe precisar que, en el Código civil peruano el término oponible es utilizado de manera incorrecta para regular el derecho de retracto: El artículo 1597 señala que la presunción de publicidad solamente es oponible después de un año de la inscripción de la transferencia, sin embargo, lo adecuado es entender que el lapso de un año contado de la inscripción de la transferencia se trata de un plazo legal para no aplicar dicha presunción de publicidad (en lugar de entender como un supuesto de oponibilidad). De otra parte, el término preferente es empleado en el Código civil peruano en el derecho de opción (art. 2023) para establecer el efecto de oponibilidad registral de dicho derecho de carácter personal, incluso sobre otro que tenga carácter real conforme lo explica la exposición de motivos (BIGIO CHREM, 1998, págs. 226-228).

De la revisión del texto del Código civil peruano conforme ha sido descrito en los párrafos precedentes, se verifica que la regla de oponibilidad del derecho

inscrito (art. 2022) participa del carácter sustantivo al que se aludió en los párrafos precedentes.

Otro dato necesario por considerar es que la regla de oponibilidad está en el Libro IX, denominado Registros Públicos, específicamente, en el lugar correspondiente al Registro de Propiedad Inmueble. Dicho precepto normativo conserva la misma ubicación dentro del Registro de Propiedad Inmueble, tal como aparecía en el artículo 1050 en la estructura del abrogado Código civil peruano de 1936. La doctrina, a través de la interpretación integral y funcional, ha permitido precisar que la oponibilidad contenida en el artículo 2022 se extiende a otros registros, porque concierne “a los efectos de cualquier inscripción en los Registros que conforman el Sistema Nacional de los Registros Públicos, con los matices especiales que puedan surgir de las disposiciones particulares que rijan para cada tipo de bien o persona de la que se trate” (ARATA SOLÍS, 2003, págs. 481-482).

¿De qué manera es posible entender la visión del legislador que en su momento redactó el artículo 2022 del Código civil? Si bien el primer párrafo mantiene el íntegro del texto del código anterior abrogado, la posición asumida por la comisión revisora del Código civil peruano puede tener explicación: asocia a la oponibilidad como una consecuencia del principio registral de prioridad que está regulado dentro de las disposiciones generales de los Registros Públicos.

Para entender esa explicación, se debe acudir a uno de los integrantes de la mencionada Comisión, quien señaló lo siguiente: “No hay duda de que, si se enfrentan dos titulares de derechos reales, quien tendrá preferencia en virtud del principio de prioridad será aquel que inscribió primero; ...” (BIGIO, 1998, 224). Al momento de considerar la oponibilidad como una consecuencia del principio de prioridad registral, el legislador prefirió conservar su regulación dentro del registro de propiedad inmueble, quedando el referido principio dentro de las disposiciones generales aplicables a todos los registros.

Otra particularidad por denotar consiste en la verificación de que la norma contenida en el artículo 2022 también fue explicada indirectamente por la comisión revisora del Código civil peruano al momento de desarrollar la exposición de motivos del principio de fe pública registral (artículo 2014) con el concepto de “tercero registral”. Transcribimos el siguiente comentario contenido en la exposición de motivos:

Es tercero registral aquel que adquirió un derecho a título oneroso, con buena fe, de quien aparece en el registro con derecho inscrito y que ha procedido a inscribir su adquisición, y será tercero registral respecto de cualquier acto o contrato, en cuya celebración no haya intervenido y que a su vez no se haya inscrito o se inscriba con posterioridad. (BIGIO, 1998, 196)

Además, en la mencionada exposición de motivos se señala que el tercero registral, en la defensa de su derecho, usará “las normas de derecho registral que

establecen el principio de la fe pública registral, de prioridad, de legitimación y de normas como la del artículo 2022 del Código Civil” (BIGIO, 1998, 197).

Siendo el caso que la comisión revisora del Código Civil peruano reconoce la influencia del país ibérico en la redacción de los Registros Públicos, esta visión debió estar influenciada de la situación parecida que habría ocurrido al comentar la Ley Hipotecaria española. Por ejemplo, Ramón María ROCA SASTRE (1954, pág. 402) comentó sobre la Ley Hipotecaria española de 1946 lo siguiente: el artículo 34 y el artículo 32, combinados con los demás preceptos, son la expresión legal del principio de fe pública registral, como emanado del principio superior de presunción de exactitud del Registro, manifestado en el párrafo primero del artículo 38 y el artículo 97, cuya presunción es aquí *iuris et de iure*, mientras que solo es una presunción *iuris tantum* en cuanto al principio de legitimación registral. Con posterioridad al Código civil peruano, también existe reciente doctrina en España que comenta en similar sentido los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria española de 1946:

A tenor del Art. 32 LH ‘Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero’. Y es tercero el adquirente de buena fe y a título oneroso de un titular registral y que inscribe (Art. 34 LH). (ÁLVAREZ, 2010, 574-575).

Esa postura de la comisión revisora del Código civil peruano coincide con la concepción mantenida en la doctrina española cuando sustenta que el principio de prioridad se justifica por ser un medio para solucionar el conflicto o colisión, por ejemplo, de derechos incompatibles: el que primero alcanza la extensión del asiento de presentación cierra el registro en forma excluyente para el rezagado (CHICO Y ORTIZ, 1994, 111-112). Incluso, se ha comentado de manera similar que el legislador de la abrogada Ley Hipotecaria de 1861 contemplaba como una manifestación de la oponibilidad aquello que la doctrina posterior lo denominaría prioridad (PAU, 2004, 42-43).

En Italia, también se encuentra doctrina que explica su sistema registral de transcripción considerando la relación entre la prioridad y la oponibilidad. Se reconoce que el régimen de oponibilidad se caracteriza, entre otros, por el principio fundamental de la prioridad señalada en el artículo 2644 del *Codice Civile*: el acto que primero se registra prevalece sobre los actos inscritos posteriormente, aun si estos tienen una fecha anterior (BIANCA, 2007, pág. 599). Por otro lado, sin sustentarlo en la prioridad, cabe explicar los efectos de la transcripción contenido en el mencionado artículo del *Codice Civile* usando el binomio inoponibilidad y oponibilidad: es inoponible el efecto del acto jurídico que no fue objeto de publicidad frente al tercero (registral), quien —a diferencia— si procuró la publicidad del acto jurídico en donde es parte, generando el efecto

de incompatibilidad a su favor y, simétricamente, la oponibilidad de los efectos de dicho acto jurídico publicado que lo convierte en beneficiario a pesar de la incompatibilidad con el otro acto que, aunque anterior, ha permanecido oculto (GABRIELLI, 2012, pág. 69).

Claro está, en el registro de dicho país no existe el cierre registral para evitar la inscripción de derechos incompatibles y es factible que consten transcritos actos jurídicos contradictorios, pero la oponibilidad de un acto jurídico estará determinada por su ingreso al registro antes que otro acto, siguiendo la regla de la “continuidad de las transcripciones” prevista en el artículo 2650 del *Codice Civile*; más aún, el funcionario del registro (el conservador) no puede negar la recepción y transcripción, salvo por temas formales (art. 2674 del *Codice Civile*). Además, cuando surgieran dudas fundadas sobre la registrabilidad, entonces el conservador, a petición del solicitante, igualmente realizará el trámite, pero con reserva. Es la parte en cuyo beneficio se haya realizado el trámite con reserva, quien deberá acudir ante la autoridad judicial (art. 2674-bis del *Codice Civile*).

En general, dentro del sistema de circulación de la riqueza, la prevalencia atribuida a un acto jurídico es el resultado de la oponibilidad por la publicación a través de la transcripción o inscripción en el registro. La oponibilidad se limita a dictar los criterios para la prevalencia de un título frente a otro (PERLINGIERI, 2010, pág. 17).

Sin embargo, esta relación entre prioridad y oponibilidad ha sido separada en España por Antonio PAU PEDRÓN (2004) cuando precisa que el vigente artículo 17 de la Ley Hipotecaria española —igual que en la originaria Ley de 1861—, diferencia la prioridad registral de la regla de oponibilidad:

Una vez practicada la inscripción no puede hablarse ya, a mi juicio, de prioridad. Un derecho inscrito no goza de prioridad respecto de otro, se haya inscrito o no ese otro, y se haya constituido ese derecho antes o después del inscrito. Lo que ese derecho inscrito produce respecto de cualquier otro derecho es oponibilidad. Una vez que el derecho ha accedido a la publicidad registral, el momento de la aportación del título ha perdido relevancia, y lo decisivo es que producirá efectos frente a otros, sin excepción. (58)

En nuestro país, muchos años después de la obra de Antonio PAU PEDRÓN, se indica que el principio de prioridad tiene una concepción no técnica cuando es entendido como un mecanismo para la protección de los derechos (como lo es la oponibilidad o la fe pública registral), pues con ese criterio amplio todo efecto que produce el registro es prioridad (GONZÁLES BARRÓN, 2011, págs. 326-327).

Por consiguiente, si bien es cierto que la comisión revisora del Código civil peruano consideró la oponibilidad como un efecto del principio de prioridad, también lo es que la doctrina distingue entre la prioridad y la oponibilidad. Nóte-

se que en la exposición de motivos no oficial del abrogado Código Civil peruano de 1936 se indicaba, con acierto, que la oponibilidad “traduce la esencia del sistema aceptado y fija la verdadera inteligencia del tercero titular del derecho que ampara el Registro” (GUZMAN FERRER, 1977, pág. 685).

En definitiva, la comisión revisora del Código civil peruano explica la fe pública registral del artículo 2014 y la regla de oponibilidad dentro del concepto de tercero registral. El tercero registral, en cuanto a la oponibilidad, es quien no ha intervenido en la celebración de un acto o contrato no inscrito y tiene a su favor el cierre registral en caso de incompatibilidad.

Todas estas consideraciones permiten concluir que la comisión revisora del Código Civil explica la oponibilidad a través de la exposición de motivos de dos artículos: a) la prioridad registral (art. 2016), en el cual, la oponibilidad es un efecto; b) la fe pública registral (art. 2014), en el cual, la oponibilidad es comentada dentro de la figura del “tercero registral” y, en contraposición con lo manifestado en el inciso a) que antecede, alude a las normas del artículo 2022 como un supuesto distinto al principio de prioridad.

Esta posición errática no difiere de lo ocurrido en España sobre el abandono de la doctrina a la oponibilidad, por los siguientes errores expuestos por Tirso CARRETERO GARCÍA: a) exceso de comparatismo exclusivo con Alemania que conduce al principio de fe pública como la base del sistema registral, b) abuso de conceptualismo para exagerar las diferencias entre los sistemas germánicos y latinos, hasta el punto que la exposición de motivos de la Ley de 1944, ley de reforma hipotecaria, silencia el principio de oponibilidad, a pesar de estar consagrado en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, c) considerar intercambiables los principio de oponibilidad y fe pública, pensando que el primero era el principio único de las legislaciones latinas y el segundo de las germánicas, pero en realidad contemplan problemas jurídicos distintos (MANZANO et al., 2008, 576-577).

V. EL ARTÍCULO 2022 DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984

El texto del artículo 2022 del Código civil peruano tiene el siguiente tenor:

Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone. Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común.

1. SOBRE EL PRIMER ENUNCIADO NORMATIVO CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 2022

En virtud de la regla contenida en el primer enunciado, el titular del derecho inscrito tiene en la publicidad registral de ese derecho el medio legal idóneo para confrontar a los terceros con pretensiones que entran en conflicto con el ejercicio del derecho inscrito, esto es, la publicidad registral es el medio idóneo para que el derecho inscrito sea oponible a los terceros que tengan un conflicto con el ejercicio del derecho inscrito.

En España, la doctrina denomina la oponibilidad registral como absoluta o *erga omnes* (FERNANDEZ DEL POZO, 2013, pág. 63). La oponibilidad significa la eficacia de lo inscrito en el registro frente a terceros, constituye el efecto principal de la publicidad registral y es el motivo del surgimiento de los registros públicos en la historia. Además, la publicidad es el instrumento técnico más adecuado para desencadenar esa eficacia contra los terceros (PAU PEDRON, 2003, págs. 51-52).

Empero, si la oponibilidad en el ámbito registral es el camino idóneo para hacer valer el derecho inscrito frente a terceros, existiría una confusión entre el derecho subjetivo cuya inscripción en el registro no es constitutiva del derecho y, por ejemplo, la oponibilidad *erga omnes* de los derechos reales que no acceden al registro. Entonces, para la distinción resulta necesario precisar que la oponibilidad mediante la publicidad registral entendida como eficacia de lo inscrito frente a los terceros, en sentido estricto, es el medio que el ordenamiento jurídico establece para resolver el conflicto entre quien sostiene también tener derechos cuyo ejercicio entran en conflicto con el derecho inscrito (materia de la publicidad registral). A diferencia, la oponibilidad *erga omnes* de los derechos reales es considerada incluso cuando no exista conflicto con los derechos de los terceros.

Otro entorno de la oponibilidad surge cuando los derechos son adquiridos mediante actos jurídicos y, concretamente, el contrato también es relacionado con la oponibilidad en el sentido de que un efecto indirecto del contrato es su oponibilidad. Para separar el contrato y la oponibilidad, se debe destacar que la formación del contrato concluye en el momento de consentimiento de las partes y se convierte en la fuente de la relación jurídica patrimonial creada.

Así, por un lado, la conclusión del contrato mediante el consentimiento permite la circulación y, por otro lado, la oponibilidad regula los conflictos que surgen de dicha circulación (FRANZONI, 2013, pág. 196). De esa manera, se verifica que tiene una función diferente a la oponibilidad registral prevista para resolver los conflictos entre derechos derivados de varios títulos contractuales.

Incluso, los alcances de la oponibilidad como efecto del registro frente a los conflictos de derechos que se adquieren en virtud de los contratos también tienen matices según las características del registro, esto es, la regla de oponibilidad registral conforme se trate de un registro de documentos o de un registro de derechos.

De un lado, encontramos que en un registro de documentos se depositan las escrituras públicas que permitirá a los tribunales usar esos documentos como medios de prueba para dar solución a las pretensiones de derechos, esto es, verificar y asignar derechos dentro del proceso judicial, por lo que la oponibilidad del derecho estará determinada por el órgano jurisdiccional sobre la base de los documentos depositados en el registro. De otro lado, en el registro de derechos no se proporciona información para las pretensiones de derechos, sino se define los propios derechos mediante una depuración obligatoria de los títulos antes de inscribir los derechos: “(...) el registro de derechos trata de producir información perfecta y, por tanto, proteger tanto al propietario como al ulterior” (ARRUÑADA, 2013, págs. 98, 102-103).

Íñigo MATEO Y VILLA (2013) explica el funcionamiento del registro de derechos de la siguiente manera: el documento que contiene el derecho se presenta para ser inscrito, el registrador cumple la función de calificación registral sobre el documento y analiza los derechos inscritos en la partida. Si el derecho es inscribible y no se opone a derechos ya inscritos, extenderá el asiento registral y purgará —mediante la cancelación u otra operación registral— el derecho inscrito preexistente. Una vez inscrito el derecho y realizada la purga, el titular del derecho inscrito tiene las siguientes características:

(i) la posición del nuevo titular es inatacable por terceros que basen su posición en pretensiones que no consten en el registro o que, constanding, no sean preferentes de acuerdo con las reglas del Derecho; y, por último, (ii) la posición del titular sólo será atacable por la persona de la que trae causa (es decir, el titular anterior), en virtud de las reglas de los contratos (por nulidad, anulabilidad, etc.). (pág. 5)

En ese sentido, se puede comprender la afirmación de que, en el registro de derechos, si bien es cierto acceden los actos o títulos, también lo es que el registro publica derechos o, con mayor precisión, publica titularidades: “Por tanto, hemos de distinguir entre lo que es objeto de la inscripción —los actos— y lo que es objeto de la publicidad registral —los derechos—” (GÓMEZ GALLIGO et al., 2006, 38).

Las consideraciones antes desarrolladas, así como las precisiones para la distinción entre la oponibilidad del derecho, del contrato y del registro, delimitan los alcances de lo que la doctrina española denomina: oponibilidad registral *erga omnes*.

Con la mirada al país ibérico es posible reconocer su influencia hacia nuestro país (como ha sido afirmado en la exposición de motivos del Código civil peruano). Los registros *públicos*, cuyos aspectos sustantivos están regulados en el Código civil peruano, tienen las características de un registro de derechos y el efecto de oponibilidad registral requiere del cumplimiento del principio de titula-

ción auténtica, así como el ejercicio de la función de la calificación registral para verificar la legalidad y la adecuación con los antecedentes registrales.

¿Cómo opera la oponibilidad registral en el ámbito del registro? Cuando hay personas que también tienen derechos sobre el mismo bien, entonces el comportamiento del registro en el momento de la calificación, por parte del registrador, tendrá los siguientes alcances ante la presentación del título en la solicitud de inscripción:

- a) La prevalencia o preferencia del derecho inscrito impidiendo inscripciones posteriores legalmente incompatibles con dicho derecho, esto es, produce el cierre registral de la partida del bien inmueble o mueble (art. 2017 del CC). Por ejemplo, el conflicto entre dos personas que dicen ostentar el derecho de propiedad sobre el mismo bien o el conflicto entre dos personas que dicen ostentar el derecho de usufructo (derecho real limitado) sobre el mismo bien. El Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00018-2015-PI/TC, considerando 30, reitera lo que manifestó en el año 2002 sobre la inscripción del derecho de propiedad en el registro (y otorgar seguridad jurídica): “(...), para el pleno desarrollo del derecho de propiedad en los términos que nuestra Constitución reconoce, se requiere poder oponer la titularidad de dicho derecho frente a terceros y con ello tener la oportunidad de generar, a partir de la seguridad jurídica que la oponibilidad otorga, las consecuencias económicas que le son consustanciales (Sentencia 0016-2002-AI/TC, fundamento 5)”.
- b) La prevalencia o preferencia del derecho anotado en la partida registral a pesar de inscripciones posteriores de otros derechos que pudieran resultar incompatibles con dicho derecho anotado, pero sin producirse el cierre registral. Por ejemplo, el caso de la anotación preventiva del derecho de opción (art. 2023 del CC) o la medida cautelar de anotación de demanda sobre derechos inscritos (art. 673 del TUO del Código procesal civil).

En ambos ejemplos, las inscripciones incompatibles realizadas con posterioridad a las respectivas anotaciones resultan registralmente canceladas con la inscripción del ejercicio del derecho de opción o con la inscripción de la sentencia. Es decir, las inscripciones posteriores que son incompatibles frente a la anotación que tiene prevalencia o preferencia, están supeditadas a la no inscripción del ejercicio del derecho de opción o de la sentencia a favor de la pretensión demandada, según el caso.

Se trata de regulaciones expresas sobre el derecho de opción o a la medida cautelar de anotación de demanda y, por lo general, la prevalencia o preferencia está delimitada por el aspecto de la duración de la vigencia de la anotación en el registro. En estos casos la prevalencia o preferencia

del derecho inscrito no versa sobre derechos reales, sino derechos personales o la medida cautelar de anotación de demanda para salvaguardar la decisión final que resuelve el conflicto dentro de los procesos judiciales.

- c) La prevalencia o preferencia del derecho inscrito en la partida registral, sin perjuicio de inscripciones posteriores de otros derechos que son legalmente compatibles con dicho derecho inscrito (no hay cierre registral). Por ejemplo, el ordenamiento jurídico permite la inscripción tanto del derecho de propiedad como de los derechos reales limitados de esa propiedad, o el derecho del arrendatario (art. 1708 del CC) siempre que el arrendador sea el propietario con derecho inscrito.

Lo manifestado concuerda con el legislador en la exposición de motivos del Código civil peruano cuando precisa que el derecho común puede dar la solución en donde prevalece el derecho personal: el derecho personal inscrito predomina sobre el derecho real inscrito, pues "... el artículo 1708 que establece que el propietario, titular de un derecho real, debe respetar el derecho del arrendatario, titular de un derecho personal" (BIOGIO CHREM, 1998, pág. 225).

- d) En caso de varios derechos de garantías hipotecarias inscritas sobre el bien, son inscripciones legalmente compatibles y tendrá prioridad el derecho real de garantía que en primer lugar accedió al registro (no hay cierre registral). Incluso el orden de prioridad puede ser objeto de un contrato mediante la cesión de rango de la garantía hipotecaria.

Respecto al cierre registral de la partida indicado en el inciso a) que antecede, es necesario señalar que está regulado de la siguiente manera: "No puede inscribirse un título incompatible con otro ya inscrito, aunque sea de fecha anterior" (art. 2017 del CC peruano). Este enunciado normativo sintetiza aquel contenido en el artículo 1047 del abrogado Código civil de 1936.

En ambos casos, han sido adoptados bajo la influencia española del artículo 17 del Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (así como del artículo 17 de la abrogada Ley Hipotecaria española de 1909), el mismo que indica: "(...), 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. (...)".

Se comenta que dicho texto no está enfocado en determinar cuál de los dos derechos incompatibles contenidos en los respectivos títulos presentados deberá prevalecer en definitiva en el orden civil o sustantivo, por ejemplo, cuando lo inscrito es una donación de la finca y el título rezagado se trata de la compraventa del mismo bien, también otorgada por el mismo propietario (donante), pero con anterioridad a la donación; si no sólo establece el resultado de no dejar entrar

el título o acto al Registro, porque la norma está dictada para que el registrador impida que tengan acceso el título incompatible en los libros de inscripciones, es decir, que no se inscriba —lo que comprende tanto el asiento de inscripción como el asiento de anotación preventiva, de cancelación o de nota marginal— (ROCA SASTRE et al., 2008, 369-370).

Debe quedar claro que el cierre registral se refiere a la partida registral (libro de inscripciones) y no al Diario, porque “... sólo una vez presentado el título podrá oficialmente conocerse y declararse su incompatibilidad” (LACRUZ BERDEJO, 2011, pág. 197).

Resta recordar que, Antonio PAU PEDRÓN (2003, pág. 47) precisa que suele considerarse como una regla de prioridad el primer párrafo del artículo 17 de la Ley Hipotecaria de 1946 cuando expresa que “... inscrito o anotado preventivamente en el Registro un título, 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”. Sin embargo, el citado autor explica que no se trata de prioridad, porque cuando existe un derecho inscrito o anotado será oponible y actúa sobre todos los terceros; la oponibilidad confiere eficacia *erga omnes* a lo publicado por el registro resultando indiferente la fecha del título incompatible —posterior o anterior—.

2. SOBRE EL SEGUNDO ENUNCIADO NORMATIVO CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 2022

En virtud de la regla contenida en el segundo enunciado, cuando se trate de inscripciones de derechos de diferente naturaleza, entonces se aplican las disposiciones del derecho común.

En la exposición de motivos del Código civil se indica que es una novedad normativa extraída de la doctrina de Bernardo Pardo Márquez, quien había señalado lo siguiente: la regla del registro que ampara al primero que inscribe el derecho real, no es aplicable con derechos de diferente naturaleza y categoría, sino las disposiciones del derecho común. Incluso, señala el ejemplo del embargo sobre un inmueble en donde el derecho de crédito (derecho personal), cuyo incumplimiento de la obligación de pago ha provocado el proceso judicial, no se convierte en derecho real por la inscripción (BIGIO CHREM, 1998, págs. 225-226).

Esta regla fue materia de diversos pronunciamientos de la doctrina nacional y la jurisprudencia, los cuales pueden ser apreciados en la sentencia dictada por el pleno casatorio civil realizado por las salas civiles permanente y transitoria de la Corte Suprema de Justicia, resolución de 05 de noviembre de 2015, VII Pleno Casatorio Civil (Casación 3671-2014-LIMA, publicada en separata especial el 07 de diciembre de 2015). En todo caso, en el VII Pleno Casatorio Civil se ha

efectuado la interpretación del segundo párrafo del artículo 2022 respecto a la oponibilidad de los derechos de diferente naturaleza y la aplicación de las disposiciones del derecho común:

(...), nos hallamos ante un asunto de oponibilidad de derechos de naturaleza diversa. Así es, mientras que, por un lado, se tiene al acreedor garantizado con embargo inscrito, de otro lado, se tiene al propietario no inscrito. Se trata, entonces, de verificar solamente cuál derecho subjetivo debe prevalecer o resultar opo- nible frente al otro, según nuestro ordenamiento jurídico. (...). (Corte Suprema de Justicia de la República, 2015, 7339)

Se sostiene que tanto la terminología como la política legislativa contenidas en otras disposiciones normativas de Código civil sobre conflictos de derechos es útil para entender el sentido de los términos derecho común. Esto es, no se aplica la integración jurídica, sino la interpretación sistemática; porque si en otros casos, el legislador estableció la primacía del registro, ciertamente en este caso expresa haber tomado una posición diferente. Entonces, se agrega que los términos derecho común tiene un sentido que, a través de una interpretación sistemática, revela que el legislador optó por no aplicar el criterio registral en la solución al conflicto de derechos previsto en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2015, 7353)

Sobre la base de los argumentos antes resumidos, la Corte Suprema en el VII Pleno Casatorio Civil determina como precedente judicial vinculante las siguientes reglas (Corte Suprema de Justicia de la República, 2015, 7356):

Primero. Para los procesos judiciales de tercera de propiedad en donde intervengan bienes inscritos, corresponde estimar que el derecho de propiedad del tercerista tiene oponibilidad en detrimento al derecho del embargante (acreedor), siempre que el derecho de propiedad (derecho real) esté acreditado con documento de fecha cierta con mayor antigüedad que el momento de la inscripción del embargo.

Segundo. Después de la admisión de la demanda, el juez de primera de instancia, de oficio, tiene la obligación de custodiar la legalidad de la certificación que otorga fecha cierta al instrumento presentado por el tercerista.

Tercero. Si la certificación del instrumento aportado al proceso por el tercerista carece de autenticidad, entonces la demanda deberá ser declarada infundada y el juez debe expedir las copias certificadas al Ministerio Público para la realización de las actuaciones acorde con las atribuciones dictadas por ley.

En términos generales y bajo los requisitos ahí establecidos, el criterio del precedente es acorde con lo manifestado por el legislador en la exposición de motivos cuando explica los alcances del segundo párrafo del artículo 2022: “(...), la última parte del artículo indica que cuando se produce un enfrentamiento entre un derecho real y otro personal, la preferencia será otorgada a quien la tenga con-

forme a las disposiciones del derecho común, como si el derecho registral para estos efectos no existiera” (BIGIO CHREM, 1998, pág. 224). Además, como se ha indicado con anterioridad, el ejemplo señalado en la mencionada exposición de motivos consiste en el embargo sobre un inmueble.

No obstante, tanto la voluntad del legislador histórico como la interpretación sistemática propuesta por la Corte Suprema en el VII Pleno Casatorio Civil no están exentas de crítica. Diversas disposiciones legales del Código civil peruano no se encuentran en el Libro IX, Registros Públicos, y establecen de manera clara la superioridad de la regla del derecho registral para las situaciones en donde existan conflictos de derechos o la determinación legal del derecho que será preferido: concurrencia de acreedores en las obligaciones de dar (art. 1135) o en las obligaciones creadas en el contrato de arrendamiento que sí reconoce el legislador histórico (art. 1708); la preferencia del registro frente a la posesión (arts. 912 y 914).

Asimismo, la doctrina de Bernardo Pardo Márquez que probablemente asoció la idea de derecho común como derecho romano aceptado (TARELLO, 1995, pág. 58) o derecho romano tardío (LARENZ, 2001, pág. 33), para excluir las reglas del derecho registral y entender que se aplica la distinción entre el derecho real (*erga omnes*) y el derecho personal (*inter partes*), no es exacta.

Franz WIEACKER (1957, págs. 49-51) explica que los *consiliatores* o postglosadores del *Corpus iuris* son los arquitectos de la Edad Moderna que realizaron una actividad dictaminadora consultiva y práctica, convirtiendo el Derecho justinianeo en un derecho común de la baja Edad Media en Italia y, en general, en Europa (*ius comune*), a la par de dar cientificidad a los Derechos particulares europeos no romanos. A manera de ejemplo, con frecuencia, aconsejaban tanto a las partes como a las cortes sobre problemas y casos específicos (*consilia*) (VAN CAENGEM, 2011, pág. 62). Por lo tanto, el trabajo de los *consiliatores* o postglosadores sobrepasó al *Corpus iuris*, dando una interpretación distinta a la realizada por los glosadores y llevó a modernizar a las fuentes romanas con artificios dialécticos.

Conocidos ejemplos de ello son el desarrollo del Derecho nobiliario y el de las firmas comerciales, partiendo de la teoría de la posesión; el del dominio directo y del útil, partiendo de las categorías divergentes de la propiedad en el Derecho romano; el del Derecho de retracto troncal o familiar, o de la comunidad de bienes gananciales, partiendo del Derecho dotal de las fuentes justinianas. Esta práctica se condensó en una literatura cuyo programa y ámbito supera ampliamente la de los glosadores, y que sobrevive hasta dentro de la actual literatura jurídica. (WIEACKER, 1957, págs. 51-52)

En ese sentido, el contenido del “derecho común” es un derecho que, visto en la actualidad, está dedicado al derecho civil y al derecho comercial, es decir, al derecho privado (ALPA & GAGGERO, 2006, pág. 28).

Conforme con los antecedentes antes descritos, si el derecho común es el resultado de la modernización (para su época) que efectuaron los postglosadores a las fuentes romanas, entonces ¿por qué no realizar una relectura (interpretación correctora) de la regla jurídica contenida en el segundo párrafo del artículo 2022 que permita la interpretación coherente con las reglas del derecho registral? Máxime, si las reglas registrales están presentes en los distintos Libros del Código Civil peruano de 1984.

Fernando DE TRAZEGNIES (2003) explica que el intérprete no está sometido a la hipotética voluntad de un hipotético legislador, como si fuera un portavoz; “... el intérprete es, en realidad, un coinventor del Derecho, tiene la libertad de agregarle a la norma nuevos sentidos ajenos a la intención del legislador” (543).

El sentido no es único. No es objetivo. La norma es cocreada por el intérprete. La palabra está en el atril. Sin embargo, el sentido de la palabra no está escrito, el sentido de la palabra es mudo; o ha sido verbalizado, pero con palabras cuyo sentido está aún por definirse totalmente. (SACCO, 2016, págs. 79-80)

Hace tiempo se ha denunciado que, sobre la base del axioma tradicional del derecho romano germánico por el que el derecho real es oponible *erga omnes* mientras que el derecho personal lo es *inter partes*, se han deducido diversos teoremas y, uno de ellos, establece que en caso de conflicto entre usufructo no inscrito y arrendamiento inscrito ha de prevalecer el usufructo; “a los juristas no les llama la atención que la diferencia entre usufructo y arrendamiento sea irrelevante para efectos de establecer una solución razonable ante un supuesto de colisión. El axioma decide la suerte del arrendatario con prescindencia de todo criterio económico o moral. No importa si el arrendatario adquirió e inscribió antes su derecho” (ESCOBAR ROZAS, 2015, págs. 120-121).

En definitiva, ¿qué valor es privilegiado para que en la interpretación resulte que el embargo inscrito ceda ante el derecho real? ¿Cuál es el impacto en la sociedad? La diferencia del objeto del derecho real y el objeto del derecho personal no es suficiente para justificar la intención del legislador y la posición de la Corte Suprema.

VI. OPONIBILIDAD DEL DERECHO SUBJETIVO, OPONIBILIDAD DEL CONTRATO Y OPONIBILIDAD DEL REGISTRO

Como ha sido manifestado en el numeral V.1. del presente trabajo, en el ámbito jurídico, la oponibilidad se relaciona con el derecho subjetivo, en los efectos

del contrato, así como en la esfera de los registros públicos. A continuación, se busca proporcionar alcances adicionales para su distinción.

En materia del contrato, conforme lo explica Leysser LEON (2004, págs. 129, 150) el legislador peruano prefirió mantener la parte de los contratos en general siguiendo el esquema del *Codice civile* y el tratamiento también fue por ese mismo cauce. Así, la similitud de la noción de contrato (art. 1321 del CC italiano) y la definición de contrato (art. 1351 CC peruano) como el acuerdo de dos o más partes para crear (*costituire*), regular, modificar (particularidad en el texto peruano) o extinguir una relación jurídica patrimonial. También puede apreciarse la adopción del *more geométrico* común en todas las codificaciones del siglo XIX utilizando los conceptos de relación jurídica y patrimonialidad.

Al respecto, Francesco MESSINEO (2024, págs. 72-73) sobre la noción italiana de contrato explica que este es diferente al efecto del contrato, es decir, el contrato es diferente a la relación jurídica que nace de dicho contrato. Siguiendo a dicho autor italiano, Manuel DE LA PUENTE (2001, págs. 36-37) señala que el contrato, como acto jurídico, es una manifestación de voluntad que crea la relación jurídica: “Una vez cumplido este cometido, que se alcanza plenamente con la sola manifestación de voluntad (al menos en los contratos consensuales), el contrato deja de existir, porque ha terminado su rol”.

Además, el autor italiano sostiene que la indicación a la “relación jurídica patrimonial” y no a la “relación jurídica obligatoria” presenta una redacción que comprende también a la figura del contrato que produce efectos reales (MESSINEO, 2024, pág. 74). Posteriormente, Francesco GALGANO (2012, pág. 34) acota que la noción de contrato del Código civil italiano no tiene una síntesis muy feliz: ¿Dónde está el efecto traslativo del derecho real o del derecho de crédito? Explica que el efecto traslativo del derecho preexistente de un sujeto hacia otro no puede estar incluido en la “constitución” de una relación jurídica.

Sobre los efectos reales del contrato consensual, sin perjuicio de las distintas posiciones en la doctrina nacional, se entiende que el contrato tiene efectos traslativos del derecho de propiedad conforme lo sostienen Freddy Escobar, Hugo Forno, Alfredo Bullard, Gastón Fernández (ESCOBAR ROZAS, 2002, págs. 58-60).

No menos importante es considerar que, existen presupuestos necesarios para que el contrato tenga los efectos reales: el bien exista o sea identificado, el transferente tenga las facultades de disposición, las partes no hayan excluido que el contrato produzca el inmediato efecto real, el consentimiento no sea viciado y, de ser el caso, la forma prescrita por ley, bajo sanción de nulidad (MESSINEO, 2024, págs. 575-576).

En este orden de ideas, conforme con el artículo 1352 del Código civil peruano, con el consentimiento concluye la formación del contrato y puede producir

efectos traslativos (también constituir, regular, extinguir) de derechos subjetivos (relaciones jurídicas reales o personales patrimoniales).

Asimismo, en Italia se indica que es necesario tener en consideración que los efectos del contrato pueden ser oponibles a un tercero cuando algún efecto es susceptible de tener alguna relevancia jurídica frente a dicho tercero (ROPPO, 2009, pág. 530). Lo que se busca destacar de lo manifestado por el autor italiano está en la indicación de que es oponible el efecto del contrato y no el contrato.

En Francia, se manifiesta que la oponibilidad del contrato abarca una realidad distinta a la oponibilidad *erga omnes* inherente al derecho de propiedad, aunque esta oponibilidad *erga omnes* del derecho de propiedad se haya confundido erróneamente con la del contrato:

En efecto, la oponibilidad del contrato no implica en modo alguno que este tenga efectos jurídicos directos frente a terceros. El contrato, por sí mismo, no produce efectos jurídicos frente a terceros, y, por lo tanto, su oponibilidad no puede tener tal significado a menos que se ignore el principio del efecto relativo de los acuerdos. Precisamente, la doctrina y la jurisprudencia admiten que el contrato puede tener repercusiones frente a terceros; justifican su oponibilidad frente a terceros, en la medida en que constituye un hecho frente a ellos⁵. (DANOS, 2007, pág. 200)

Una mirada al Código civil francés permite advertir que la mención a la oponibilidad sobre el efecto del contrato está prevista en su artículo 1200 (modificado por la Ordenanza N° 2016-131, del 10 de febrero de 2016): “Los terceros deben respetar la situación jurídica creada por el contrato. Pueden invocarlo, en particular, para aportar la prueba de un hecho”.

Sobre dicho enunciado normativo, se ha manifestado que la oponibilidad es un efecto indirecto del contrato, así como la vaguedad del término “respetar” que es utilizado en la norma. Frente a esa imprecisión, se acude a la definición de “efecto indirecto” propuesta por José DUCLOS para que la oponibilidad tenga un alcance concreto: “el deber de toda persona de tener en cuenta lo que existe fuera de sí y de abstenerse de potencialmente dañarlo”; dicha definición es más precisa y presenta dos deberes: primero, tener en cuenta lo que existe y, segundo, abstenerse de potencialmente dañarlo (MASSON, 2021, pág. 776).

Además, Florent MASSON (2021) desglosa el deber jurídico de “respeto” impuesto a los terceros conforme al Código civil francés, para identificar tres niveles, priorizados según el grado de restricción ejercido:

El primer nivel, simplemente exige que los terceros reconozcan la existencia del acto y los efectos que este haya podido producir como hechos (este primer nivel de oponibilidad puede denominarse “oponibilidad simple”).

En segundo nivel, más restrictivo para los terceros, se exige no solo reconocer la existencia de un elemento, adicionalmente no interferir en el ejercicio del

derecho con sus conductas. El efecto indirecto que crea la oponibilidad en este caso es una restricción a la libertad de los terceros (esto se denomina “oponibilidad absoluta”, término ampliamente utilizado).

En el tercer nivel, consiste en que el derecho oponible puede restringir o anular un derecho concurrente invocado por un tercero; la oponibilidad se considera aquí como un medio para resolver conflictos entre compradores sucesivos y, de forma más general, conflictos entre titulares de derechos reales. Por lo tanto, la oponibilidad es aplicable en los conflictos de derechos (utilizando un término acuñado por José DUCLOS, se denomina “oponibilidad de orden”) (pág. 777).

Por su parte, Frédéric DANOS (2007, 195, 197) explica la diferencia entre la oponibilidad simple (o indirecta) y la oponibilidad sustancial. En la primera, usa los elementos hipótesis y efecto jurídico que contiene la norma jurídica, para explicar que la oponibilidad de los actos jurídicos significa que un acto jurídico también es un hecho en las otras personas y no pretenden producir directamente un efecto jurídico, además dicho hecho sirve en la aplicación de una norma jurídica externa con efectos jurídicos sobre las personas que no son directamente destinatarias ni afectadas por ese acto jurídico. En la segunda, la oponibilidad se define sobre la base al objeto, esto es, se refiere a las cosas externas a la persona, que existen en número limitado y es probable que se ejerzan goces contrapuestos; “... solo la oponibilidad inherente al derecho de propiedad produce un efecto jurídico directo, ya que impone por sí misma un deber jurídico —de abstención respecto de una cosa— respecto a terceros. Esta oponibilidad es sustancial porque se identifica con este efecto jurídico” (pág. 195).

En materia del derecho subjetivo, corresponde hacer la referencia con el concepto de relación jurídica, pues es utilizada para la definición legal del contrato como un efecto (art. 1352 del CC peruano). Así, en el ámbito nacional, se ha explicado que la teoría de la complejidad de la relación jurídica, elaborada por el jurista argentino Fernando López de Zavalía, intentó superar la crisis que produjo la demostración de la oponibilidad *erga omnes* de todos los derechos subjetivos, porque se admite la obligación “... a cualquier tercero a no frustrar la satisfacción del interés presupuesto en cada uno de los derechos reconocidos en el ordenamiento (...)” (ESCOBAR ROZAS, 2002, pág. 188).

(...) La relación jurídica es un conjunto de conexiones jurídicas unificadas, cuyo núcleo fundamental consiste en una conexión jurídica mirada como fin, y un ente del mundo exterior a ella, considerado como medio.

El ente del mundo exterior considerado como medio, puede ser tanto una persona como una cosa y según encontremos una u otra, diremos del conjunto que es una relación jurídica personal o una relación jurídica real. (LOPEZ DE ZAVALÍA, 1989, págs. 15-16)

Por su parte, Freddy ESCOBAR (2002, pág. 191) manifiesta que en la doctrina se concibe que las relaciones jurídicas, en sentido amplio, pueden vincular: una persona con otra; una persona con una cosa; una persona con lugar, etc. Sin embargo, no tiene aceptación general por la influencia kantiana, pues en los extremos de la relación sólo pueden estar personas.

(...), las relaciones que contienen a los derechos en cuestión (o sea, a los que se encuentran al margen de las relaciones de carácter intersubjetivo) le otorgan a dicho sujeto la posibilidad de obrar directamente sobre el referido bien, viniendo así a constituir “relaciones de satisfacción”; es decir, relaciones que procuran el goce de algo y, por eso, devienen en primarias respecto de cierto tipo de relaciones intersubjetivas (las “abstractas”). (ESCOBAR ROZAS, 2002, pág. 203)

Jean DABIN (2006, págs. 95-98), sobre la base de las críticas a las teorías de la voluntad (Windscheid), el interés protegido (Ihering) y mixtas (Jellinek, Michoud, Ferrara, Saleilles), propone que el derecho subjetivo se presenta como una relación de pertenencia directa del sujeto sobre un bien o un valor (inherente a la persona) o de pertenencia indirecta del sujeto sobre la prestación debida (deuda exigible). “El derecho subjetivo, que se inicia con la pertenencia, se termina en el dominio, inseparable, por lo demás, de la pertenencia: así es al menos en el orden lógico, porque cronológicamente el dominio es contemporáneo de la pertenencia” (102). El dominio es el poder de libre disposición de la cosa, objeto del derecho; este dominio-disposición es diferente al concepto de ejercicio o goce: “Disponer de la cosa: en la acepción que se toma aquí, como sinónima de dominio, la disposición se opone radicalmente al ejercicio” (104). Hasta aquí, la visión interna del derecho subjetivo.

El derecho subjetivo, desde el punto de vista externo (frente a otros), la intersubjetividad introduce el elemento de la oponibilidad del derecho subjetivo (pertenencia-dominio) a otro sujeto, explicitado mediante la inviolabilidad (deber de respeto del derecho) y exigibilidad, es decir, el titular tiene la facultad de exigir cuando el derecho no es respetado. Dicha exigibilidad se materializa mediante la coacción privada del titular (por ejemplo, la legítima defensa, la retención) (111-113).

Para DE PÁRAMO (2000, pág. 378), en la cultura anglosajona, las teorías elaboradas sobre el concepto de derecho subjetivo, bajo la idea general de la conexión correlativa derecho/deber, se pueden agrupar en la teoría del beneficiario o del interés y la teoría de la elección protegida. Además, la dogmática de Europa continental había formulado en el siglo pasado dos teorías similares con sentidos y alcances diferentes: la teoría de la voluntad (Windscheid) y la teoría del interés (Ihering), las cuales —a pesar de las críticas— colocan en el punto de atención los elementos para tener en cuenta sobre el derecho: la discrecionalidad o poder

del titular, que puede ser manifestado de múltiples formas, y la idea de que existe interés valioso en esa pretensión.

Dentro de las teorías de la voluntad, particular atención merece el planteamiento que no identifica los derechos como puntos de referencia y como resultados de la aplicación de determinadas reglas institucionales, sino que los derechos subjetivos se pueden identificar por su función en el razonamiento práctico como razones últimas para la acción o la abstención:

Tal sería en gran medida el sentido de los conceptos de Rawls, Dworkin o Nozick, quienes, aunque con diferente justificación y dentro del marco de teorías normativas diferentes, hablan de los derechos como algo que no está sujeto a regateo político ni al cálculo de intereses sociales (Rawls), o para quienes tomarse los derechos en serio supone preservarlos en todo caso frente a cualquier objetivo colectivo de la mayoría (Dworkin), o para quienes los derechos son restricciones laterales que se imponen en la persecución de objetivos colectivos y que no forman parte de esos objetivos (Nozick). (DE PARAMO, 2000, pág. 386)

En cuanto a esa dimensión valorativa de los derechos subjetivos, se concluye que un análisis de los derechos subjetivos apartado de la teoría moral y política que desarrolla valoraciones prioritarias es un estropicio. Los derechos subjetivos "... entendidos como conceptos normativos que dibujan los límites de la deliberación práctica son, en definitiva, las condiciones y presupuestos de una teoría normativa de la justicia" (DE PARAMO, 2000, pág. 387).

En Francia, respecto al derecho real de propiedad, la doctrina señala que el poder completo sobre la cosa, la exclusividad y la exclusión de los terceros son las características o las tres dimensiones que definen la propiedad como una relación jurídica compleja. Es respecto a la exclusión de los terceros que engarza con la oponibilidad *erga omnes* del derecho a través de un deber de abstención, inacción o no interferencia (DANOS, 2007, págs. 138-139).

Christian LARROUMET (2008, pág. 367) explica que todos los derechos subjetivos (reales, personales, de propiedad intelectual) son oponibles frente a terceros, permitiendo que el titular del derecho pueda forzar a los terceros para que tengan en cuenta la existencia (no desconozcan) de dicho derecho; sin perjuicio de que sea posible que la oponibilidad necesite del cumplimiento de una medida de publicidad. De otro lado, el mencionado autor indica que el efecto de un derecho responde a otra dinámica:

Ahora, cuando la doctrina clásica compara la oponibilidad absoluta del derecho real con la oponibilidad relativa del derecho personal, confunde la oponibilidad del primero con el efecto del segundo. Las bases de ese razonamiento, y, por lo tanto, de la diferenciación, son falsas. La doctrina compara algo que no tiene nada de comparable. (LARROUMET, 2008, pág. 368)

En España, Antonio PAU PEDRÓN (2001) no vincula la oponibilidad con el derecho subjetivo, sino que prefiere vincularla con la situación jurídica subjetiva y diferencia esta última frente a la ineficacia del negocio jurídico (contrato): “Además, la inoponibilidad —y la correlativa oponibilidad— han de predicarse de las situaciones jurídicas, como luego veremos; el título generador de esas situaciones es una de sus bases de legalidad, pero no es, en sí mismo, el objeto de la oponibilidad” (pág. 290). Además, se señala que la atribución de la oponibilidad al título formal (y no al derecho) tiene algún arraigo en la doctrina española: “La idea de oponibilidad del documento conduce, a quienes la sostienen, a otras dos que derivan de ella: que la publicidad tiene por objeto documentos y no derechos, y que la publicidad supone una extensión de la eficacia propia del documento” (pág. 310).

En materia del registro, el legislador del Código civil peruano señala que el sistema elegido fue de inscripción, porque se extraen los elementos esenciales del título para incorporarlos en el asiento registral. Se optó por la inscripción declarativa como regla general y la excepción será la inscripción constitutiva (por ejemplo, el derecho real de garantía hipotecaria). Dichas decisiones de política legislativa están basadas en el registro de propiedad inmueble (BIGIO CHREM, 1998, 181, 183-184):

- a) La ausencia de un catastro nacional eficiente. Desde la vigencia del Código civil se han promulgado diversas normas para mejorar el catastro, siendo la más resaltante la Ley 28294, de 21 de julio de 2004, Ley que crea el Sistema Nacional Integrado de Catastro y su vinculación con el Registro de Predios, pero no se ha obtenido resultado esperado; incluso —apartándose del sistema— se promulgó el Decreto Legislativo 1557, de 19 de mayo de 2023, Decreto Legislativo que establece medidas en materia de Catastro Fiscal y dicta otras disposiciones, como evidencia de las falencias del sistema creado en el año 2004.
- b) La dificultad y los costos para obtener títulos auténticos que perjudicarían la celeridad contractual y del tráfico (estimando el legislador que muchas veces las partes ahorran o por lo menos postergan dichos gastos). Desde la vigencia del Código civil se puede advertir en el tiempo la existencia de tres (03) propuestas para facilitar y reducir los costos para la consecución de títulos públicos en las operaciones entre privados: primera, la Ley 27755, de 15 de junio de 2002, Ley que crea el Registro de Predios a cargo de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, al establecer que todas las inscripciones se sustentan en escritura pública o en formulario registral con firmas certificadas por notario, si en el último caso el valor del inmueble no es mayor a veinte Unidades Impositivas Tributarias (UIT) (art. 7); segunda, la Ley 28698, de 22 de

marzo de 2006, Ley que facilita la constitución y ejecución extrajudicial de garantías hipotecarias para programas de viviendas, que aún no ha sido implementada y establece que la hipoteca sobre la vivienda que se adquiere, construye o mejora, es constituida mediante la inscripción del formulario registral respectivo. El formulario registral es título suficiente para la inscripción (art. 3); tercera, el Decreto Legislativo 1177, de 18 de julio de 2015, Decreto Legislativo que establece el régimen de promoción del arrendamiento para vivienda, al establecer el formulario único de arrendamiento (FUA), el formulario único de arrendamiento con opción de compra (FUAO), y el formulario único de arrendamiento financiero (leasing) (FUAL), todos sobre inmueble destinado a vivienda (art. 4).

En resumen, la primera propuesta fue materia de una acción de inconstitucionalidad y, sin perjuicio de las precisiones interpretativas realizadas por el Tribunal, en la práctica, no se utiliza el formulario; en la segunda propuesta, el formulario no ha sido implementado y; solamente la tercera propuesta tiene aplicación, pero sus alcances son reducidos.

- c) La necesidad de la inscripción puede lograrse en el sistema declarativo, pues va acompañado de principios de prioridad, tracto sucesivo y, sobre todo, fe pública registral.
- d) Cuando se preparó el libro de registros públicos, la comisión revisora ya había decidido establecer la transmisión consensual.

Asimismo, el legislador del Código Civil peruano omite vincular los efectos de la inscripción declarativa de los derechos con la oponibilidad registral y limita la explicación de la inscripción con la publicidad efecto utilizando los siguientes términos:

(...), cuando se acude a un registro jurídico, se busca lo que llamamos ‘Publicidad Efecto’, expresado en el hecho de que la inscripción o la falta de inscripción produce consecuencias jurídicas distintas en cuanto a los derechos, las obligaciones y los actos de las partes y los terceros. (BIGIO CHREM, 1998, 173)

El legislador indica que sobre los derechos y los actos recaen consecuencias jurídicas distintas, pero omite describir cuáles son esas consecuencias y coloca en el mismo nivel a los derechos y a los actos, por lo que no tiene claridad si nos encontramos ante un registro de documentos o un registro de derechos. Sin embargo, se trata de un registro de derechos por las características que tiene el procedimiento para el registro: rogación, prioridad, titulación auténtica, calificación registral (legalidad y adecuación con los antecedentes registrales), tracto sucesivo; así como por los efectos que tiene la inscripción: publicidad, legitimación, oponibilidad, fe pública registral.

La institución del registro es una respuesta a la realidad en donde, al resultar insuficiente la publicidad posesoria, mediante una decisión de política legislativa se incorpora la institución del registro para defender los derechos subjetivos (seguridad estática) frente a las turbaciones o ataques de terceros y, sobre la base dicha defensa también proteger el tráfico de esos derechos subjetivos inscritos (seguridad dinámica) a los terceros involucrados en la circulación de la riqueza (MOISSET DE ESPANES, 2005, pág. 50).

En este estado de las cosas, después del desarrollo de la materia contractual, del derecho subjetivo y del registro, corresponde resaltar las siguientes precisiones vinculadas con la oponibilidad:

Primero, entre la oponibilidad del derecho subjetivo y la oponibilidad del contrato. La oponibilidad es *erga omnes* del derecho subjetivo, excluyendo a los terceros a través de un deber de abstención, inacción o no interferencia. Este derecho subjetivo está involucrado en la relación jurídica patrimonial cuya fuente es el contrato, el cual permite a las partes enajenar o adquirir determinados derechos subjetivos. Por lo tanto, la celebración del contrato es el título de la adquisición o constitución del derecho subjetivo, según sea el caso.

Así, la vinculación reside en que la adquisición o constitución del derecho subjetivo nace del contrato, por lo que es la fuente de ese derecho. Entonces, cuando se menciona sobre la oponibilidad del contrato, ésta debe ser entendida como la oponibilidad *erga omnes* de los derechos subjetivos que están vinculadas a las relaciones jurídicas nacidas del contrato. El contrato es la prueba de la titularidad del derecho subjetivo por adquisición o por constitución.

Segundo, los derechos subjetivos (por ejemplo, reales o personales) tienen la protección aquiliana por la lesión que causen los terceros, siempre que se cumplan los requisitos de la cláusula general de responsabilidad extracontractual (art. 1969 del CC peruano).

Lo afirmado no entraña novedad en el ámbito comparado, porque —por ejemplo— Máximo PÉREZ (2005, págs. 39-121) desarrolla que la doctrina así lo interpreta en los ordenamientos jurídicos de Francia, Italia, España.

Tercero, entre la oponibilidad del derecho subjetivo y la oponibilidad del registro. Se reitera, la oponibilidad es *erga omnes* del derecho subjetivo, excluyendo a los terceros a través de un deber de abstención, inacción o no interferencia. En el registro de derechos, se publicita las titularidades de los derechos que se adquieren o nacen del título (contrato) con la particularidad que el ámbito de oponibilidad del registro se requiere del siguiente presupuesto: la existencia de conflicto entre derechos subjetivos sobre el mismo objeto.

Así, no estamos ante el respeto por parte del tercero sobre un derecho subjetivo ajeno (oponibilidad *erga omnes*) que puede ser conocido mediante la publicidad posesoria (por ejemplo, el caso de derechos reales), sino ante el tercero

que también es titular de un derecho subjetivo que: a) se encuentra en conflicto, es decir, cuya convivencia de ambos derechos es incompatible (art. 2017 para el cierre registral y el art. 2022, ambos del CC peruano); o b) son compatibles y la fecha del registro determinará la prioridad o preferencia de cada uno de esos derechos subjetivos (art. 2016 del CC peruano).

Cuarto, el registro como medio de publicidad de la titularidad del derecho subjetivo que ha nacido separado del momento de la inscripción (declarativa) tiene como consecuencia que el derecho subjetivo tenga dos (02) niveles de oponibilidad: la *erga omnes* del mismo derecho subjetivo, y en caso de derechos subjetivos sobre el mismo objeto, la oponibilidad del registro del derecho subjetivo con la modalidad de cierre registral en caso de incompatibilidad.

En España, la propuesta de José GARCÍA engloba la oponibilidad en el principio de inscripción. “Para el citado autor, el principio de inscripción supone, cuando la inscripción es declarativa, que ‘ésta es conformadora o configuradora de la plena eficacia del derecho real’” (PAU PEDRON, 2001, pág. 333). En Francia, se trataría de la oponibilidad sustantiva o absoluta del derecho subjetivo y la oponibilidad de orden para resolver los conflictos de derechos (conforme a lo señalado por José DUCLOS).

VII. SUJETO GARANTIZADO CON LA OponIBILIDAD REGISTRAL DE SU DERECHO CONFORME AL LEGISLADOR DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984: EL TERCERO REGISTRAL

El titular del derecho cuando consigue la inscripción en el registro se produce la oponibilidad a terceros o eficacia frente a los interesados que también manifiestan tener algún derecho (compatible o incompatible, según excluya o no la inscripción del título posterior) sobre el mismo bien, esto es, la oponibilidad registral.

El enfoque antes desarrollado mantiene el planteamiento contenido en la exposición de motivos oficial el Código civil peruano de 1984, en donde, se utiliza el concepto de tercero registral destinado al titular que tiene su derecho inscrito y para oponerlo a quien no lo inscribió o lo inscribió con posterioridad deberá cumplir los siguientes requisitos: adquiera el derecho a título oneroso de quien aparece en el registro con derecho inscrito, tuviera buena fe y hubiera procedido a inscribir su adquisición (BIGIO CHREM, 1998, pág. 196).

En resumen, el titular del derecho inscrito denominado tercero registral debe:

Primero: Adquirir del titular registral. El transferente del derecho tiene que aparecer como titular registral al momento de la adquisición del tercero (que se convertirá en tercero registral), porque de esa manera se aprecia la buena fe de

ese tercero (PAU PEDRON, 2003, pág. 41). Sin embargo, José Antonio ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ (2010) denuncia la pretensión de extender la protección registral “no solo al adquirente según del registro sino también al inmatriculante” (pág. 586). En efecto, en el país ibérico existe jurisprudencia del Pleno del Tribunal Supremo que establece que no es necesaria la previa inscripción del transferente para configurarse la inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito (STS 928/2007, Sala Civil, Sección 1, 2007).

Segundo: A título oneroso. El legislador del Código civil peruano de 1984 identifica la adquisición a título oneroso como aquel acto jurídico bilateral con prestaciones recíprocas (BIGIO CHREM, 1998, pág. 205).

Sobre el particular, se ha señalado que en el sistema peruano la reciprocidad está articulado en dos ejes: la existencia de obligaciones recíprocas y la exigibilidad de las prestaciones recíprocas. No obstante, Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE (2001) —a diferencia del legislador— precisa que es en el ámbito de la exigibilidad de las prestaciones recíprocas en donde se confunden o identifican los efectos del contrato recíproco y del contrato oneroso, “en el sentido que ambos dan lugar a una reciprocidad de las prestaciones a cargo de las partes y de las correspondientes atribuciones patrimoniales a que la ejecución de las prestaciones dan lugar” (pág. 297).

Asimismo, resulta interesante saber que si bien el legislador del Código civil peruano de 1984 ni incorpora en el artículo 2022 ni en el artículo 2014 la disposición legal contenida en el último párrafo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria española: “Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente”, sí lo menciona en la exposición de motivos de la siguiente manera: “De este modo, se excluyen expresamente las transferencias a título gratuito por estimarse que el adquirente de ellas debe tener la misma protección registral que su transferente” (BIGIO CHREM, 1998, pág. 205).

Sobre la noción de transferencia a título gratuito, se entiende a aquella regulación contractual que crea una prestación sin conferir al beneficiario alguna contraprestación, por lo que dicho beneficiario obtiene una ventaja sin sacrificio y el deudor de la prestación se sacrifica sin ventaja (ROPPO, 2009, pág. 407).

En nuestro país, a nivel reglamentario, en el artículo 98 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios se indica de manera general que: “Las transferencias a favor de tercero efectuada por el causante antes de su fallecimiento, podrán inscribirse aun cuando en la partida registral del predio se hubiera inscrito la sucesión a título universal, siempre que su inscripción no perjudique a terceros” (esto es, a otro que tuviere su derecho inscrito).

Tercero: De buena fe. El legislador del Código civil peruano de 1984 entiende por la buena fe, el desconocimiento de la inexactitud de lo publicado en

el Registro, esto es, la discordancia entre la realidad registral y la extrarregistral. Asimismo, la buena fe se presume y, por tanto, procesalmente no hay la obligación de probar dicho desconocimiento de la inexactitud del Registro.

En cuanto al momento de la buena fe, ésta debe existir en la celebración del contrato y hasta el momento de la inscripción (BIGIO CHREM, 1998, págs. 201-204). Esa posición es contraria a la doctrina mayoritaria en España, así como su jurisprudencia, conforme lo explica Carmen JEREZ DELGADO (2005, págs. 123-130).

¿Qué sucede si la inexactitud se conoce por una noticia verbal o escrita? No destruye la buena fe, aunque dicha noticia sea verdadera: un instrumento privado o manifestación verbal no puede hacer decaer un manifiesto público (como lo es el título inscrito). Empero, no se gozará de buena fe si conoce directamente o ha participado en los actos dirigidos a despojar el verdadero propietario o a imponer falsos representantes a la persona jurídica. Esta última apreciación del legislador del Código Civil peruano de 1984 coincide con lo manifestado en el sentido de que:

(...) no puede haber más restricción que el acto ilícito calificado del tercero. Como se observa, muy distinto es el acto ilícito calificado del tercero, que no puede generar derechos, de investigar la buena fe del tercero, para determinar si conocía o no la inexactitud del Registro. (OLAECHEA, 1993)

En contra de lo desarrollado en los párrafos precedentes, la doctrina ha señalado que la buena fe no consiste en haber confiado en el registro o haber desconocido su inexactitud:

“Es una buena fe extrarregistral, (...), como confianza del adquirente en su propio negocio adquisitivo y, por tanto, como creencia de que quien a él le transmitió era propietario y podía enajenar o disponer, si se trata del adquirente de un derecho real” (DIEZ-PICAZO & GULLÓN, 2012, pág. 291).

El Tribunal Constitucional, en el fundamento 52 del Expediente N° 00018-2015-PI/TC, señala lo siguiente:

“(…), para la configuración de la buena fe del tercero, será indispensable haber desplegado una conducta diligente y prudente desde la celebración del acto jurídico hasta la inscripción del mismo, además de la observancia, claro está, de los propios requisitos exigidos por el artículo 2014 del Código civil peruano, en los términos en los que ha sido modificado por la Ley 30313, como por ejemplo, la escrupulosa revisión de los asientos registrales y de los títulos archivados”.

A su vez, en el fundamento 58, el Tribunal Constitucional, siguiendo el pronunciamiento de la Corte Suprema, hace referencia que, de manera adicional, corresponde cumplir el deber de verificar la posesión sobre el bien.

En todo caso, este requisito no resulta de aplicación en el ámbito del procedimiento de inscripción registral, por cuanto, la función de calificación registral se

circunscribe al título formal (título público o auténtico) y su adecuación con los antecedentes registrales, según corresponda (art. 2011 del CC peruano); además, como indica la doctrina en España: “Sin olvidar que la inscripción o no en el Registro es una actividad legalmente tasada” (DE LA IGLESIA MONJE, 2010, pág. 251) y el titular tiene el derecho de naturaleza procedimental a que se inscriban sus derechos en los registros públicos; dicha facultad también está atribuida a quien lo transmite y a las personas que tienen interés en asegurar el derecho que se pretenda inscribir (PRADA ALVAREZ-BUYLLA, 2005, pág. 92).

En los sistemas de transcripción, como en Italia, a pesar que se haya comentado que la buena fe ha tenido entrada en la reforma del artículo 2652 del *Codice Civile* (1942) sobre la transcripción de la demanda de nulidad del acto (PAU PEDRON, 2001, págs. 213-214), la doctrina ha señalado que la relevancia de la buena fe en sí misma debe excluirse, incluso con referencia a los casos previstos en el artículo 2652 en donde la menciona, pues no consiste en ignorancia del acto previo, sino en la ignorancia del vicio que incide sobre ella. La buena fe y el registro [*trascrizione*] en este caso se suman, porque operan en planos completamente distintos entre sí (TRIOLA, 2012, págs. 24-25).

Cuarto: Inscribir su adquisición. Requisito cronológicamente posterior a los anteriores. El tercero registral recibirá la protección de su derecho cuando se hayan cumplido los cuatro requisitos, es decir, la protección será la oponibilidad registral de su derecho.

VIII. LA OponIBILIDAD REGISTRAL DEL DERECHO SUBJETIVO Y LA CONSECUENCIA DE INEFICACIA DEL ACTO CUYO DERECHO SUBJETIVO NO SE INSCRIBIÓ

Sobre la base de lo desarrollado en los puntos anteriores y desde la perspectiva de quien todavía no acude al registro de derechos para inscribir su derecho subjetivo, se desprende que la oponibilidad registral del derecho que sí accedió al registro tiene como consecuencia: en caso de presentación de un derecho incompatible al inscrito, el cierre de registro para que acceda y, en caso de presentación de un derecho compatible al inscrito, la preferencia del derecho inscrito con anterioridad.

Por ejemplo: a) Caso de una doble venta: Si un propietario vende el bien a dos compradores diferentes, el conflicto se resuelve haciendo prevalecer a quien ha registrado en primer lugar. Esto significa que la primera venta, pero que no accedió al registro de manera oportuna, no es oponible al siguiente comprador, si este último tiene inscrito su compra (TRIMARCHI, 1998, págs. 618-619). b) Caso de una doble venta y falta de tracto sucesivo: Si *Primus* vende el predio a

Secundus y, luego, a *Tertius*. *Secundus* vende el mismo predio a *Quartus*, quien presenta su título para inscribir y, posteriormente, también presenta —por este orden— *Tertius*. En este caso, el registrador cuando verifique que el predio tiene como titular a *Primus*, entonces formulará la observación por falta de la titularidad registral en su transmitente *Secundus*. El registrador no entrará en la calificación del título de *Tertius* hasta que haya caducado el asiento de presentación de *Quartus* y la oportunidad de conseguir la inscripción del derecho de *Secundus* (LACRUZ BERDEJO, 2011, págs. 198-199).

De otra parte, ¿qué sucede con el título contractual que es la fuente de la adquisición de un derecho incompatible con otro derecho inscrito? El resultado es la ineficacia del acto (título contractual) que es fuente del derecho subjetivo sobre el mismo objeto y que no acceden al registro frente a quien es titular del derecho subjetivo que sí lo inscribió.

Dicho en otro giro, si luego de la adquisición del derecho subjetivo, el titular no lo hubiera inscrito en el registro, entonces podría estar afectado por otro acto que es fuente de un derecho subjetivo sobre el mismo objeto que sí accedió al registro. Esta ineficacia es descrita por Roberto TRIOLA (2012, pág. 15) para el sistema de *trascrizione* italiano, pero resulta también de aplicación para un registro de derechos como el peruano.

Adicionalmente, la doctrina de BIGLIAZI GERI et al. (1992, pág. 1132) manifiesta que dicha ineficacia debe ser matizada, porque la falta de adopción de la publicidad prevista es relativa: existe la posibilidad de probar que se buscó tener ventaja con el registro, pues estaba perfectamente al corriente del cambio sobrevenido, aunque no se hubiera hecho público, pues tuvo la noticia por otro medio (*aliunde*).

En Perú, la sede digital del Poder Judicial contiene el pleno jurisdiccional nacional civil y procesal civil (2020), por el cual los jueces de las cortes superiores de justicia adoptaron por mayoría que, en el caso de doble venta sobre un inmueble, el segundo contrato celebrado por el mismo vendedor, pero con distinto comprador, es nulo por cualquiera de las siguientes causales: finalidad ilícita; objeto jurídicamente imposible; o contravenir normas de orden público o buenas costumbres.

El desafío consistirá en verificar en cada caso concreto si, efectivamente, se ha incurrido en alguna de las causales antes señaladas, para considerar la nulidad de la segunda venta. Un ejemplo de la manera incorrecta de evaluar los hechos para aplicar los supuestos de nulidad del acto jurídico está en la Casación 5407-2019-LIMA de la sala civil permanente de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual, se resuelve por la nulidad de la segunda venta sosteniendo que se ha presentado en los hechos el supuesto normativo de causa ilícita. En otras palabras, se verifica si el comprador cumple las siguientes medidas mínima de

diligencia ordinaria: a) el estado del inmueble que adquiere, b) quién o quiénes detentan la posesión de este y c) cuál es el título que lo sustenta; sin embargo, dichas medidas no conllevan a concluir que la causa es ilícita.

De igual manera, en la sede digital del Poder Judicial, consta el pleno jurisdiccional nacional civil y procesal civil (2022), por el cual los jueces de las cortes superiores de justicia adoptaron por mayoría que, en el caso de mejor de propiedad debe preferirse al que compró primero con documento de fecha cierta y tiene la posesión, a pesar de que no haya inscrito su derecho en los registros públicos.

De esta manera, el registro de derechos y su oponibilidad, en el ámbito jurisprudencial, viene cediendo ante la presencia de la posesión, por lo que la diligencia en la contratación está involucrando la verificación de quién tiene la posesión sobre el bien, a pesar de las reglas del Código civil peruano que establecen la preferencia del registro frente a la posesión (arts. 912 y 914).

CONCLUSIONES

I. En el Libro IX, Registros Públicos, del Código civil peruano no se consideró la oponibilidad del registro dentro de las disposiciones generales, sino dentro del registro de la propiedad inmueble; pues lo asumió como un efecto o consecuencia de la prioridad registral que sí se encuentra en las mencionadas disposiciones generales. Adicionalmente, para la explicación de la oponibilidad del registro (art. 2022), se acudió a la noción de tercero registral contenida en la exposición de motivos del artículo 2014 sobre la fe pública registral.

II. La oponibilidad del registro como un efecto de la publicidad registral de los derechos subjetivos se encuentra en un ámbito distinto a la oponibilidad de los derechos subjetivos no inscritos, porque su ámbito de aplicación presupone la existencia de otro derecho subjetivo sobre el mismo objeto. Por el contrario, la oponibilidad *erga omnes* de los derechos subjetivos consiste en el deber de los terceros de no interferir frente a quien ejercita su derecho.

III. La oponibilidad del derecho inscrito, esto es, oponibilidad registral, es el efecto de la publicidad registral que, en el ámbito normativo, resuelve el conflicto de derechos de diferentes personas por el mismo bien haciendo prevalecer al titular que tiene su derecho inscrito.

IV. Sin perjuicio de la distinción entre derechos reales y derechos personales, la oponibilidad del derecho inscrito (oponibilidad registral) no debe tener excepciones, razón por la cual, en el ámbito normativo, las reglas deben ser las siguientes en el registro de derechos previsto en el Libro IX del Código civil:

Primero, en el ámbito administrativo, el titular del derecho inscrito prevalece sobre la pretensión de otra persona que sostenga tener derechos que están en

conflicto con el derecho inscrito (incompatibilidad) y se materializa mediante el cierre registral en el procedimiento de inscripción registral. En caso derechos inscritos compatibles, el titular del derecho inscrito en primer lugar prevalece sobre la inscripción posterior legalmente compatible.

Segundo, en el ámbito jurisdiccional, el titular del derecho inscrito que está en conflicto prevalece sobre otros derechos y se ejercita mediante la acción o contradicción en el proceso judicial.

V. La oponibilidad del derecho inscrito (oponibilidad registral) tiene como consecuencia la ineficacia del acto (título contractual) que es fuente del derecho subjetivo sobre el mismo objeto y no accedió al registro.

VI. Es necesaria una relectura interpretativa del artículo 2022, especialmente en el conflicto de derechos de diferente naturaleza, para corregir la incongruencia jurisprudencial manifestada en el VII Pleno Casatorio Civil. Se confunde la oponibilidad erga omnes inherente a los derechos subjetivos (sean reales o personales) con la oponibilidad registral. Resulta jurídicamente incongruente que un derecho real no inscrito (como la propiedad) prevalezca en sede judicial sobre un derecho de crédito (personal) que sí fue publicitado mediante su inscripción o anotación preventiva en el registro.

VII. La tercería de propiedad regulada en el TUO del Código Procesal Civil debe estar delimitada solamente para aquellos bienes que no tienen un registro de titularidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ALPA, G., & GAGGERO, P. (2006). *Profili istituzionali del diritto privato*. Padova: Cedam.
- ALTERINI, J. H. (2012). La buena fe y la titulación como desmitificadoras de las llamadas legitimación y fe pública registral. En J. H. ALTERINI, *Derecho notarial, registral e inmobiliario* (Primera ed., Vol. IV, págs. 679-691). Buenos Aires: La Ley.
- ALVAREZ CAPEROCHIPI, J. A. (2010). *Derecho inmobiliario registral* (Tercera en España, primera en Perú ed.). Lima: Jurista Editores.
- ARATA SOLÍS, M. (2003). Comentarios al artículo 2022 del Código Civil. En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas* (Vol. X). Lima: Gaceta Jurídica.
- ARRUÑADA, B. (2013). *Instituciones del intercambio impersonal*. Navarra: Civitas Thomson Reuters.
- BIANCA, C. M. (2007). *Derecho civil 3. El contrato*. (F. Hinestrosa, & E. Cortés, Trans.) Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- BIGIO CHREM, J. (1998). *Exposición de Motivos Oficial del Código Civil. Hipoteca, Pago, Derecho de Retracto, Registros Públicos*. Lima: Cultural Cuzco S.A.

- BIGLIAZZI GERI, L., BRECCIA, U., BUSNELLI, F. D., & NATOLI, U. (1992). *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos* (Vols. 2, Tomo I). (F. Hinestrosa, Trad.) s/c, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- BRUZZONE, C. (2015). *Istituto della enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani S.P.A.* Recuperado el 29 de Junio de 2025, de Treccani: https://www.treccani.it/enciclopedia/opponibilita-dir-civ_%28Diritto-on-line%29/
- CHICO Y ORTIZ, J. M. (1994). *Estudio sobre derecho hipotecario* (Tercera ed.). Madrid: Marcial Pons.
- COMANDUCCI, P. (2010). *Democracia, derechos e interpretación jurídica. Ensayos de teoría analítica del derecho*. Lima: Ara Editores.
- Commission de réforme de la publicité foncière. (12 de Novembre de 2018). Recuperado el 01 de Junio de 2025, de justice.gouv.fr/sites/default/files/migrations/portail/art_pix/rapportpublicitefonciere.pdf
- DABIN, J. (2006). *El derecho subjetivo*. Granada: Comares.
- DANOS, F. (2007). *Propriété, possession et opposabilité*. Paris: Economica.
- DE LA IGLESIA MONJE, M. I. (2010). *El principio de rogación y el procedimiento registral*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, M. (2001). *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del código civil* (Segunda actualizada ed., Vol. II). Lima: Palestra editores.
- DE PARAMO, J. R. (2000). Derecho subjetivo. En E. GARZON VALDÉS, & F. J. LA-PORTA, *El derecho y la justicia* (págs. 367-394). Madrid: Trotta.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, F. (2003). La muerte del legislador. En *Doctrina contemporánea* (págs. 331-354). Trujillo: Normas Legales.
- Dictionnaire de L'Académie Française. (2025). *Dictionnaire de L'Académie Française, 9 édition (actuelle)*. Recuperado el 29 de Junio de 2025, de Dictionnaire de L'Académie Française: <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9O0573>
- DIEZ-PICAZO, L., & GULLÓN, A. (2012). *Sistema de derecho civil* (Vols. III, Tomo 1). Madrid: Tecnos.
- ESCOBAR ROZAS, F. (2002). El contrato y los efectos reales. Análisis del sistema de transferencia de propiedad adoptado por el Código civil peruano. *IUS ET VERITAS*, 46-60.
- ESCOBAR ROZAS, F. (2002). *Teoría general del derecho civil. 5 ensayos*. Lima : Ara Editores.
- ESCOBAR ROZAS, F. (2015). Leibniz, la ciencia y el código civil. *IUS ET VERITAS*, 104-124.
- ESSER, J. (1961). *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosh.
- FERNANDEZ CRUZ, G. (1994). La obligación: apuntes para una dogmática jurídica del concepto. *Themis. Revista de Derecho*, 41-56.
- FERNANDEZ DEL POZO, L. (2013). *Publicidad material y fe publica en el registro mercantil. Tercero mercantil-registral y tercero hipotecario*. Madrid: Marcial Pons.
- FERNANDEZ SESSAREGO, C. (1996). Precisiones preliminares sobre el daño a la persona. *THEMIS: Revista de Derecho*(34), 177-209.

- FERNANDEZ SESSAREGO, C. (2001). *Derecho y persona. Introducción a la teoría del derecho*. Lima: Grijley.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (2014). El Código civil peruano de 1984: Su elaboración, sus aportes, sus enmiendas que reclama. *Themis. Revista de Derecho*(66), 39-58.
- FERRATER MORA, J. (2007). *Diccionario de filosofía abreviado* (Vigésimo octava ed.). Buenos Aires: Debolsillo.
- FRANZONI, M. (2013). *Degli effetti del contratto. Efficacia del contratto e recesso unilaterale*. Milano: Giuffrè Editore.
- GABRIELLI, G. (2012). *La pubblicità immobiliare*. Torino: UTET Giuridica.
- GALGANO, F. (2012). *Diritti. Diritti reali. Obbligazione*. Bologna: Zanichelli.
- GARCÍA GARCÍA, J. M. (2011). *Legislación hipotecaria y del registro mercantil* (Trigésima segunda ed.). Madrid: Civitas-Thomson Reuters.
- GOMEZ GALLIGO, F. J., & DEL POZO CARRASCOSA, P. (2006). *Lecciones de derecho hipotecario*. Madrid: Marcial Pons.
- GONZÁLES BARRÓN, G. (2011). *Código civil y reforma. Libros V (Derechos Reales) y IX (Registros Públicos)*. Lima: Jurista Editores.
- GORDILLO CAÑAS, A. (2010). *El principio de fe pública registral*. Lima: Jurista editores.
- GROSSI, P. (2006). *La primera lección de derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- GUASTINI, R. (2014). *Interpretar y argumentar* (Segunda ed.). (S. Alvarez Medina, Trad.) Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GUZMAN FERRER, F. (1977). *Código civil. Antecedentes. Concordancias. Exposición de Motivos. Comentarios, doctrina. Jurisprudencia* (Tercera no oficial ed.). Lima: s/e.
- HABERMAS, J. (2010). *Facticidad y validez* (Sexta ed.). (M. JIMENEZ REDONDO, Trad.) Madrid: Trotta.
- JEREZ DELGADO, C. (2005). *La buena fe registral. Cuadernos de derecho registral*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España.
- LA TORRE, M. (2008). *La lucha contra el derecho subjetivo. Karl Larenz y la teoría nacionalsocialista del Derecho*. (C. García Pascual, Trad.) Madrid: Dickinson.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (2011). *Lecciones de derecho inmobiliario registral*. Navarra: Civitas-Thomson Reuters.
- LARENZ, K. (2001). *Metodología de la ciencia del derecho* (Segunda ed.). Barcelona: Ariel.
- LARROUMET, C. (2008). *Derecho civil. Introducción al estudio del derecho privado* (Primera en español ed.). (V. Diaz Perilla, Trad.) s/c, Colombia: Legis.
- LEÓN, L. L. (2004). *El sentido de la codificación civil*. Lima: Palestra.
- LOPEZ DE ZAVALÍA, F. (1989). *Derechos reales* (Vol. I). Buenos Aires: Zavalía Editor.
- MANZANO SOLANO, A., & MANZANO FERNANDEZ, M. d. (2008). *Instituciones de derecho registral inmobiliario*. Madrid: Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

- MASSON, F. (2021). L'opposabilité: unité ou pluralité? *Revue trimestrielle de droit civil*(04), 775-796.
- MATEO Y VILLA, Í. (2013). *El sistema inmobiliario suizo. Estudio comparado de los sistemas suizo y español*. Granada: Comares.
- MESSINEO, F. (2024). *La doctrina general del contrato*. Lima: Ara Editores.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (1989). Observaciones en torno a la buena fe. En U. d. Murcia, *Homenaje al profesor Juan Roca Juan* (págs. 497-508). España: Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia.
- MOISSET DE ESPANES, L. (2005). *La publicidad registral*. Lima: Palestra.
- NUSSBAUM, A. (1929). *Tratado de derecho hipotecario alemán*. (W. Rocco, Trad.) Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- OLACHEA, M. P. (1993). *Hacia un nuevo Código Civil. La Constitución de 1993 y la deficiencia del Código Civil de 1984 lo exigen*. Lima: Manuel P. Olachea.
- PAU PEDRON, A. (2001). *La publicidad registral*. Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- PAU PEDRON, A. (2003). *Elementos de derecho hipotecario* (Segunda ed.). Madrid: Universidad Pontificia Comillas.
- PAU, A. (2004). *La prioridad registral: un nuevo enfoque*. Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- PÉREZ GARCÍA, M. J. (2005). *La protección aquiliana del derecho de crédito*. Madrid: Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España.
- PERLINGIERI, G. (2010). *Codice Civile. Annotato con la dottrina e la giurisprudenza. Libro Sesto. Della tutela dei diritti*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Pleno jurisdiccional nacional civil y procesal civil. (24 y 25 de Noviembre de 2020). Obtenido de Poder Judicial del Perú: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s_cortes_suprema_home/as_inicio/
- Pleno jurisdiccional nacional civil y procesal civil. (29 de Abril de 2022). Obtenido de Poder Judicial del Perú: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2ff9d20047465cb1b659b7ac3a3d691d/Acta+final%5BF%5D.pdf?MOD=AJPERES>
- PRADA ALVAREZ-BUYLLA, P. (2005). Principios procesales del procedimiento registral. El principio de oficialidad. *Procedimiento ante el Registro de la Propiedad y el Registro Mercantil*. Madrid: Centro de Estudios.
- Real Academia Española. (2024). *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 29 de Junio de 2025, de Real Academia Española: <https://dle.rae.es/oposici%C3%B3n?m=form>
- Real Academia Española. (2024). *Diccionario de la Lengua Española*. Recuperado el 29 de Junio de 2025, de Real Academia Española: <https://dle.rae.es/oponer?m=form>

Real Academia Española. (2025). *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Recuperado el 29 de Junio de 2025, de Real Academia Española: <https://dpej.rae.es/lema/aponibilidad>

ROCA SASTRE, R. M. (1954). *Derecho Hipotecario. Registro de la Propiedad* (Vol. I). Barcelona: Bosch.

ROCA SASTRE, R. M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., & BERNÀ i XIRGO, J. (2008). *Derecho Hipotecario* (Novena ed., Vols. I, Tomo II). Barcelona: Bosch.

RODOTÀ, S. (2010). *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*. Madrid: Trotta.

ROPPO, V. (2009). *El contrato* (Primera ed.). (N. C. Deho, Trad.) Lima: Gaceta Jurídica.

RÜTHERS, B. (2018). *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis.

SACCO, R. (2016). *El derecho mudo. Neurociencias, conocimiento tácito y valores compartidos*. Lima: Communitas.

Sentencia, 928/2007 (El Tribunal Supremo de España 7 de Setiembre de 2007). Recuperado el 28 de Julio de 2014, de http://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/STS_7_9_2007_venta_cosa ajena.pdf

SEQUEIRA MARTIN, A. J. (1988). Aproximación al concepto de publicidad registral y su eficacia. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*(589), 1863-1896.

TARELLO, G. (1995). *Cultura jurídica y política del derecho*. Mexico: Fondo de Cultura Económica.

TRIMARCHI, P. (1998). *Istituzioni di diritto privato* (Dodicesima ed.). Milano: Giuffrè Editore.

TRIOLA, R. (2012). *Della tutela dei diritti. La trascrizione* (Terza ed.). Torino: G. Giappichelli Editore.

VAN CAENGEM, R. (2011). *Jueces, legisladores y profesores. Fases de la historia jurídica europea*. Lima: Palestra.

VILLEY, M. (1980). *En torno al contrato, la propiedad y la obligación*. Buenos Aires: GHersi – Editor.

WESTERMANN, H., WESTERMANN, H. P., GURSKY, K. H., & EICKMANN, D. (2005). *Derechos reales* (Séptima ed., Vol. II). (A. Cañizares Lazo, J. M. Miquel González, J. M. Rodríguez Tapia, & B. Rodríguez-Rosado, Trans.) Madrid: Fundación Cultural del Notariado.

WIEACKER, F. (1957). *Historia del derecho privado de la Edad Moderna*. (F. FERNÁNDEZ JARDÓN, Trad.) Madrid: Aguilar.

NOTAS

¹ <https://dle.rae.es/oponible>.

² Traducción libre.

³ Traducción libre.

⁴ Traducción libre.

⁵ Traducción libre.

Vivienda familiar adquirida antes o constante la sociedad de gananciales: una revisión crítica de las previsiones del Código Civil

Family home acquired before or during the community property regime: a critical review of the provisions of the Civil Code

por

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO
Profesora Titular acreditada de Derecho Civil
Universidad de La Rioja

RESUMEN: En los casos de ruptura matrimonial cuando existe sociedad de gananciales uno de los trámites que puede ser más tenso entre los ya excónyuges es el de la liquidación de dicha sociedad; y para ésta resulta preciso concretar qué bienes de los existentes en el matrimonio son privativos y cuáles gananciales. Entre esos bienes uno de los activos más importantes de la familia y del matrimonio es precisamente la vivienda familiar.

En este trabajo se analizan críticamente los criterios legales existentes (junto con la interpretación dada a los mismos por doctrina y jurisprudencia) para atribuir a la vivienda familiar el carácter privativo o ganancial o estando vigente dicho régimen matrimonial según su adquisición hubiera sido anterior a la sociedad de gananciales, ya sea a título gratuito ya sea oneroso, pero especialmente en este último caso.

Particularmente se hace un análisis muy crítico de la previsión contenida en el párrafo segundo del artículo 1357 del Código Civil, que acoge un régimen

excepcional para la vivienda familiar adquirida a plazos por uno de los cónyuges antes del inicio de la sociedad de gananciales; una previsión que, entiendo, carece de justificación y fundamento suficiente y que, sin embargo, determina mayor incertidumbre e inseguridad, además de otros efectos y problemas innecesarios, con respecto a una situación que, a la postre, en un eventual momento de liquidación de la sociedad ganancial, ya puede estar bastante tensionada tras la ruptura matrimonial. Un análisis y revisión críticos que finalmente se refleja en una propuesta de supresión de esta excepción legal.

ABSTRACT: In cases of marital breakdown where there is a community property regime, one of the most tense procedures between the now ex-spouses is the liquidation of that regime; and for this, it is necessary to specify which of the assets existing in the marriage are separate and which are joint. Among these assets, one of the most important assets of the family and the marriage is precisely the family home.

This paper critically analyses the existing legal criteria (together with their interpretation by doctrine and case law) for attributing the family home as separate or joint property, depending on whether it was acquired before or during the joint property regime, either free of charge or for consideration, but especially in the latter case.

In particular, a highly critical analysis is made of the provision contained in the second paragraph of Article 1357 of the Civil Code, which establishes an exceptional regime for family homes purchased on instalment by one of the spouses before the commencement of the community property regime; a provision that, I believe, lacks sufficient justification and basis and which, nevertheless, creates greater uncertainty and insecurity, as well as other unnecessary effects and problems, with regard to a situation that, ultimately, at the time of the liquidation of the community property, may already be quite tense following the breakdown of the marriage. A critical analysis and review that is ultimately reflected in a proposal to remove this legal exception.

PALABRAS CLAVE: bien ganancial, bien privativo, disolución de la sociedad de gananciales, liquidación de la sociedad de gananciales, préstamo, sociedad de gananciales, vivienda, vivienda familiar.

KEYWORDS: *community property, privative property, dissolution of community property regime, liquidation of community property regime, loan, community property regime, home, family home.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO Y ALCANCE OBJETIVO: LA VIVIENDA FAMILIAR.—II. PRESUNCIÓN DE GANAN-

CIALIDAD Y PRUEBA DE PRIVATIVIDAD.—III. ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR A TÍTULO GRATUITO ANTES O VIGENTE YA EL RÉGIMEN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES.—IV. ADQUISICIÓN ONEROSA DE LA VIVIENDA FAMILIAR CON PAGO TOTAL DEL PRECIO ANTES DE LA VIGENCIA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.—V. ADQUISICIÓN ONEROSA DE LA VIVIENDA FAMILIAR ANTERIOR A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES CON PRECIO APLAZADO ABONADO TOTAL O PARCIALMENTE CONSTANTE YA LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REGLA EXCEPCIONAL ACOGIDA EN EL ARTÍCULO 1357.2.º DEL CÓDIGO CIVIL: V.1. PRESUPUESTOS O REQUISITOS DE APLICACIÓN: V.1.A. *Compra previa al inicio de la sociedad de gananciales*. V.1.B. *Compra por uno de los cónyuges o por ambos*. V.1.C. *Compra con aplazamiento del pago del precio: crítica a la equiparación de la amortización del préstamo con el que se abonó el precio total*. V.1.D. *Pago de todo o parte del precio durante la sociedad de gananciales con fondos comunes o gananciales*. V.1.E. *Destino del inmueble como vivienda familiar*. V.2. CONSECUENCIAS, EFECTOS Y PROBLEMAS DERIVADOS DE SU APLICACIÓN: V.2.A. *La situación de proindivisión con cuotas variables indeterminadas: incertidumbre e inseguridad jurídica*. V.2.B. *El reflejo registral de estas situaciones*. V.2.C. *Pérdida del carácter de vivienda familiar*. V.2.D. *Disolución de la sociedad de gananciales quedando pendientes de pagar plazos del precio*. V.3. FUNDAMENTO: INSUFICIENTE. V.4. PROPUESTA DE REFORMA: SUPRESIÓN DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1357 DEL CÓDIGO CIVIL Y DEL RÉGIMEN PARTICULAR DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN ESTE ÁMBITO.—VI. ADQUISICIÓN ONEROSA DE LA VIVIENDA ESTANDO VIGENTE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: VI.1. ADQUISICIÓN ONEROSA CONSTANTE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES CON PAGO DEL PRECIO EN UN SOLO ACTO O AL CONTADO. VI.2. ADQUISICIÓN ONEROSA CONSTANTE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES CON PAGO DEL PRECIO APLAZADO: ¿EXTENSIÓN DE LA EXCEPCIÓN DEL ARTÍCULO 1357.2.º DEL CÓDIGO CIVIL PARA LA VIVIENDA FAMILIAR?—VII. CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO Y ALCANCE OBJETIVO: LA VIVIENDA FAMILIAR

En un contexto de ruptura matrimonial cuando ese matrimonio se encontraba bajo el régimen económico de sociedad de gananciales o en los casos en que de común acuerdo los cónyuges deciden poner fin a dicho régimen y acordar en capitulaciones matrimoniales otro distinto (por ejemplo, separación de bienes), en el momento de proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales resulta

esencial concretar en primer lugar el carácter de los bienes existentes en el matrimonio en ese momento: cuáles son bienes privativos de uno de los cónyuges (o incluso de ambos conjuntamente bajo una copropiedad o comunidad ordinaria romana) y cuáles son bienes gananciales (es decir, bienes que pertenecen a la sociedad de gananciales surgida con el inicio de ese régimen económico matrimonial y que determina la existencia de una comunidad de tipo germánico en la que ambos cónyuges deben actuar conjuntamente¹).

Es ese momento de crisis matrimonial uno de los principales en los que la concreción del carácter privativo o ganancial de cada bien se hace relevante en la práctica, para efectuar esa liquidación de la sociedad con criterios claros y justos, bajo unas circunstancias en las que la posible tensión y conflicto entre los cónyuges exigen dar soluciones directas y evitar nuevas disputas; y es que, constante el matrimonio, generalmente el carácter de esos bienes en la práctica, dado que su uso normalmente es indistinto y habitual por ellos y la familia, no plantea problemas para los cónyuges y en el seno familiar, salvo en ciertos supuestos en relación con posibles deudas de alguno de los cónyuges o en el ámbito de la libre disposición de bienes, en los que por exceder el objeto de este trabajo no me detendré².

De acuerdo con lo indicado en el artículo 1345 del Código Civil, la sociedad de gananciales comenzará su vigencia con la celebración del matrimonio o bien con posterioridad cuando se haya así pactado en capitulaciones matrimoniales.

Con carácter general, según indica el artículo 1346.1.º del Código Civil, serán privativos los bienes de los que cada cónyuge fuera propietario (por adquisición a título oneroso o gratuito) antes de celebrarse el matrimonio o de comenzar la vigencia el régimen económico de sociedad de gananciales pactado en capitulaciones matrimoniales posteriores a la boda (para el caso de que el matrimonio fuera preexistente pero bajo un régimen económico distinto, cambiándose éste al ganancial por medio de capitulaciones matrimoniales); asimismo, conforme ese mismo precepto en sus apartados segundo y tercero, serán privativos los bienes que adquiriera un cónyuge, estando ya bajo el régimen de sociedad de gananciales, a título gratuito y los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos. Sobre este último caso de adquisición por sustitución no me detendré en este trabajo, centrando su objeto en las adquisiciones a título gratuito y las a título oneroso con fondos comunes o privativos según el caso (y respecto a los privativos entendiendo que si se adquiere la vivienda “a costa” de un bien privativo debe entenderse éste también como un supuesto de fondo privativo para la adquisición de la vivienda).

Por su parte, serán gananciales los bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad ganancial, bien para uno solo de los cónyuges (artículo 1347.3.º CC). Existiendo, por otro lado,

con relevantes efectos prácticos, la presunción *iuris tantum* de ganancialidad acogida en el artículo 1361 del Código Civil, conforme al cual: “Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges”.

Ahora bien, más complejos a la hora de determinar el carácter del bien resultan los supuestos en los que la adquisición fue onerosa y se hizo con dinero, fondos o contraprestación en parte privativa y en parte ganancial; y más complejo aún si el pago del precio o contraprestación se hizo de forma aplazada, parte antes del matrimonio y parte tras la celebración de éste, durante la vigencia de la sociedad de gananciales, o incluso siendo la totalidad del precio abonado durante el matrimonio, habiendo celebrado antes de éste el contrato de compra, aplazando el pago de la totalidad del precio.

La regulación prevista en el Código Civil sobre esta materia (artículos 1344 y ss.), así como la interpretación que desde la doctrina y la jurisprudencia se hace sobre ella, atiende a distintos supuestos que acogen criterios diversos para atribuir el carácter de ganancial, privativo o mixto a cada bien: momento de adquisición; criterio de subrogación real; criterio de accesión económica; excepciones a cada uno de estos criterios; atención a la procedencia de los fondos con los que se abonó el precio de adquisición del bien o sus plazos (en caso de aplazamiento del pago), o con los que se han amortizado las cuotas del préstamo con el que se pagó ese precio o simplemente el primer desembolso de ese precio; compensación con un derecho de reembolso... Y, además, al amparo de un reconocimiento de la libre autonomía de la voluntad de los cónyuges (artículo 1323 CC), concretamente sobre ese ámbito de su matrimonio y los bienes existentes en torno a él, se admiten también distintos negocios o acuerdos entre los cónyuges que podrían alterar la aplicación de esos criterios legalmente previstos y voluntariamente atribuir el carácter privativo o ganancial de un bien sin atender a esos criterios legales³.

Uno de los bienes más relevantes a los que se deberá atender en ese momento de la liquidación de la sociedad de gananciales es, sin duda, la vivienda familiar, entendida fundamentalmente como el lugar donde se desarrollan los actos ordinarios de la familia y se cubren las necesidades primarias de ésta (cobijo, habitación, alimentación, educación, aseo, protección...).

Sobre vivienda familiar se han ido indicando por doctrina y jurisprudencia⁴ unas definiciones no siempre uniformes, atendiendo a normas que, aun sin existir una definición legal concreta en el Código Civil, sí aluden expresamente a ella en esos términos “vivienda familiar” (como los artículos 91, 96 y 1357 CC), así como normas que utilizan otras expresiones que en determinados contextos también familiares se asemejan mucho, como es la “vivienda habitual” a la que se refieren los artículos 1320 y 1321 del Código Civil, o “domicilio familiar” (artículo 93 CC) o “domicilio conyugal” (artículo 70 CC).

Como notas características de la “vivienda familiar” cabría aludir precisamente a⁵:

- a) que el bien (normalmente inmueble⁶) se destine a “vivienda” o lugar de residencia, cobijo y habitación donde satisfacer necesidades primarias y desarrollar las acciones ordinarias de la vida personal y en su relación con los familiares (como aseo, descanso, vestido, alimentación o educación de los hijos) y de protección (de los hijos y de la privacidad o intimidad de toda la familia), todo ello de una forma permanente;
- b) que sea “familiar” como lugar de cobijo para cubrir esas necesidades y desarrollar los actos ordinarios de la familia, entendida en sentido amplio para acoger las diferentes situaciones y modelos actuales de relaciones afectivas que vienen a ser calificadas como familia, y particularmente como cobijo de los cónyuges y de los hijos que vivan con ellos (comunes o no)⁷; y
- c) su carácter “habitual”, en cuanto al uso efectivo y cotidiano de ese lugar para los actos ordinarios de la familia (lo cual vendría a vincularse también con la idea de permanencia en el tiempo del destino dado a ese lugar como “vivienda familiar”)⁸.

En relación con este bien y atendiendo a este concepto y características, cabe plantearse si sería posible que hubiera varias viviendas familiares simultáneamente y también qué sucede en aquellos casos en los que inicialmente la vivienda familiar era una, pero después el matrimonio y la familia cambiaron de lugar de residencia y constituyeron su vivienda familiar y habitual en otro inmueble (sucesión de vivienda familiar), incluso si esos cambios fueron repetidos durante el tiempo constante el matrimonio y la sociedad de gananciales. La doctrina y la jurisprudencia se ha mostrado dividida al respecto: no es una cuestión baladí por cuanto cabría preguntarse entonces si mantendrían todas esas viviendas el carácter de vivienda familiar a los efectos de la aplicación especial de la regla excepcional del artículo 1357.2.º del Código Civil, con los efectos que ello supone y los conflictos que puede generar en el marco del proceso de liquidación de la sociedad de gananciales⁹. En este trabajo, en un apartado posterior, al abordar las peculiaridades de este régimen excepcional previsto en el artículo 1357.2.º del Código Civil, profundizaré más en esta cuestión.

Ahora bien, la atribución del carácter “familiar” a esa vivienda no exige ni va acompañado ineludiblemente del carácter ganancial de esa vivienda. La vivienda familiar no siempre será ganancial; podrá ser ganancial, pero también podrá tener carácter exclusivamente privativo de uno de los cónyuges o incluso tener carácter mixto (privativo y ganancial), como se verá en los distintos supuestos que se analizarán en este trabajo.

Un carácter privativo o ganancial que será, además, una cuestión independiente de la atribución del uso de esa vivienda familiar que se determine en el proceso de nulidad, separación o divorcio, en el que se atenderá especialmente a quién tenga mayores necesidades al respecto, particularmente existiendo hijos menores (*vid.* artículo 96 CC)¹⁰; una atribución del uso de la vivienda familiar que en la práctica es temporal, atendiendo sobre todo a que los hijos alcancen la mayoría de edad o independencia económica, o vinculada a la liquidación de la sociedad de gananciales.

Precisamente en relación con la vivienda familiar cabe destacar cómo la reforma del Código Civil acometida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, modificó entre otras cuestiones la regulación de la sociedad de gananciales y, particularmente, en lo que a este trabajo interesa, introdujo una excepción antes no prevista¹¹ al régimen general sobre atribución del carácter privativo de los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes del matrimonio o antes de la vigencia de la sociedad de gananciales, con independencia de la procedencia de los fondos económicos con los que se hayan abonado esos plazos del precio (o del préstamo con el que éste se pagó); esta regla general recogida en el artículo 1357 del Código Civil desde 1981 pasó a ser excepcionada para el caso de la vivienda familiar, así como del ajuar familiar, pasando a regularse estos casos por el artículo 1354 del Código Civil con la consecuencia de crearse una situación de proindivisión entre el cónyuge adquirente y la sociedad de gananciales, en proporción a los fondos económicos aportados por cada uno para el pago del precio o préstamo.

En este trabajo se pretenden analizar concretamente los diferentes supuestos y criterios determinantes del carácter ganancial o privativo de la vivienda tanto en las adquisiciones onerosas como gratuitas, si bien con especial atención a los casos de adquisición antes del matrimonio o de la vigencia de la sociedad de gananciales a título oneroso por uno de los cónyuges y, más particularmente, si se aplazó el pago del precio total o parcialmente abonándose éste constante la sociedad, y los casos habituales de pago del precio con un préstamo (hipotecario o no) cuyas cuotas se abonan vigente la sociedad de gananciales. Ello atendiendo particularmente al supuesto de que ese bien sea la vivienda familiar, con la finalidad de reflexionar, entre otras cuestiones, sobre si actualmente esa excepción contenida en el artículo 1357, segundo párrafo, del Código Civil está o no justificada en todo caso o si genera a la postre mayores conflictos para los futuros excónyuges que podrían evitarse con otras soluciones alternativas que en modo alguno perjudican ni dejan desprotegido al otro cónyuge no adquirente inicial de la vivienda ni a la familia.

Para este estudio y análisis me centraré en las previsiones legales (con especial atención a los artículos 1354, 1356 y 1357 del Código Civil, de redacción poco afortunada y fuente de innecesarios conflictos como se refleja en la abun-

dante jurisprudencia recaída al efecto y los debates doctrinales interpretativos de esas normas¹²), junto con la interpretación doctrinal y jurisprudencial que se ha desarrollado sobre ellas. Pero, por razones de extensión del trabajo, no analizaré en detalle los posibles negocios y acuerdos que al respecto puedan los cónyuges celebrar o llevar a cabo en orden a la atribución voluntaria del carácter ganancial o privativo de ese bien, alterando el régimen legal previsto, en el marco del principio de libre contratación prevista en el artículo 1323 del Código Civil (*vid.*, asimismo, artículos 1324 y 1355 CC, entre otros)¹³. Supuestos como: la confesión de privatividad del bien (artículo 1324 CC); la aportación voluntaria de una vivienda privativa al patrimonio ganancial; la atribución, por voluntad expresa o presunta de los cónyuges, de carácter ganancial a la vivienda adquirida a título oneroso (artículo 1355 CC)¹⁴; o la atribución de privatividad de la vivienda ganancial o aportación de esa vivienda ganancial al patrimonio privativo de uno de los cónyuges¹⁵.

II. PRESUNCIÓN DE GANANCIALIDAD Y PRUEBA DE PRIVATIVIDAD

Una regla general que rige la sociedad de gananciales es que, en tanto no se pruebe que un bien es privativo de uno de los cónyuges, se presumirá que todo bien existente en el matrimonio es ganancial: presunción *iuris tantum* recogida en el artículo 1361 del Código Civil.

Con esta presunción se pretende “facilitar la concreción de la naturaleza de los bienes del matrimonio en un sentido claramente favorable a la masa común (‘vis atractiva’ de la ganancialidad)”¹⁶.

Siguiendo a MORALEJO IMBERNÓN¹⁷, esta presunción se caracteriza, aparte de por admitir prueba en contrario (cuya carga pesa sobre quien alegue la privatividad del bien: STS de 24 de febrero de 2000), por las siguientes notas:

- a) Medio de prueba hábil para resolver cuestiones fácticas, no jurídicas, sobre el carácter de los bienes (*vid.* RDGRN de 8 de mayo de 2008).
- b) Solo opera en el plano activo de la sociedad de gananciales, no con respecto al pasivo.
- c) Despliega su eficacia en las relaciones entre los cónyuges, pero también frente a terceros (*vid.* STS de 24 de julio de 1996).
- d) Se aplica mientras esté vigente la sociedad de gananciales, pero también tras su disolución, con el fin de concretar la naturaleza de los bienes del matrimonio en la liquidación de dicha sociedad.

Los bienes adquiridos a título oneroso constante el matrimonio, en tanto no se pruebe su adquisición con fondos privativos se presumirán gananciales y, de pretender su acceso registral, quedarán inscritos como presuntivamente ga-

nanciales a nombre del cónyuge adquirente (artículo 94.1 RH) y su disposición exigirá consentimiento de ambos cónyuges o autorización judicial (artículos 94.3 RH y 1320 y 1375 y ss. CC).

Como se ha indicado, se trata de una presunción *iuris tantum*, de modo que para enervar sus efectos será preciso probar suficientemente el carácter privativo del bien (la vivienda en este caso) y, particularmente en el caso de su adquisición onerosa, el carácter privativo de los fondos con los que se adquirió (artículos 1346, 1354, 1356 y 1357 CC y 95.2 RH): entre otras, SSTS de 19 de mayo y de 27 de mayo de 2019.

A este respecto cabe advertir ciertas cuestiones¹⁸:

i) La adquisición onerosa con pago total del precio o la adquisición gratuita de un bien (en nuestro caso la vivienda familiar) antes de la sociedad de gananciales es fácil de probar con la fecha del título y aportando prueba documental al respecto. Lo mismo cabe decir con respecto a la adquisición gratuita constante la sociedad de gananciales.

Pero distintos son los supuestos en los que se produce la adquisición onerosa o hay pago aplazado del precio (o de las cuotas del préstamo obtenido para el pago de éste, según se analizará *ut infra* en este trabajo) estando vigente la sociedad de gananciales: la procedencia de esos fondos y, concretamente, su privatividad deberá ser oportunamente acreditada para enervar la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil.

ii) El hecho de que exista y esté vigente una sociedad de gananciales no hace presumir que el dinero o fondos privativos de un cónyuge se aporten sin más como gananciales. Y, como consecuencia de ello, el mero hecho de haber ingresado dinero privativo de uno de los cónyuges (por ejemplo, obtenido de una donación o herencia) en una cuenta de titularidad común o compartida por los dos cónyuges y donde están depositados fondos gananciales no implica que ese dinero se convierta en ganancial, sino que seguirá siendo privativo y deberá reembolsarse a su propietario único llegado el caso y podrá disponer cuando quiera de ese dinero, sin tener que esperar a la liquidación de la sociedad de gananciales (entre otras, SSTS de 14 de enero de 2003, de 10 de febrero de 2003, de 15 de febrero de 2013, de 28 de septiembre de 2018, de 11 de diciembre de 2019, de 11 de noviembre de 2020, de 28 de junio de 2021 y de 28 de febrero de 2023¹⁹).

iii) Para demostrar el carácter privativo del bien o de los fondos utilizados para su adquisición y así desvirtuar esa presunción de ganancialidad *ex* artículo 1361 del Código Civil se admitiría en principio cualquier medio de prueba considerada a tales efectos suficiente y no meramente indiciaria (entre otras, STS de 19 de junio de 2006), aunque principalmente se exigirán documentos fehacientes que acrediten ese carácter privativo o propiedad exclusiva de uno de los cónyuges (entre otras, SSTS de 24 de febrero de 2000 y de 27 de noviembre de 2007).

iv) A efectos registrales, y dado el carácter no contradictorio del procedimiento registral, la prueba de la privatividad es más exigente y permitiría solo dos medios:

- La confesión de privatividad del otro cónyuge: artículos 1324 del Código Civil y 95.4 del Reglamento Hipotecario, que llevaría a que el bien se inscribiera a nombre del cónyuge beneficiario de esa confesión, aunque haciendo constar esa circunstancia de la confesión acaecida; asimismo, *vid.*, entre otras, RRDGRN de 13 de febrero de 1999, de 5 de diciembre de 2009, de 4 de octubre de 2010 y de 8 de junio de 2012 (que advierte que esta confesión surte plenos efectos entre los cónyuges).
- La prueba documental pública a la que alude el artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario para el caso de las adquisiciones onerosas. Esta norma exige que se acredite indubitadamente (con acreditación documental plena) que el dinero invertido (contraprestación) en la adquisición de un bien sea justo el obtenido anteriormente a título privativo por ese mismo adquirente del bien. A este respecto, lógicamente la mera declaración del adquirente de que usa fondos privativos no será suficiente (dado el carácter fungible del dinero); de modo que, para modificar el contenido del Registro de la Propiedad y del carácter ganancial publicado de un bien, será preciso que: se acredite fehacientemente la no aplicabilidad del régimen de gananciales a ese supuesto de hecho; la confesión de privatividad del cónyuge no adquirente a favor del otro cónyuge (el adquirente); o resolución judicial (entre otras, RRDGRN de 2 de marzo de 2016 y de 15 de marzo de 2017 y RDGSJyFP de 30 de mayo de 2022 y de 8 de marzo de 2023).

Con carácter general la DGRN (actualmente DGSJyFP) se ha mostrado muy estricta con esa prueba documental pública y poco flexible en sus resoluciones de cara a posibilitar esa enervación de la presunción de ganancialidad en estos casos: desestimó las pretensiones de privatividad por el mero hecho de que la cuenta de la que procedía el dinero invertido estaba únicamente a nombre del adquirente, pues entendió la DGRN que ese hecho no demostraba por sí solo que los fondos depositados en esa cuenta fueran privativos (RDGRN de 27 de octubre de 2007); asimismo, también entendió que los resguardos de transferencias bancarias no eran suficientes como prueba de la procedencia privativa del dinero invertido (RDGRN de 10 de octubre de 2005); o que las escrituras de venta de bienes privativos hechas con anterioridad a la compra objeto de la operación no eran tampoco suficientes por no demostrar la reinversión de las cantidades que se obtuvieron en esa venta en la nueva adquisición (RDGRN de 21 de mayo de 1998). Ahora bien, en la RDGSJyFP de 30 de mayo de 2022 mostró cierta flexibilidad al señalar que “no obstante, no debe descartarse una interpretación

flexible del referido artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario que, atendiendo a la realidad social (cfr. artículo 3.1 del Código Civil), lleve a admitir la inscripción del bien con carácter privativo sobre la base de manifestaciones del comprador que, constando en documento público, tengan como soporte algún dato adicional como pudiera ser, por ejemplo, el documento bancario del que resulte la correspondencia del pago realizado con el previo ingreso en una cuenta de la titularidad del comprador de dinero procedente de donación constatada en escritura pública”.

v) Evidentemente la existencia de una resolución judicial firme que acredite la privatividad de los fondos sería suficiente para enervar la presunción del artículo 1361 del Código Civil.

III. ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR A TÍTULO GRATUITO ANTES O VIGENTE YA EL RÉGIMEN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES

En la práctica uno de los orígenes de la vivienda familiar que se suele poner de manifiesto es el de la donación de la vivienda hecha por unos padres a su hijo o hija o realizada a ambos futuros cónyuges por razón del matrimonio que se piensa contraer (artículo 1336 CC); en este último caso, si la donación es *causa matrimonii*, para que la misma tenga efectos el matrimonio deberá celebrarse en el plazo de un año, pues de lo contrario la donación no se hará efectiva (artículo 1342 CC).

Otro caso pudiera ser que, en lugar de por una donación, la adquisición de la vivienda lo fuera por una sucesión hereditaria previa al matrimonio.

Estos supuestos no han planteado mucha controversia en cuanto a la calificación del bien en el marco de la sociedad de gananciales, a diferencia de las adquisiciones a título oneroso de las que trataré en los siguientes apartados.

En estos casos, al haberse realizado la adquisición gratuita antes del matrimonio, no cabe duda del carácter privativo de esa vivienda del cónyuge adquirente o de ambos cónyuges adquirentes en proindiviso bajo una comunidad ordinaria y según las cuotas atribuidas a cada cónyuge en esa donación o herencia (artículos 1346.1.º y 1339 CC). Y el hecho de que esa vivienda constituya la vivienda familiar no alterará ese carácter privativo, sin perjuicio de que el uso de la misma pueda llegar a atribuirse en un posterior proceso de nulidad, separación o divorcio al cónyuge no propietario si así entiende el juez que se protege mejor a las personas con mayor necesidad (incluyendo aquí el caso de que ese otro cónyuge fuera el que tuviera asignada la guarda y custodia de los hijos menores del matrimonio).

Si la donación o adquisición hereditaria de la vivienda tuviera lugar cuando ya estaba vigente la sociedad de gananciales, si lo fue en favor de uno solo de los cónyuges el artículo 1346.2.º del Código Civil determina que será un bien privativo; y ello aun cuando ese cónyuge decidiera destinarla a vivienda familiar, pues esa atribución no alterará su carácter privativo, sin perjuicio de las limitaciones de las facultades de disposición de la vivienda por ese cónyuge titular en virtud del artículo 1320 del Código Civil²⁰.

Pero si la vivienda se dejó a ambos cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, vigente la sociedad, entonces se excepciona esta regla y se considerará ganancial “siempre que la liberalidad fuera aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario” (artículo 1353 CC); conforme indica el artículo 93.1 del Reglamento Hipotecario, en este último caso la vivienda se inscribirá a nombre de ambos cónyuges y con carácter ganancial. Atendido ese artículo 1353 del Código Civil, *a sensu contrario* cabría entender entonces que, si se dejara a título gratuito la vivienda a ambos cónyuges con designación concreta de cuotas o partes entre ellos, en tal caso ambos serían propietarios a título privativo en proindiviso²¹.

Supuesto diferente es la adquisición de la vivienda de forma onerosa pagando el precio con fondos o dinero obtenido previamente a título gratuito. En estos casos esos fondos serán privativos (artículo 1346.2.ª CC) y, en la medida que la vivienda se haya adquirido con esos fondos privativos, también será privativa del cónyuge adquirente que usó sus fondos privativos para ello, al menos en el porcentaje o cuota correspondiente al precio abonado con cargo (“a costa”) de esos fondos privativos (artículos 1346.3.º, 1354, 1356 y 1357 CC). Ahora bien, en estos casos los problemas pueden venir en relación con la acreditación o prueba suficiente de que lo que se invirtió y usó para la adquisición de la vivienda fueron efectivamente esos fondos privativos obtenidos previamente a título gratuito: y a este respecto me remito a lo ya indicado *ut supra* sobre la prueba de la privatividad de los bienes y la exigencia en el ámbito registral de prueba documental pública sobre ello (artículo 95.2 RH).

IV. ADQUISICIÓN ONEROSA DE LA VIVIENDA FAMILIAR CON PAGO TOTAL DEL PRECIO ANTES DE LA VIGENCIA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

La adquisición de la vivienda antes de la vigencia de la sociedad de gananciales (ya fuera por contraer matrimonio sin capitulaciones matrimoniales previas o por pactar el régimen de ganancialidad expresamente en capitulaciones) puede haberse realizado por uno solo de los cónyuges o bien por ambos

cónyuges determinando ellos mismos el porcentaje asumido por cada uno en esa copropiedad (no necesariamente por iguales partes).

En todos estos supuestos la vivienda así adquirida tendrá, en el ámbito de la sociedad de gananciales y en su caso a los efectos de su liquidación, carácter privativo del cónyuge o cónyuges adquirentes, ya en exclusiva de uno o ya bajo una situación de comunidad ordinaria entre los cónyuges en proindiviso en el porcentaje o cuota en esa copropiedad fijada por ellos en el momento de la adquisición y que posteriormente no se verá alterada ni por el hecho del matrimonio, ni por la existencia de sociedad de gananciales ni por constituirse en ese bien la vivienda familiar²².

Puede tratarse de casos muy distintos:

a) Persona soltera que adquiere exclusivamente para sí y como única adquirente con fondos o dinero privativos la vivienda, sin pensar en el futuro matrimonio o pensando en él porque se celebrará poco tiempo después pero decidiendo adquirir la vivienda solo ella, y que una vez celebrado el matrimonio en sociedad de gananciales se constituye en ese bien la vivienda familiar. Igual sería el caso de que esa adquisición de la vivienda se hubiera hecho por solo uno de los cónyuges constante el matrimonio pero con anterioridad a la vigencia de la sociedad de gananciales por estar el matrimonio sujeto previamente y en ese momento de la adquisición de la vivienda a otro régimen económico matrimonial.

El precio puede haberse abonado en un único plazo o bien haberse aplazado en varios, pero sí que habrían sido abonados todos ellos antes del inicio de la sociedad de gananciales; incluso puede haberse abonado el precio íntegramente en virtud de un préstamo bancario o de un tercero (caso muy habitual de los padres que prestan dinero al hijo para la compra de la casa²³) cuyas cuotas de amortización se abonaron totalmente ya antes del matrimonio o de estar vigente la sociedad de gananciales.

En todos estos casos la vivienda será privativa de ese cónyuge adquirente de la vivienda, sin que el hecho de que se constituya la vivienda familiar en ese bien altere ese carácter privativo (artículo 1346.1.º CC). No existe ninguna excepción automática y general para el caso de la vivienda familiar que lleve a alterar esa regla general de que todo bien adquirido antes del matrimonio por uno de los cónyuges será privativo; y así será, aunque se constituya en vivienda familiar. Cuestión distinta es que en el caso de una ruptura matrimonial, en el marco del proceso de divorcio, separación o nulidad, en la resolución judicial se proceda a atribuir el uso de esa vivienda familiar al otro cónyuge o a los hijos acompañados del otro cónyuge por tener éste su guarda y custodia, si así estima el juez por entender mejor protegidos al sujeto o sujetos más necesitados de protección en ese caso (artículo 96 CC): pero se atribuirá solo el uso de la vivienda, no la

propiedad, y será temporal; y ello no alterará el hecho de que en la liquidación de la sociedad de gananciales esa vivienda sea considerada como privativa de ese cónyuge.

b) Persona que antes de celebrarse el matrimonio o de iniciarse el régimen de sociedad de gananciales adquiere exclusivamente para sí y como única adquirente de ese bien, que a la postre será la vivienda familiar, pero en parte con dinero del otro (futuro) cónyuge.

En este caso cabe entender que no se alterará el carácter privativo de dicha vivienda familiar adquirida únicamente por uno de los cónyuges, por haber tenido esto lugar antes del matrimonio o del comienzo de la vigencia de la sociedad de gananciales (artículo 1346.1.º CC). Pero sí que el otro cónyuge por esa contribución económica (préstamo hecho a su pareja o pago directo de parte del precio o de alguna de las cuotas del préstamo de su entonces pareja) tendrá un derecho de crédito contra el adquirente para exigir su devolución: no sería el derecho de reembolso previsto en el artículo 1358 del Código Civil por cuanto las aportaciones se hicieron antes del matrimonio o vigencia de la sociedad de gananciales, sino que deberá acudir al régimen general de los derechos de crédito y la exigibilidad y cumplimiento de obligaciones o, particularmente, al pago por tercero y a las previsiones del artículo 1158 del Código Civil o a la prohibición del enriquecimiento injusto (*vid.*, entre otras, SSTS de 17 de abril de 2002 y de 18 de junio de 2008)²⁴.

c) Adquisición de la vivienda por los dos futuros cónyuges conjuntamente bajo una copropiedad constituyendo una comunidad ordinaria por cuotas atendiendo a los porcentajes por ellos fijados en el momento de la adquisición.

Es un supuesto habitual en la práctica: parejas que conviven de hecho y que antes de contraer matrimonio adquieren una vivienda conjuntamente para desarrollar su proyecto de vida en común.

En este caso la vivienda será privativa de ambos cónyuges en proindiviso (copropiedad o comunidad de bienes ordinaria tipo romano)²⁵ en las cuotas que acordaron cuando la adquirieron y que se habrán hecho constar, en su caso, en la inscripción registral; cuotas que serán fijas e inamovibles ya, de modo que, si alguno de los cónyuges finalmente hubiera aportado más de lo correspondiente a su cuota tendrá derecho de crédito contra el otro cónyuge (entre otras, STS de 24 de marzo de 2021)²⁶.

Estos mismos criterios se aplicarán en el caso de que esa adquisición de la vivienda se hubiera efectuado por los dos cónyuges constante el matrimonio, pero con anterioridad a la vigencia de la sociedad de gananciales por estar el matrimonio sujeto previamente a otro régimen económico matrimonial.

V. ADQUISICIÓN ONEROSA DE LA VIVIENDA FAMILIAR ANTERIOR A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES CON PRECIO APLAZADO ABONADO TOTAL O PARCIALMENTE CONSTANTE YA LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REGLA EXCEPCIONAL ACOGIDA EN EL ARTÍCULO 1357.2.º DEL CÓDIGO CIVIL

En este caso el precepto de referencia que regula este supuesto de hecho es el artículo 1357 del Código Civil, que acoge una excepción muy particular en el segundo párrafo para el caso de la vivienda familiar, que plantea serias dudas sobre su conveniencia y oportunidad, dados los problemas que implica y que se analizarán a continuación.

Conforme señala esta citada norma: “Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial. Se exceptúan la vivienda y ajuar familiares, respecto de los cuales se aplicará el artículo 1.354” (es decir, la proindivisión en la propiedad de esa vivienda familiar entre el cónyuge adquirente y la sociedad de gananciales en proporción a sus respectivas aportaciones).

Como se puede observar, rige el principio de subrogación real para el caso de la vivienda familiar en atención a las distintas aportaciones de fondos privativos o gananciales usados para su adquisición, pero no así para el resto de bienes, que serán en todo caso privativos con independencia de la procedencia de los fondos con los que se pague total o parcialmente el precio de compra, incluso aunque sea todo el precio abonado con fondos gananciales (primer párrafo del artículo 1357 CC). En el caso de la vivienda familiar, sin embargo, la proindivisión junto con la sociedad de gananciales en atención a los fondos utilizados para la compra en virtud de esa remisión al artículo 1354 del Código Civil tendrá lugar, incluso, cuando los fondos gananciales se hayan utilizado para el pago de un solo plazo (entre otras, SSTS de 7 de junio de 1996 y de 16 de marzo de 2007²⁷)²⁸.

V.1. PRESUPUESTOS O REQUISITOS DE APLICACIÓN

Aunque a mi juicio resulta muy criticable y no responde a fundamentación clara y suficiente (proponiendo, de hecho, como se detallará más adelante, su supresión en una futura reforma del Código Civil, dado el tenor normativo vigente establecido en el segundo párrafo del artículo 1357 de dicho cuerpo normativo, no por esa crítica ya adelantada puede prescindirse actualmente de su aplicación²⁹); de modo que en estos casos de pago aplazado del precio de compra de la vivienda familiar anterior a la sociedad de gananciales se deberá atender a lo

indicado en el artículo 1354 del Código Civil y prever una posible proindivisión entre el cónyuge adquirente y la sociedad de gananciales, en unas cuotas que serán variables e indeterminadas hasta que el precio se abone totalmente.

Concretamente para la aplicación de esta excepción recogida en el artículo 1357.2.º del Código Civil deben concurrir los elementos que se analizan a continuación³⁰.

V.I.A. Compra previa al inicio de la sociedad de gananciales

Para que se aplique la excepción prevista en el segundo párrafo del artículo 1357 del Código Civil debe tratarse de una compraventa celebrada con anterioridad al inicio de la sociedad de gananciales.

A este respecto cabe destacar la diferente terminología utilizada en el artículo 1357 del Código Civil frente a la de los artículos 1354 y 1356 del mismo cuerpo normativo: mientras que en el primero se alude a los “bienes comprados”, los segundos se refieren a “bienes adquiridos”.

Esto determina que, en atención a nuestro sistema de adquisición de la propiedad basado en el título y el modo, en los casos en que el contrato de compraventa se celebre antes de la sociedad de gananciales puede haberse aplazado totalmente no solo el pago del precio del bien sino la misma entrega de ese bien y, pese a todo, aun no habiéndose producido la adquisición de la propiedad por efecto de esa tradición, considerar que el bien es privativo del cónyuge comprador en todo caso (primer párrafo del artículo 1357 CC), cualquiera que sea la procedencia de los fondos con los que se abonó el precio, sin perjuicio de los derechos de reembolso por la parte del precio abonada con fondos gananciales (artículo 1358 CC)³¹.

En estos casos de compra de un bien con precio aplazado por uno de los cónyuges antes de la sociedad de gananciales, pese a la entrega posterior del bien y la adquisición efectiva de la propiedad constante la sociedad, no cabe plantear la aplicación del artículo 1356 del Código Civil por cuanto existe ya la regla especial del artículo 1357 del Código Civil por esa compra anterior y el artículo 1356 del Código Civil se viene aplicando a los supuestos de adquisición completa constante la sociedad con precio aplazado, entendiendo, por tanto, que el título de adquisición y que determinó ese aplazamiento del pago se celebró constante la sociedad³². Resulta por ello suficiente con el título anterior a la sociedad de gananciales para fijar la propiedad del bien, sin necesidad de esperar al pago de los plazos, dotando de mayor certidumbre al tráfico jurídico en estos casos generales. Esta certidumbre y determinación será así salvo en el caso de la vivienda familiar, que, gracias a la excepcional remisión expresa del segundo párrafo del

artículo 1357 del Código Civil, se regirá por el artículo 1354 del Código Civil (precepto que está pensado para adquisiciones efectuadas constante la sociedad de gananciales y con pago del precio al contado), dejando incierta la determinación de la propiedad del bien (las cuotas de cada partícipe en la proindivisión) hasta el abono total del precio.

Por tanto, en el caso de la vivienda familiar se atenderá al artículo 1354 del Código Civil por remisión del artículo 1357.2.º del mismo cuerpo legal, siempre que se comprase a plazos con anterioridad a la sociedad de gananciales y tanto se hubiera entregado al adquirente en ese momento anterior a la sociedad como si se hubiera entregado con posterioridad constante la sociedad de gananciales. El título de compra será sin más el elemento determinante.

Cuestión distinta será en el caso de que la vivienda se hubiera comprado, no a plazos, sino al contado, habiéndose celebrado la compraventa antes del inicio de la sociedad de gananciales, pero efectuándose la entrega posteriormente cuando ya estaba vigente la sociedad (por ejemplo, a través de la escritura pública). En estos casos, pese al tenor literal de los artículos 1346.1.º (“pertenencia”), 1346.3.º (“adquisición”) y 1354 (“adquisición”) del Código Civil, siguiendo a RAGEL SÁNCHEZ, debe entenderse que con la compra surgió un derecho de crédito privativo del cónyuge comprador frente al vendedor y, producida después la entrega, la adquisición del derecho real deberá asumir esa misma condición privativa que tenía el derecho de crédito del que procede; “el bien adquirido debe seguir la misma condición que tenía el derecho preexistente del comprador”, de modo que siempre serán privativos todos los bienes comprados antes de la sociedad, aunque se entregase con posterioridad vigente ésta, siendo la única excepción el caso de la vivienda y ajuar familiares comprados a plazos si parte de estos se abonaron con fondos gananciales³³.

V.I.B. Compra por uno de los cónyuges o por ambos

Aunque el artículo 1357 del Código Civil se refiere literalmente solo a la compra por uno de los cónyuges, cabe entender que se aplicará igualmente este precepto y los criterios ahí acogidos (tanto en su primer párrafo como en cuanto al segundo que es el que aquí nos ocupa) cuando la compra se efectuó por ambos cónyuges de forma privativa antes de la vigencia de la sociedad de gananciales: entre otras, SSTs de 23 de marzo de 1992, de 3 de abril de 2000 y de 7 de julio de 2016 y RRDGRN de 8 de mayo de 2014, de 27 de julio de 2015 y de 24 de noviembre de 2015³⁴.

En consecuencia, tratándose de vivienda familiar, conforme a esa remisión a lo previsto en el artículo 1354 del Código Civil, la consecuencia de la compra por

ambos cónyuges antes del inicio de la sociedad de gananciales sería la constitución entre ambos de una comunidad ordinaria en proindiviso de forma privativa, que se integrará a su vez como miembro de la comunidad también en proindiviso junto con la sociedad de gananciales conforme a las aportaciones que cada una de las masas patrimoniales (privativa en este caso de ambos cónyuges y ganancial de la sociedad) hayan realizado de cara al pago del precio de la vivienda.

No debe confundirse esta situación de compra conjunta por ambos cónyuges con el supuesto de que el cónyuge no comprador con posterioridad a la compraventa y con sus fondos privativos decidiera contribuir económicamente al pago del precio: en este caso, ese cónyuge no adquirente no formará parte de la proindivisión en la propiedad de la vivienda en proporción a esos fondos privativos que utilizó; no adquirirá propiedad o cuota alguna privativa sobre ese bien; a lo sumo por esa contribución económica tendrá un derecho de crédito contra el cónyuge comprador para recuperar los importes abonados (no al amparo del artículo 1358 CC sino con base en las reglas generales de las obligaciones, el pago por tercero y el artículo 1158 CC o la vía del enriquecimiento injusto)³⁵.

V.I.C. Compra con aplazamiento del pago del precio: crítica a la equiparación de la amortización del préstamo con el que se abonó el precio total

Esa compra de la vivienda debe haberse realizado con aplazamiento del pago del precio ya sea total o parcialmente.

Ahora bien, actualmente las compraventas de vivienda con precio aplazado no son habituales, sino que mayoritariamente la adquisición de la vivienda viene acompañada de un préstamo con cuyo importe se abona la totalidad del precio al vendedor. El vendedor, por lo general, prefiere recibir la totalidad del precio de la vivienda (de un importe normalmente alto y relevante) y no quiere soportar el riesgo del posible impago de plazos, ni siquiera aun introduciendo una reserva de dominio como garantía, pues al final puede suponerle unos conflictos no deseados para el caso de incumplimiento que se ahorra si exige el pago de la totalidad del precio y que sea el adquirente el que se preocupe de obtener la financiación para ello por otra vía, que normalmente será la del préstamo bancario y habitualmente acompañado de una hipoteca sobre la propia vivienda adquirida. Dado el mercado actual de oferta y demanda de vivienda, pese a ser una opción, el aplazamiento del pago del precio con reserva de dominio no es la vía de financiación a la que se acudiría normalmente sino a un préstamo; tampoco se suele acudir a la condición resolutoria explícita *ex* artículo 1504 del Código Civil³⁶.

Atendida esta práctica habitual, nuestra jurisprudencia desde hace años ha venido equiparando para estos casos de aplicación del artículo 1357.2.º del Código

Civil el aplazamiento del pago del precio en varios plazos con la amortización de las cuotas del préstamo (hipotecario o no) con el que se abonó el precio (pago total de éste en el momento de la adquisición de la vivienda con el dinero prestado): así, entre otras, SSTs de 31 de octubre de 1989, de 23 de marzo de 1992, de 7 de junio de 1996, de 9 de marzo de 1998, de 3 de abril de 2000, de 18 de diciembre de 2000, de 3 de noviembre de 2006, de 16 de marzo de 2007 y de 7 de julio de 2016; asimismo, entre otras, RRDGRN de 17 de abril de 2002 y de 24 de noviembre de 2015. Principalmente el Tribunal Supremo ha fundado esta doctrina de equiparación en criterios de justicia material y equidad, como doctrina “superadora de ciertos excesos formalistas, propiciadores incluso del fraude de ley” (STS de 31 de octubre de 1989). No utiliza, sin embargo, el criterio de la analogía o de la interpretación extensiva como apuntan algunos autores como mejor fundamento de esta equiparación, por apreciar, desde un punto de vista económico, cierta identidad fáctica³⁷.

Pero realmente el artículo 1357 del Código Civil alude solo a la compra a plazos, esto es, se refiere al supuesto en que el pago del precio se ha aplazado. Y en estos casos de contratación del préstamo para pago del precio realmente no hay ningún aplazamiento del pago del precio de venta, pues éste se abona completamente en un solo acto, con las cantidades prestadas, y se hace antes del inicio de la sociedad de gananciales. De modo que estamos ante situaciones distintas (así lo advirtió también la STS de 19 de junio de 2006). De apreciarse así en estos supuestos estaríamos ante una compra anterior a la vigencia de la sociedad de gananciales realizada por uno de los cónyuges (o ambos en proindiviso) con dinero privativo (obtenido por el préstamo privativo) y, por ello, conforme señala el artículo 1346.1.^a del Código Civil, esa vivienda sería privativa de ese cónyuge adquirente (o de ambos en proindiviso si la adquirieron conjuntamente y conforme a las cuotas que fijaron en ese momento). Y ya con respecto a la amortización del préstamo, como negocio distinto que es, si la sociedad cubre con fondos comunes la devolución de ese préstamo entonces tendrá derecho de reembolso contra el patrimonio privativo de ese cónyuge prestatario por las cantidades satisfechas ganancialmente (artículo 1358 CC)³⁸.

En mi opinión, no resulta justificada la equiparación que por jurisprudencia y algunos autores se hace entre el pago aplazado y la amortización de préstamo: ni por razones de equidad, pues no se ha demostrado que la solución general que de contrario se aplicaría (esto es, la atribución del carácter privativo de la vivienda por efecto del artículo 1346 CC) sería menos justa; ni por analogía, pues técnicamente la compra a plazos y la amortización de un préstamo no son supuestos con identidad de razón³⁹.

Dada la incierta y problemática situación que se genera con la aplicación del artículo 1357.2.º del Código Civil y la solución de proindivisión en la vivienda familiar, sin contar para ello con un fundamento suficiente y sin que la solución contraria y general de privatividad implique desprotección familiar o resultados

injustos (como se detallará más adelante), la ampliación de los supuestos a los que se aplica esta excepción no resulta oportuna ni justificada. Es más, ni siquiera justa o equitativa, dado que actualmente los préstamos para la adquisición de vivienda son de muy largo plazo de amortización (25, 30, 40 años) por sus elevados importes (mucho más que los que el legislador de 1981 pensaba sobre los plazos de pago del precio y también probablemente superiores a lo que el Tribunal Supremo en 1989, 1992 y 1996 contemplaba cuando consolidó esa doctrina jurisprudencial de equiparación entre amortización de préstamo y pago del precio a plazos); y por ello resulta que, de aplicarse el artículo 1357.2.º del Código Civil a los casos de pagos de las cuotas del préstamo, se estará prolongando la situación de incertidumbre en la proindivisión durante mucho más tiempo (hasta el total pago del préstamo) y generando innecesariamente conflictos en la liquidación de la sociedad de gananciales y en la convivencia postganancial en relación con ese bien, particularmente en situaciones ya tensas de crisis matrimonial (crisis y ruptura que, por estadística, hoy en día muy probablemente tenga lugar mucho antes de que finalicen o venzan todos los plazos de amortización del préstamo).

Además, el argumento de la posible existencia de fraude de ley no está suficientemente justificado ni motivado: en modo alguno existirá fraude por atender a la propia norma y a lo en ella previsto concretamente, no siendo posible entonces deslindar realmente entre norma de cobertura y norma defraudada; en todo caso, existen mecanismos oportunos para combatir ese fraude de ley, en el supuesto de que se acredite su concurrencia, por la vía del artículo 6.4 del Código Civil⁴⁰.

Como señala RAGEL SÁNCHEZ, pese a que esta equiparación pueda considerarse ecuaníme, lo cierto es que, como acabo de advertir, “se sale del criterio legal”; partiendo del carácter excepcional que ya se acoge con respecto a la vivienda familiar remitiendo a ésta a un régimen de proindivisión, frente a la regla general del carácter privativo del bien, este autor entiende que debe hacerse una interpretación estricta y no es correcta la ampliación del supuesto de hecho efectuada por nuestra jurisprudencia; bajo una apreciación que comparto, este autor señala: “Si el art. 1357 CC se refiere a la *compra a plazos*, no es correcto que su ámbito se amplíe al pago del préstamo hipotecario, pues en este caso es más correcto opinar que el dinero adquirido con el préstamo es de carácter privativo y el pago se hizo al contado, por lo que no se aplicaría el precepto estudiado”⁴¹.

V.I.D. Pago de todo o parte del precio durante la sociedad de gananciales con fondos comunes o gananciales

En esta situación excepcional acogida en el artículo 1357.2.º del Código Civil es la sociedad de gananciales quien, con cargo a fondos comunes, abona todo o parte del precio.

Atendidos los artículos 1357 y 1354 del Código Civil, cabe tener en cuenta que, si finalmente todo el precio (en todos los plazos) se abona con fondos privativos tanto antes como constante la sociedad de gananciales (en este caso con la debida prueba de esa privatividad para enervar la presunción de ganancialidad como ya se expuso *ut supra*), entonces esa vivienda familiar será totalmente privativa; y a la misma conclusión se llegaría incluso atendiendo al artículo 1354 del Código Civil y su criterio de la proporción de las aportaciones realizadas por el patrimonio privativo, pues, dado que esas aportaciones lo fueron por el 100% del precio total, ello implicará el 100 % de la propiedad privativa. Ahora bien, sin aplicar este precepto por entender que no concurre el caso previsto en el artículo 1354 del Código Civil por no existir procedencia mixta de los fondos con los que se hizo el pago, como señala MORENO MOZO, se llegaría a la misma conclusión de que la vivienda sería exclusivamente privativa aplicando los apartados 1.º y 3.º del artículo 1346 del Código Civil⁴².

Bajo el mismo criterio, si por el contrario el precio fue totalmente aplazado y todos los plazos finalmente fueron abonados vigente la sociedad y con fondos gananciales (o al menos de forma presuntiva al amparo del artículo 1361 CC), la vivienda familiar, por esa misma regla de proporción de las aportaciones hechas, como lo fueron en el 100 % con fondos gananciales, entonces sería totalmente ganancial. Ahora bien, dada la compra inicial a nombre de uno solo de los cónyuges de forma privativa por ser anterior a la sociedad de gananciales (o de ambos cónyuges en proindiviso privativo entre ellos), la adquisición inicialmente se reflejará como privativa a nombre del comprador en el Registro de la Propiedad, dejando que posteriormente se fueran haciendo constar por nota marginal las cuotas gananciales (artículos 91 y 93 RH); y después, llegado el momento de pago total del precio y, en su caso, de disolución de la sociedad de gananciales, si consta el pago del 100 % con fondos gananciales, cabe entender que en la liquidación de esa sociedad deberá considerarse esa vivienda como totalmente ganancial en cuanto que la otra parte en proindivisión no aportó nada (y tiene por ello un 0% en el proindiviso); a este respecto, cabe advertir que, aunque formalmente pueda considerarse una situación en proindiviso, *de facto*, dadas las cuotas reales de cada parte, el bien sería totalmente ganancial. De no existir esta excepción acogida por ser vivienda familiar que obliga a remitirnos al artículo 1354 del Código Civil, en estos casos se aplicaría lo previsto en el primer párrafo del artículo 1357 del Código Civil y se trataría de una vivienda privativa en todo caso, sin perjuicio del derecho de reembolso a favor de la sociedad por el importe del precio abonado con cargo a sus fondos gananciales (en este caso, todo el precio)⁴³.

Por ello, realmente la proindivisión prevista en el artículo 1354 del Código Civil se producirá efectivamente solo si para el pago del precio se utilizaron tanto

fondos privativos como gananciales. Y, en tal caso, las cuotas de cada parte no serán fijas desde el principio pues irán modificándose a medida que se vayan abonando los plazos con uno u otro patrimonio. Una situación de indeterminación y variabilidad sobre la propiedad de los bienes que genera una gran incertidumbre e inseguridad en el tráfico jurídico y es uno de los aspectos más criticables de esta norma⁴⁴, especialmente teniendo en cuenta que es la única en esta sede que tiene tales efectos, siendo la norma general la de concreción cierta de la titularidad de los bienes desde el momento de la adquisición (artículos 1346, 1347, 1354, 1356 y 1357.1.º CC) y bajo cuotas fijas en su caso (artículo 1354 CC).

V.I.E. Destino del inmueble como vivienda familiar

Para que pueda aplicarse el régimen excepcional previsto en el segundo párrafo del artículo 1357 del Código Civil es necesario que el bien se haya destinado a vivienda familiar. Ahora bien, como advirtió la STS de 7 de junio de 1996, no tiene que haberse adquirido precisamente pensando en ese fin; de modo que la atribución de la condición de vivienda familiar puede hacerse con posterioridad a su adquisición, pudiendo implicar con ello, incluso, que la que anteriormente fuera vivienda familiar deje de serlo por esta nueva vivienda.

A este respecto, cabe plantearse si sería posible que, constante el matrimonio y la sociedad de gananciales, concurrieran simultáneamente varias viviendas familiares; y, asimismo, si a los efectos de este artículo 1357.2.º del Código Civil se mantendría la calificación como vivienda familiar en todo caso pese a la pérdida fáctica de ese carácter por no ser ya la vivienda en la que la familia desarrolla su vida ordinaria y cubre sus necesidades vitales.

Por lo que se refiere a la simultaneidad temporal de varias viviendas familiares, hay autores que así lo defienden en atención a las nuevas modalidades de familia y las posibles circunstancias concurrentes, como que uno de los cónyuges resida durante la semana laboral en otro inmueble por razones de trabajo mientras que el otro cónyuge esté con los hijos en otra vivienda, o que los hijos estén en otro piso en la ciudad estudiando⁴⁵. Sin embargo, estos casos, a mi juicio, no determinarían la existencia de varias viviendas familiares, pues siempre habrá una principal donde desarrollen la vida común, al margen de meros estudios o trabajo.

Pero cabría plantearse esta situación de pluralidad en unos supuestos que quizás sí puedan ser más admisibles como de simultaneidad de viviendas familiares, como sería el que la familia cuente con dos viviendas en las que temporalmente y durante la semana desarrolle su vida familiar (entre semana en la ciudad y el fin de semana en el pueblo cercano, en el campo) o por distintos periodos en que se traslada toda la familia (una durante casi todo el curso escolar y la otra

casa con piscina de mayo a septiembre); en estos casos se podrían apreciar en ambas viviendas las notas características de la vivienda familiar a las que se hizo referencia en el primer apartado de este trabajo.

Sin embargo, debe advertirse que en el marco de procesos judiciales contenciosos de cara a la liquidación de la sociedad de gananciales y la concreción del carácter de los bienes, así como a la atribución de su uso familiar, los tribunales tienden a fijarse en una única vivienda familiar, considerándose ésta, según el Tribunal Supremo, la que se identifica como tal y reúne los requisitos propios de tal condición y lo fue hasta el momento justo de producirse la crisis y extinguirse la unión conyugal: entre otras, SSTs de 6 de abril de 2016, de 23 de enero de 2017, de 22 de septiembre de 2017 y de 24 de mayo de 2021.

Ahora bien, de mantenerse o defenderse la posibilidad de que existan varias viviendas familiares simultáneamente, en orden a la aplicación del artículo 1357.2.º del Código Civil debe advertirse que deberán concurrir en todas las viviendas todos los presupuestos exigidos y, particularmente, que todas esas viviendas se hayan adquirido por precio aplazado⁴⁶ por uno de los cónyuges con anterioridad al inicio de la sociedad conyugal (caso habitual cuando dos personas en estado de solteras se compraron su propia vivienda y posteriormente se casan en régimen de sociedad de gananciales y deciden utilizar ambas viviendas) y que algunos o todos los plazos se abonen con cargo a la sociedad de gananciales.

Si alguna de esas viviendas se adquirió constante el matrimonio, entonces ya no se aplicaría respecto de ella el artículo 1357 del Código Civil sino el artículo 1356 de ese mismo cuerpo legal si también fue una compraventa a plazos, o el artículo 1354 del Código Civil si fue compraventa al contado, bajo las reglas que se detallarán en apartados posteriores de este trabajo.

Supuesto distinto es que una vivienda que tenía la condición de familiar posteriormente constante el matrimonio y la sociedad de gananciales pierda tal condición; en estos casos el problema será concretar el régimen que debiera aplicarse a esa vivienda que deja de ser familiar, particularmente en cuanto a la atribución del carácter privativo o ganancial y al mantenimiento o no de la aplicación de la regla excepcional del artículo 1357.2.º del Código Civil. A este respecto me remito al siguiente apartado en el que abordaré los principales efectos y problemas que esa excepción implica, entre los cuales está este referido a la pérdida del carácter familiar de la vivienda.

V.2. CONSECUENCIAS, EFECTOS Y PROBLEMAS DERIVADOS DE SU APLICACIÓN

Este régimen excepcional acogido por nuestro Código Civil en cuanto a la vivienda familiar adquirida a plazos antes del matrimonio o de la vigencia de la

sociedad de gananciales implica unos efectos conflictivos en la práctica, generando situaciones no deseables para la seguridad del tráfico jurídico.

Los principales problemas que plantea su aplicación vienen vinculados a las siguientes cuestiones que se plantean a continuación⁴⁷.

V.2.A. La situación de proindivisión con cuotas variables indeterminadas: incertidumbre e inseguridad jurídica

La excepción prevista en el artículo 1357.2.º del Código Civil con respecto a la vivienda familiar rompe con la regla de certidumbre acogida en otros preceptos, incluido el primer párrafo de esta misma norma, al que excepciona.

Incluso en adquisiciones a plazos (que, por su naturaleza, implican un período de tiempo más o menos prolongado durante el que se van abonando distintas cantidades, las cuales, estando vigente la sociedad de gananciales, pueden llegar a proceder de fondos comunes o privativos, en este último caso con la debida acreditación), nuestro legislador decidió apostar por la certidumbre y la seguridad jurídica desde el principio y por eso el carácter privativo o ganancial de los bienes existentes en el matrimonio queda ya determinado en todos los supuestos desde el momento de su adquisición o del inicio de la sociedad ganancial (artículos 1346, 1347, 1354, 1356 y 1357.1.º CC); en todos los supuestos salvo en uno: la vivienda familiar adquirida a plazos por uno de los cónyuges antes de la sociedad (artículo 1357.2.º CC).

Frente a la certidumbre desde el inicio de la sociedad ganancial que es la regla general en la atribución, ya sea del total carácter privativo de la vivienda familiar (supuestos del artículo 1346 CC o del artículo 1356 CC con primer desembolso privativo) o del total carácter ganancial (supuestos del artículo 1347 CC o del artículo 1356 CC con primer desembolso ganancial) o del carácter mixto privativo-ganancial (según el artículo 1354 CC o el artículo 1356 CC con primer desembolso de fondos mixto, en ambos casos bajo una previsión de cuotas de proindiviso ya fijas desde el momento de la adquisición), sin embargo, para la vivienda familiar, y solo para ella (y el ajuar familiar), excepcionando a su vez otra regla general que con certeza desde el principio atribuía el carácter privativo a los bienes adquiridos a plazos por un cónyuge antes de la sociedad, nuestro legislador optó por un sistema de proindivisión en el bien con cuotas variables e indefinidas que irán modificándose a medida que se vayan abonando los plazos con fondos de uno u otro patrimonio, de modo que no será hasta que se haya abonado todo el precio cuando se conocerá exactamente en qué porcentaje será propietario de forma privativa el cónyuge adquirente⁴⁸ y en qué porcentaje lo será la sociedad de

gananciales (en cuyo favor juega la presunción de ganancialidad de los fondos utilizados *ex* artículo 1361 CC)⁴⁹.

Una situación de indeterminación y variabilidad sobre la propiedad de los bienes que genera una gran incertidumbre e inseguridad en el tráfico jurídico y es uno de los aspectos más criticables de esta norma⁵⁰, especialmente teniendo en cuenta que, cómo he indicado, es la única en esta sede que tiene tales efectos, siendo la norma general la de concreción cierta de la titularidad de los bienes desde el momento de la adquisición (artículos 1346, 1347, 1354, 1356 y 1357.1.º CC) y bajo cuotas fijas en su caso (artículo 1354 CC).

Y es que, además, esa incertidumbre surge por una remisión a una norma (el artículo 1354 CC) que acoge un supuesto distinto (adquisición constante la sociedad ganancial y con pago del precio al contado, pues la que fuera con pago del precio a plazos se regiría por el artículo 1356 CC) y que ni siquiera prevé una variabilidad en las cuotas de copropiedad constante la sociedad: en el artículo 1354 del Código Civil se prevé la proindivisión, ciertamente, pero bajo unas cuotas fijas ya desde el momento de la adquisición, pues no es un precepto originalmente previsto para las adquisiciones a plazos⁵¹.

Asimismo, con la remisión al artículo 1354 del Código Civil se está forzando una situación de comunidad en proindiviso que tradicionalmente se ha considerado no deseada ni deseable por nuestro ordenamiento jurídico por las complicaciones de operación en el tráfico jurídico que implica. Pero más complicaciones se producen aún en este caso si a esa situación de proindivisión de la comunidad ordinaria romana se le suma que una de esas cuotas de propiedad es asumida por una sociedad con naturaleza de comunidad germánica de la que son miembros ambos cónyuges y que deben actuar en ella conjuntamente; todo lo cual puede llevar a posteriores conflictos entre los cónyuges de cara a la disolución y liquidación de esa comunidad, venta del bien y con ello cierre definitivo de la etapa matrimonial, que pueden aumentar la tensión familiar, especialmente si la crisis conyugal ha sido problemática.

V.2.B. El reflejo registral de estas situaciones

Esa incertidumbre por la variabilidad de las cuotas en esa situación de proindivisión generada por la remisión del artículo 1357.2.º del Código Civil al artículo 1354 de ese mismo cuerpo normativo tiene su reflejo en el ámbito registral.

Al adquirirse a plazos la vivienda por uno de los cónyuges antes de la vigencia de la sociedad de gananciales, cuando se pretenda su acceso al Registro, en éste se reflejará la titularidad de ese cónyuge y esa titularidad registral única no se verá alterada por la atribución posterior del carácter de vivienda familiar, tal

y como advierte el artículo 91.2 del Reglamento Hipotecario; ahora bien, se señala asimismo en este precepto que “en las notas marginales en las que se hagan constar con posterioridad los pagos a cuenta del precio aplazado, se especificará el carácter ganancial o privativo del dinero entregado”.

Por tanto, en primer lugar existirá la carga de comunicar al Registro la atribución del carácter familiar⁵² a esa vivienda con posterioridad a la compra, para, asimismo, tener la carga de ir comunicando al Registro los pagos que se estén realizando de los distintos plazos, concretando, a su vez, la procedencia de los fondos con los que se pagó, si son privativos o gananciales, pues ello redundará en el porcentaje o cuota de uno u otro patrimonio en la proindivisión generada; una proindivisión que, salvo por esas notas marginales, no encuentra reflejo registral claro, pues la propiedad como tal registralmente solo consta a nombre del adquirente, lo que se verá completado por las notas marginales⁵³. Según advierte RAGEL SÁNCHEZ, si se han abonado todos los plazos y constan todos en el Registro, al igual que el carácter familiar de la vivienda, entonces el bien aparecerá a nombre del cónyuge adquirente y de la sociedad de gananciales, aunque todo ello supeditado a que se mantenga como vivienda familiar; si por el contrario, no se ha pagado totalmente el precio o no se han hecho constar todos los pagos en el Registro, entonces la vivienda figurará a nombre del cónyuge comprador y, como tal bien privativo registralmente, podrá disponer de él antes de la disolución de la sociedad de gananciales; si bien, advierto, tendrá las limitaciones previstas en el artículo 1320 del Código Civil⁵⁴.

Por otro lado, el apartado 3 del referido artículo 91 del Reglamento Hipotecario señala que: “La determinación de la cuota indivisa de la vivienda familiar habitual que haya de tener carácter ganancial, en aplicación del artículo 1.357.2 del Código Civil, requerirá el consentimiento de ambos cónyuges, y se practicará mediante nota marginal”⁵⁵.

V.2.C. Pérdida del carácter de vivienda familiar

La compra de la vivienda antes de la sociedad de gananciales pudo haberse hecho sin haber pensado siquiera en atribuirle ese carácter de familiar; ni siquiera pensando en el futuro matrimonio (*vid.* STS de 7 de junio de 1996).

Pero, igualmente, con posterioridad a esa atribución del carácter familiar, y vigente aún la sociedad de gananciales, puede decidirse en un momento dado que ya, a partir de ese momento, deje de ser la vivienda familiar, pues este carácter pasará a tenerlo otra vivienda distinta.

Ante esta situación cabe preguntarse qué pasa con esa vivienda que tuvo, pero ya no tiene, la condición de familiar y la aplicación o no de esa regla excep-

cional del artículo 1357.2.º del Código Civil a dicha vivienda ya no familiar: ¿se mantendrá la proindivisión con la sociedad de gananciales en todo caso o dejará de aplicarse esa regla excepcional prevista solo para la vivienda familiar ya que ha dejado de serlo? ¿se perderá el carácter ganancial del bien por las cuotas abonadas anteriormente con fondos comunes o no?

Esta ha sido una cuestión muy debatida en la doctrina, con base también en cierta medida en la discusión sobre la naturaleza del artículo 1357.2.º del Código Civil como norma de liquidación o de tráfico⁵⁶.

Bajo mi punto de vista, me inclino más por considerarla como una norma de liquidación, que encuentra su razón de ser y su eficacia real en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales y la concreción del activo patrimonial. Y por eso, como también advierten varias resoluciones judiciales, solo puede considerarse la existencia de una sola vivienda familiar en ese momento de la liquidación: y será la que al tiempo de la disolución fuera la vivienda familiar por concurrir en ella las notas y requisitos propios de ella, tal y como se comentó en el primer apartado de este trabajo.

A este respecto cabe citar la STSJ de Navarra de 13 de octubre de 2021 y las SSAP de Valencia (sec. 10.ª) de 11 de septiembre de 2019 y de Alicante (sec. 9.ª) de 17 de junio de 2022, que afirman todas ellas que, a los efectos de la aplicación de los artículos 1357.2.º y 1354 del Código Civil, solo cabe tener en cuenta la vivienda familiar que lo era en el momento de la disolución del matrimonio, de modo que aquellas viviendas adquiridas antes del matrimonio o de la vigencia de la sociedad de gananciales que en algún momento constituyeron vivienda familiar, pero en las que tal carácter desapareció posteriormente en favor de otro bien, tales viviendas deben considerarse privativas del adquirente, sin perjuicio del correspondiente derecho de crédito o de reembolso del patrimonio ganancial por los importes satisfechos para el pago del precio aplazado o del crédito con el que se abonó el precio de adquisición. Por su parte, el Tribunal Supremo en el marco de procesos por crisis matrimoniales ya advirtió que debe considerarse como vivienda familiar la que se identifica como tal y reúne los requisitos propios de tal condición y lo fue hasta el momento justo de producirse la crisis y extinguirse la unión conyugal: entre otras, SSTs de 6 de abril de 2016, de 23 de enero de 2017, de 22 de septiembre de 2017 y de 24 de mayo de 2021.

En mi opinión, con base en lo antedicho, una vez perdida su condición de familiar esa vivienda dejará de estar sujeta al régimen de proindivisión en todo caso, con carácter retroactivo, como si anteriormente no hubiera sido vivienda familiar; de modo que pasará a ser considerada como bien privativo del cónyuge o cónyuges adquirentes en virtud de la regla general del primer párrafo del artículo 1357 del Código Civil; y lo será íntegramente y de forma exclusivamente privativa de ese cónyuge que compró la vivienda antes de la sociedad de gananciales.

ciales. Pero, por supuesto, la sociedad contará con el derecho de reembolso *ex* artículo 1358 del Código Civil por las cantidades con las que pagó los plazos del precio de compra.

Desde el punto de vista registral no supone este cambio ningún problema pues, como ya se ha indicado, la vivienda ya constaba únicamente bajo la titularidad del cónyuge comprador y, por tanto, haciéndose constar el cese del carácter familiar de la vivienda podrían dejar de tener eficacia las notas marginales sobre el pago de los plazos con fondos gananciales o privativos, sin perjuicio de que sirvan de oportuna prueba en el marco de la concreción del alcance del derecho de reembolso de la sociedad ganancial. Y ello sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe que, en su caso, pudieran verse afectados por ese cambio, que entiendo no habrá muchos casos, en la medida que ya nos encontrábamos ante una situación incierta y variable publicitada en el propio Registro.

Podría alegarse contra esta postura que se genera inseguridad por quedar esa vivienda pendiente de un potencial cambio de atribución del carácter privativo o ganancial por el hecho de perder el carácter familiar posteriormente; pero realmente la incertidumbre es a lo que el legislador abocó a la vivienda familiar por el mero hecho de serlo en un momento dado, poniéndola en una situación de proindivisión automática y bajo cuotas variables que, ni protege necesariamente al interés familiar, ni resulta ser más justa que otros criterios acogidos para atribuir el carácter privativo o ganancial a otros bienes. Con esta postura de eliminar la proindivisión de raíz, desde el principio, en estos casos de pérdida de la condición de familiar realmente se está proporcionando certeza y se está liberando a un bien de una situación de proindivisión que tradicionalmente no es deseable; y ello sin dejar desprotegidos los intereses de la familia y de la sociedad ganancial ni suponer desequilibrios económicos por existir la compensación derivada de los derechos de reembolso conforme al artículo 1358 del Código Civil.

Por otro lado, la pérdida de ese carácter familiar pese a estar vigente la sociedad de gananciales será, en principio, por una decisión común de los cónyuges y porque será otra la vivienda que tome tal condición; vivienda ésta que será considerada como privativa o ganancial según los criterios del Código Civil.

Si esa otra vivienda fue adquirida vigente la sociedad de gananciales entonces se tendrá en cuenta principalmente lo previsto en los artículos 1354 y 1356 del Código Civil, atendiendo a la procedencia de los fondos con los que se pagó, pero dejando totalmente cierta desde ese momento la privatividad o ganancialidad de ese bien; de modo que, en este caso, ya se avanzó y mejoró la situación de la vivienda familiar a este respecto, máxime teniendo en cuenta que ya sí que no se verá alterado dicho carácter por una posterior pérdida de su condición de familiar; de igual modo, podría, en su caso, entrar en juego lo previsto en los apartados 2.º, 3.º ó 4.º del artículo 1346 o en el artículo 1347, apartados 3.º ó 4.º, del Código Civil,

que también determinarían con certeza, desde la adquisición del bien constante la sociedad de gananciales, su exclusivo carácter privativo o ganancial, sin que tampoco se viera alterado por la posterior pérdida de la condición de familiar.

En caso de que esa nueva vivienda familiar fuera también una vivienda adquirida por uno de los cónyuges antes de la vigencia de su sociedad de gananciales, pueden existir distintos supuestos:

- a) Que se hubiera obtenido a título gratuito: esto determinará su carácter privativo *ex* apartado 2.º del artículo 1346 del Código Civil, sin cambio alguno por pasar a ser vivienda familiar.
- b) Que se hubiera abonado todo el precio al contado, sin aplazamiento ninguno: entonces la vivienda sería ya privativa en virtud del artículo 1346.1.º del Código Civil, y lo seguirá siendo a pesar de su actual carácter familiar.
- c) Que se hubiera comprado con precio aplazado, pero abonándose éste totalmente antes de la vigencia de la sociedad de gananciales: igualmente sería privativa en virtud del apartado 3.º de ese artículo 1346 del Código Civil, sin que la condición de familiar actual altere esa calificación.
- d) Que se hubiera comprado a plazos y éstos siguieran devengándose constante la sociedad de gananciales: en virtud del párrafo primero del artículo 1357 del Código Civil esa vivienda sería privativa del cónyuge comprador, aun cuando algún plazo se hubiera abonado con fondos gananciales. Ahora bien, si pasa a ser vivienda familiar, en este caso ¿esas cuotas ya abonadas con dinero ganancial antes de ser vivienda familiar se contabilizarían a los efectos del proindiviso derivado del artículo 1354 del Código Civil a cuya aplicación remite el párrafo segundo del artículo 1357 de ese mismo cuerpo legal? Entiendo que no; que los plazos abonados anteriormente solo determinarán un derecho de reembolso de la sociedad, computándose para el proindiviso solo las cantidades que se abonen con posterioridad a la atribución de la condición de vivienda familiar; si ya se hubieran pagado todos los plazos antes de que esa vivienda pasase a ser familiar, en tal caso no habrá ninguna alteración sobre la atribución del carácter privativo de esa vivienda, aunque se hubiera abonado el precio con parte de dinero ganancial, pues ese pago no fue hecho siendo vivienda familiar.

A la vista de estas situaciones considero que no tiene sentido perpetuar una situación de proindivisión de una vivienda que ha dejado de ser familiar, cuando la nueva vivienda familiar puede llegar a tener un carácter privativo totalmente adquirido ya sin que se vea alterado por la nueva condición de ser familiar.

Ni tampoco considero justo que se mantenga la proindivisión sucesivamente en varias viviendas en caso de que se adquirieran todas ellas antes de la socie-

dad de gananciales y a plazos, pues resultaría suficiente ya con preverlo para la vivienda familiar actual, liberando así a la anterior, máxime habida cuenta de la conflictividad innecesaria que ello puede conllevar.

Y todo ello partiendo, además, de que, tratándose de un régimen excepcional sobre la vivienda familiar solo para estos casos de adquisición previa a plazos por un cónyuge (muy criticable a mi juicio, tal y como se detallará *ut infra* en este trabajo), entonces debe aplicarse de forma restrictiva y no ampliarse los objetos afectados por tal excepción de forma innecesaria e injustificada.

V.2.D. Disolución de la sociedad de gananciales quedando pendientes de pagar plazos del precio

Supuesto distinto al anterior y muy controvertido⁵⁷, dada la proindivisión en cuotas variables o elásticas a las que se sujeta la vivienda familiar en estos casos cuando, antes de la vigencia de la sociedad de gananciales, fue adquirida a plazos y alguno de ellos ya ha sido abonado con fondos gananciales⁵⁸, resulta ser este en el que se disuelve la sociedad de gananciales (habitualmente tras una crisis matrimonial que determina la nulidad, separación o divorcio) y, por ello, se debe proceder a la liquidación de la sociedad y a la determinación de su activo; y el problema vendría en cuanto a esa vivienda familiar si quedasen distintos plazos del precio por pagar y se desconoce a qué patrimonio (privativo o ganancial) debiera ser atribuida esa parte correspondiente a las cantidades pendientes de pago.

Dos son, principalmente, las opciones o soluciones:

- a) Una primera sería considerar que la parte del precio pendiente de pagar se debe corresponder con un incremento de la parte ganancial del proindiviso, por entender que, siendo vivienda familiar, lo pendiente de pago sería ganancial. Esta razón y solución la considero poco justificada habida cuenta que ya no existiría ninguna sociedad ganancial por haberse disuelto, salvo que esta ganancialidad en esa copropiedad viniera acompañada de la adjudicación a de la sociedad de la deuda por las cuotas pendientes de pago. Ahora bien, esto último será difícil que tenga lugar partiendo de que: ante el vendedor acreedor del precio el deudor será el cónyuge comprador y no la sociedad; que ésta carece de personalidad jurídica y, además, se encuentra en proceso de disolución; que la asunción de deuda será difícil que prospere por esos mismos motivos; y que, hipotéticamente concretada como deuda de la sociedad y asumida por ambos cónyuges, el cónyuge no deudor carece de incentivos para pagar la deuda, máxime si la ruptura matrimonial fue conflictiva y teniendo en cuenta que el acreedor realmente solo podrá ejercitar la reclamación contra el cónyuge comprador, pues solo éste es su deudor.

- b) La otra opción es considerar que el resto de plazos pendientes de pago se computarían como parte de propiedad privativa en el proindiviso a favor del cónyuge comprador, además titular registral (artículo 93 RH). En principio esta solución es más acorde con la situación que surgiría tras la disolución de la sociedad ganancial y con el reflejo registral de titularidades existente. Esta es la solución mayoritariamente apoyada por la doctrina.

Pero resulta interesante otra opción, apuntada por MORENO MOZO (con referencia a REBOLLEDO VARELA⁵⁹), que consiste en determinar las partes del proindiviso de esa vivienda atendidos únicamente los plazos abonados antes de la disolución de la sociedad de gananciales; fijados esos porcentajes de ganancialidad y privatividad, después se trasladaría esa misma proporción a la calificación de la deuda como ganancial y privativa por los plazos pendientes de pago, aunque esto será solo con efectos entre cónyuges por la liquidación de la sociedad y sin que afecte al tercero acreedor (vendedor). Por esto último, debe destacarse la posición de desventaja que tendría el cónyuge comprador (y único deudor del vendedor) frente al no comprador, en los mismos términos que se señaló en esa primera opción apuntada antes.

V.3. FUNDAMENTO: INSUFICIENTE

Frente a la regla general de privatividad para los bienes adquiridos antes del matrimonio (o de inicio de la sociedad de gananciales) derivada de los artículos 1346 y 1357.1.º del Código Civil, el segundo párrafo de este último precepto acoge una regla especial para atribuir el carácter privativo o ganancial a la vivienda familiar (así como el ajuar) adquirida a plazos habiéndose celebrado el contrato de compraventa antes del inicio de la sociedad de gananciales. Y lo hace remitiéndose a un precepto como es el artículo 1354 del Código Civil que realmente está previsto para un supuesto totalmente distinto, cual es la adquisición de bienes constante la sociedad y con pago del precio al contado; y adoptando con ello una solución bajo una figura como la comunidad en proindiviso que tradicionalmente no ha sido deseada ni deseable en nuestro ordenamiento jurídico por los problemas operativos que plantea en el tráfico jurídico.

Frente a la certidumbre que, como regla general, se acoge en el resto de preceptos que prevén los criterios de determinación del carácter privativo o ganancial de los bienes del matrimonio, que permiten concretar desde el inicio, desde el momento de la adquisición del bien, quién es su propietario, generando así seguridad en el tráfico jurídico, nuestro legislador optó por la incertidumbre y la inseguridad respecto a la vivienda familiar adquirida a plazos antes de la sociedad de gananciales: y solo para ese caso.

A priori dado el objeto de la excepción, la “vivienda familiar”, el fundamento de esta regla excepcional en el que primero se piensa es precisamente ese carácter familiar del bien y, por tanto, la protección de la familia; y por entender que el hecho de que uno de los cónyuges adquiriera el bien con anterioridad al matrimonio y considerarlo único propietario podría suponer un peligro para la situación del otro cónyuge y/o los hijos y llevar a un riesgo de desprotección por las decisiones que adopte ese cónyuge propietario sobre la vivienda.

Sin embargo, ese mismo fundamento protector podría argüirse respecto de otros bienes con los que se sustentase la economía de la familia y, por lo tanto, sus necesidades de alimentación, salud y subsistencia vital (por ejemplo, inmuebles de una explotación económica o inmuebles arrendados); pero estos no se verán cubiertos por esa excepción del artículo 1357.2.º del Código Civil aunque fueran adquiridos a plazos antes de la sociedad y pagados total o parcialmente constante la sociedad con fondos gananciales; respecto de ellos la norma aplicable es el artículo 1357.1.º CC, que dispone que serán privativos del cónyuge comprador, sin perjuicio de los correspondientes derechos de reembolso (artículo 1358 CC).

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que realmente no existe tal desprotección familiar en este ámbito: las facultades de disposición del cónyuge propietario vienen limitadas por las previsiones del artículo 1320 del Código Civil; y las necesidades de habitación y protección de los hijos menores y del cónyuge no propietario (en su caso progenitor custodio) en los supuestos de separación, nulidad o divorcio quedarían protegidas por la decisión judicial relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar conforme prevé el artículo 96 del Código Civil y que no se verá vinculada por la efectiva titularidad del dominio de esa vivienda; atribución de uso que hoy en día en la práctica se sujeta por los tribunales a distintos límites temporales y condiciones, cada vez más estrictas, por ajustarse a la realidad del contexto social actual muy diferente a la de 1981 en que se previeron y reformaron estos artículos de la sociedad de gananciales además del referido artículo 96 del Código Civil⁶⁰.

Por tanto, la protección familiar a mi juicio realmente resulta ser una justificación poco fundamentada y excesiva para una regla como ésta excepcional que implica para el cónyuge comprador una pérdida (en mayor o menor medida) de la propiedad del bien comprado y el sometimiento a unas reglas de comunidad en proindiviso no deseables por lo general⁶¹.

Por otro lado, la posible fundamentación basada en evitar el fraude del cónyuge comprador que adquiere la vivienda para sí con la intención de aprovecharse y dejar el pago después a cargo de la sociedad de gananciales no es más que una generalización poco fundamentada, que ni siquiera se ha tenido en cuenta en supuestos previstos por otros preceptos, como el artículo 1356 del Código Civil⁶².

A este respecto cabe tener en cuenta que en muchos casos la adquisición de la vivienda con anterioridad al matrimonio o a la vigencia de la sociedad de gananciales se hizo con mucha antelación a éstos y ni siquiera con vistas a ese futuro matrimonio; de hecho, ni siquiera se exige en ningún caso que la compra o adquisición se haya hecho para destinarla a vivienda familiar (STS de 7 de junio de 1996). De ahí que la eventual justificación de esta excepción contenida en el párrafo 2.º del artículo 1357 del Código Civil de evitar posibles fraudes del cónyuge adquirente no tiene un sustento claro porque atiende a una mera posibilidad de algún supuesto que tenga lugar por tal motivo y que no tiene que ser la regla general, y frente al cual, en todo caso, ya existe la posibilidad de luchar a través del artículo 6.4 del Código Civil. Ahora bien, resulta complicado sostener la existencia de un fraude de ley en el hecho de desarrollar el supuesto previsto en la propia norma, esto es, el artículo 1357.1.º del Código Civil, que aparecería entonces como norma defraudada y norma de cobertura a la vez. Además, en el marco de posibles fraudes o actos dañinos entre consortes, cabría atender a lo previsto en los artículos 1390 y 1391 del Código Civil que acogen ya mecanismos suficientes para proteger al otro cónyuge y a la sociedad de gananciales y cubrir los daños que se les pudiera infligir⁶³.

De modo que, en los casos de compra con mucha antelación al matrimonio y sin atender o pensar en él como futuro, y en las situaciones de pago de cantidades de escasa entidad por parte de la sociedad de gananciales por el precio de la vivienda, esa solución de proindivisión se torna excesiva y perjudicial para el adquirente.

Pero, por otra parte, para adquisiciones cercanas al matrimonio con vistas a su celebración, cabe pensar en que precisamente la voluntad de los futuros cónyuges no era tener ese bien como común ni estar en proindivisión. Los tiempos actuales en los que ambos cónyuges tienen las mismas posibilidades y capacidad para formarse y obtener una educación similar, trabajar fuera de casa, obtener ingresos propios y tomar decisiones sobre la celebración de negocios y contratos jurídicos con los que obligarse, administrar los bienes y conocer el alcance de los actos que realizan o en los que intervienen, entre ellos los relacionados con la vivienda familiar, llevan a pensar en la impertinencia y falta de necesidad de una norma como ésta recogida en el artículo 1357.2.º del Código Civil que tantos problemas plantea; y ello por cuanto cabría presumir que si quisieran tener esa vivienda en común sería adquirida ya por ambos antes del matrimonio; y si no fuera así, entonces debiera respetarse el principio general de privatividad acogido en los artículos 1346.1.º y 1357.1.º del Código Civil, con los derechos de reembolso necesarios *ex* artículo 1358 del Código Civil, la protección del uso por la vía de los artículos 1320 y 96 de ese mismo cuerpo legal y la resolución de eventuales conflictos por la vía de los artículos 1390 y 1391 del Código Civil⁶⁴.

Y es que, en cualquier caso, cabe advertir que para equilibrar las situaciones ya se prevén las compensaciones entre patrimonios privativos y ganancial a través de los derechos de reembolso *ex* artículo 1358 del Código Civil, con importes actualizados al tiempo de la liquidación.

En relación con esto, MARTÍN MELÉNDEZ⁶⁵ aboga por acoger un fundamento económico basado en entender que con este párrafo segundo del artículo 1357 del Código Civil se introduce una medida para favorecer a la sociedad de gananciales, dado que realiza aportaciones con sus fondos comunes a la adquisición del bien, estando justificado por ello la adquisición de la propiedad proporcionalmente a esa contribución.

Sin embargo, en mi opinión, tampoco es suficiente para justificar el artículo 1357.2.º del Código Civil esa idea de compensación por la aportación de fondos gananciales por la vía de atribuir parte de la propiedad del bien. Si así fuera, ¿por qué preverlo solo para la vivienda familiar y no para otros bienes? La necesidad de compensar económicamente sería la misma en todo caso. Por otro lado, ya existe un sistema de compensación basado en los derechos de reembolso previstos en el artículo 1358 del Código Civil, aplicable con respecto a todos los bienes adquiridos a plazos con anterioridad a la sociedad de gananciales o vigente ésta (artículos 1357 y 1356 del Código Civil) y con respecto a las cantidades abonadas con fondos comunes o gananciales, acompañada de la oportuna actualización al tiempo de la liquidación de la sociedad. Unos derechos de reembolso que estimo suficientes, como mecanismos oportunos para equilibrar las situaciones patrimoniales concurrentes como una solución justa y justificada que, a diferencia de esta excepción del artículo 1357.2.º del Código Civil (que se pretende justificar bajo criterios de equilibrio y compensación económica), no afecta a la certidumbre y seguridad jurídica de las titularidades del bien, pues quién y cómo es propietario (en su caso bajo qué cuotas) viene concretado desde el principio, desde el momento de la adquisición.

Se puede argumentar que esa compensación económica por la vía del derecho de reembolso de las cantidades aportadas con cargo al patrimonio de la sociedad de gananciales, pese a la actualización prevista de esos importes a reembolsar al tiempo de la liquidación de la sociedad ganancial, no es suficiente porque cabe entender que la vivienda se revaloriza más o que es un activo cuyo valor se incrementa más que el propio dinero⁶⁶. Pero no siempre será así. Habrá ocasiones que, incluso, esa atribución de la propiedad en proindiviso sea más perjudicial para el cónyuge no adquirente a título privativo que el reconocimiento de la parte correspondiente al derecho de reembolso de la sociedad de gananciales por las aportaciones realizadas: si la vivienda adquirida perdió valor después de los años, el valor de lo atribuido como ganancial por esa propiedad será menor realmente que el importe de lo pagado por la sociedad que en virtud

de un derecho de reembolso debiera computarse en su haber en el momento de la disolución y liquidación de la sociedad, máxime si, como se indica en el artículo 1358 del Código Civil, se deberá devolver el importe íntegro satisfecho “actualizado al tiempo de la liquidación”. Ciertamente es que si se revalorizase el valor de la vivienda, la comparativa sería al contrario, pero de ningún modo quedaría desprotegido el otro cónyuge porque también se actualiza el importe a reembolsar y, además, cabría considerar justo que quien asumió el riesgo y decidió desembolsar inicialmente su dinero privativo para la compra de la vivienda (artículos 1356 y 1357.1.º CC), posteriormente asuma también el riesgo de la revalorización o no del bien adquirido a plazos, pero manteniéndose a favor de la sociedad de gananciales (y del otro cónyuge) una actualización de los importes a reembolsar en todo caso, incluso ante la desvalorización del bien (cuyo riesgo no se asume por la sociedad). Y a todo ello hay que añadir que acudir simplemente al sistema de derechos de reembolso supondría evitar una situación controvertida como es la proindivisión entre sujetos, que en los procesos de crisis matrimonial ya de por sí suelen estar inmersos en suficientes tensiones y que supondría una controversia más en la liquidación de la sociedad de gananciales y en la vida posterior a ésta mientras se mantenga esa situación de comunidad en el bien.

V. 4. PROPUESTA DE REFORMA: SUPRESIÓN DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1357 DEL CÓDIGO CIVIL Y DEL RÉGIMEN PARTICULAR DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN ESTE ÁMBITO

Atendidos los problemas que plantea y ya indicados *ut supra* y atendido el análisis hecho sobre posibles fundamentos que avalen esta excepción al régimen general de privatividad de los bienes adquiridos a plazos con anterioridad a la sociedad de gananciales acogida en el párrafo 2.º del artículo 1357 del Código Civil, estimo que no puede hallarse ninguna fundamentación suficiente a ese régimen excepcional para la vivienda familiar y, por ello, propongo su supresión en una futura reforma del Código Civil⁶⁷. Esta es la solución que considero más oportuna para acotar y evitar los problemas que esta excepción plantea y que se han señalado, manteniendo así un régimen más uniforme y no dispar entre la adquisición de la vivienda familiar antes y durante la vigencia de la sociedad, y evitando tensiones y conflictividad innecesarias entre los cónyuges o excónyuges.

Subsidiariamente, cabría plantearse alguna solución intermedia con una redacción más casuística del artículo 1357 del Código Civil y su excepcional segundo párrafo sobre la vivienda familiar atendiendo a supuestos más cercanos a una adquisición conjunta de los cónyuges, como prever la remisión al artículo 1354 del Código Civil y a esa proindivisión: para las adquisiciones a plazos he-

chas un año antes del matrimonio y con vistas a éste (si bien, sigo considerando que en esos casos realmente cabe presumir que, si no la adquirieron conjuntamente, entonces la voluntad de ambos futuros cónyuges es contraria a la proindivisión y debiera respetarse); o para adquisiciones con pago aplazado quedando pendiente de pago al inicio de la sociedad de gananciales al menos el 75 % del precio total; o casos similares a estos⁶⁸.

Aun con todo con estas últimas propuestas seguirían produciéndose los mismos efectos y problemas antes detallados derivados de esa remisión al artículo 1354 del Código Civil, por lo que tampoco existiría fundamento alguno para esa situación excepcional para la vivienda familiar como ya se ha indicado anteriormente y, además, podría añadir mayor tensión a la pareja de cara a la futura boda.

Por todo ello, finalmente entiendo que la propuesta más oportuna sería la de eliminar este segundo párrafo del artículo 1357 del Código Civil y que toda compra a plazos anterior al matrimonio efectuada por uno de los cónyuges, sin excepción, fuera privativa del adquirente, sin perjuicio de los derechos de reembolso que correspondan por la aplicación de fondos gananciales al pago del precio (tal y como ahora se acoge en el párrafo primero de ese precepto).

Una vía de hecho práctica para conseguir actualmente el mismo efecto de esa supresión normativa sería superar la doctrina jurisprudencial que equipara el pago aplazado del precio con la amortización de las cuotas del préstamo con el que se pagó el precio y que se comentó *ut supra*. Actualmente en la mayoría de los supuestos de compraventa de vivienda ese acto viene acompañado de un préstamo con el que se abona la totalidad del precio. De modo que, si se atiende a la diferente realidad de cada uno de los actos y a la inexistencia de identidad de razón entre la compraventa con pago del precio a plazos y la amortización de un préstamo, ello llevaría a rechazar la equiparación de supuestos y, como se indicó anteriormente, a que se aplique la regla general de adquisición privativa antes de la sociedad de gananciales con pago total del precio en ese momento y, por ello, a la privatividad del bien en favor del cónyuge adquirente (o en su caso ambos cónyuges en proindiviso privativo) conforme al artículo 1346 del Código Civil; sin perjuicio del derecho de reembolso de la sociedad de gananciales por el pago, en su caso, del préstamo privativo de ese cónyuge.

Y con ello se superarían ya, en la mayoría de los supuestos existentes en la práctica actualmente, esos problemas aducidos por la aplicación de una regla excepcional, como es la del párrafo 2.º del artículo 1357 del Código Civil, únicamente a un bien como la vivienda familiar sin contar con un fundamento suficiente para esa excepción, tal y como se ha indicado anteriormente en este trabajo.

VI. ADQUISICIÓN ONEROSA DE LA VIVIENDA ESTANDO VIGENTE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

VI.1. ADQUISICIÓN ONEROSA CONSTANTE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES CON PAGO DEL PRECIO EN UN SOLO ACTO O AL CONTADO

En estos casos la vivienda familiar tendrá carácter privativo o ganancial (o incluso mixto) en función de cuál sea la procedencia del dinero o fondos con los que se pagó esa adquisición (principio de subrogación real), entrando en juego a este respecto la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil.

Al margen de posibles actos voluntarios de los cónyuges que, al amparo de los artículos 1323, 1324 y 1355 del Código Civil, pudieran alterar los criterios legales de calificación de los bienes del matrimonio vigente la sociedad de gananciales y romper la presunción de ganancialidad, como ya advertí anteriormente en el planteamiento de este trabajo me centraré en las previsiones concretas que acogen los criterios legales conforme a los cuales se determinaría el carácter privativo o ganancial de esta vivienda familiar adquirida onerosamente constante la sociedad y en un pago único del precio.

En primer lugar, el artículo 1346.3.º del Código Civil advierte del carácter privativo de aquellos bienes adquiridos “a costa o en sustitución de bienes privativos”, entendiéndose que se refiere a una adquisición tras el matrimonio estando vigente la sociedad de gananciales, pues, de ser una adquisición anterior, el apartado primero de este precepto ya lo regula indicando su carácter privativo (resultando entonces reiterativo); además, la alusión directa a “bienes privativos” ya alude a un concepto propio del ámbito de la sociedad de gananciales y a su vigencia. El hecho de que se adquiera onerosamente la vivienda familiar con dinero o fondos privativos implica, por tanto, que se ha adquirido “a costa” de un bien privativo; lo mismo sucedería en caso de permuta con un bien privativo.

Por su parte, el artículo 1347.3.º del Código Civil advierte del carácter ganancial de los bienes “adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos”.

Pero es posible también otro supuesto: que ese bien se haya pagado con dinero tanto privativo como ganancial. En este caso habría que atender entonces a lo previsto en el artículo 1354 del Código Civil que determina que la vivienda se adquirirá en proindiviso entre el cónyuge o los cónyuges que aportaron sus fondos privativos y la sociedad de gananciales, en proporción a sus respectivas aportaciones⁶⁹.

Ahora bien, junto con estos preceptos habrá que tener en cuenta también, como he indicado, la presunción *iuris tantum* de ganancialidad que actúa sobre los bienes existentes en el matrimonio (artículo 1361 CC), entre los que se en-

contraría el dinero o fondos (caudal) con los que se haya pagado el precio de ese bien (en este caso que nos ocupa, la vivienda familiar).

Por tanto, cabe concluir que, salvo que se demuestre que el dinero con el que se pagó esa vivienda lo fue íntegramente con dinero privativo de uno de los cónyuges (o incluso de ambos cónyuges), se entenderá que la vivienda familiar es ganancial por haberse adquirido constante el matrimonio y vigente la sociedad de gananciales y pagado íntegramente con caudal común o ganancial. Pero si se acreditase suficientemente la procedencia privativa de los fondos (por ejemplo, porque se demuestre que tienen su origen en una herencia recibida por ese cónyuge, ya sea dinero heredado ya dinero que sustituye a un bien heredado, y que, como tal, en ambos casos sería dinero privativo, conforme al artículo 1346 CC, apartados 2.º y 3.º), entonces se desvirtuaría la presunción de ganancialidad y esa vivienda familiar tendrá carácter privativo (STS de 27 de mayo de 2019)⁷⁰. A este respecto, en atención a lo indicado por el artículo 95 del Reglamento Hipotecario, efectivamente se inscribirá esa vivienda como privativa si así corresponde según las distintas previsiones de ese precepto y los criterios del Código Civil.

Y, en orden a esa prueba desvirtuadora de la presunción del artículo 1361 del Código Civil, debe advertirse que la declaración que al respecto hayan hecho los cónyuges en el momento de la compraventa en la escritura pública solo tendrá a su vez valor presuntivo, pudiendo ser contrarrestada por prueba en contrario: *vid.*, entre otras, la SAP de Málaga (sec. 6.ª) de 21 de junio de 2019 y las SSTs de 10 de octubre de 1988, de 12 de febrero de 1991, de 18 de julio de 1999, de 25 de septiembre de 2001, de 27 de mayo de 2019 y de 28 de febrero de 2023; esta última sentencia advierte además que, si, pese a constar la voluntad de ambos cónyuges de que ese bien tenga carácter ganancial, después se prueba que se usaron fondos privativos, el cónyuge titular de ese dinero privativo tendrá derecho de reintegro de ese importe actualizado aunque no hubiera hecho “reserva sobre la procedencia del dinero ni sobre su derecho de reembolso”.

En el ámbito registral cabe atender a lo indicado en los artículos 93 a 95 del Reglamento Hipotecario y a este respecto⁷¹:

- a) Se inscribirá a nombre de ambos cónyuges con carácter ganancial la vivienda adquirida a título oneroso por los dos esposos: i) y a costa del caudal común para la comunidad; ii) o atribuyéndole de común acuerdo ambos cónyuges tal condición de ganancial (cfr. artículo 1355 CC); iii) o, en caso de adquirirla en forma conjunta, si lo hacen sin atribución de cuotas (artículo 93.1 RH), y ello por cuanto, como señala el artículo 1355 del Código Civil, en ese caso se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes.
- b) La vivienda adquirida a título oneroso por uno solo de los cónyuges para la sociedad de gananciales se inscribirá con esta indicación y a nombre

del cónyuge adquirente (artículo 93.4 RH) sin ser necesario hacer constar realmente la procedencia de los fondos; ahora bien, esa mera declaración del cónyuge adquirente no será suficiente para determinar el carácter ganancial de ese bien, de modo que, si acreditase que los fondos con los que se abonó el precio fueron privativos, la vivienda tendrá ese carácter privativo (*vid.* STS de 27 de mayo de 2019).

- c) Si se hubiera adquirido la vivienda a título oneroso por uno solo de los cónyuges, sin expresar que adquiere para la sociedad de gananciales, se inscribirá a nombre del cónyuge adquirente con carácter presuntivamente ganancial (artículo 94.1 RH): cfr. STS de 27 de mayo de 2019, que advierte de esa mera presunción pudiendo desvirtuarse acreditando la procedencia privativa de los fondos con los que adquirió ese bien con el fin de que se declare privativo.
- d) En cuanto a la vivienda que, en estos casos, conforme a las previsiones antes indicadas del Código Civil, deba considerarse como privativa, su inscripción será bajo tal condición en favor del cónyuge adquirente: artículo 95 del Reglamento Hipotecario.

VI.2. ADQUISICIÓN ONEROSA CONSTANTE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES CON PAGO DEL PRECIO APLAZADO: ¿EXTENSIÓN DE LA EXCEPCIÓN DEL ARTÍCULO 1357.2.º DEL CÓDIGO CIVIL PARA LA VIVIENDA FAMILIAR?

Si un bien se adquiere a título oneroso por uno de los cónyuges estando ya vigente la sociedad de gananciales y se aplaza el pago del precio, la norma a tener en cuenta es el artículo 1356 del Código Civil que atribuye el carácter privativo o ganancial al bien así adquirido según el origen de los fondos con los que se hizo el primer desembolso (pago del primer plazo): si éste se pagó con dinero privativo de uno de los cónyuges (o de ambos cónyuges en proindiviso privativo), el bien sería entonces igualmente privativo; pero si ese primer desembolso fue con caudal común o ganancial, entonces el bien también tendrá ese mismo carácter, con independencia de cuál sea la procedencia del dinero con que se abonen el resto de los plazos. Es lo que se ha venido denominando como principio de accesión económica⁷². Y, además de ello, habrá que tener en cuenta la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil.

Por otro lado, a efectos registrales entiendo que deberá atenderse a las mismas reglas indicadas en el apartado anterior y a los artículos 93 a 95 del Reglamento Hipotecario en atención a ese primer desembolso.

Ahora bien, para equilibrar y compensar la situación ante ese pago del resto de los plazos con cargo a un patrimonio que, por no ser el que abonó el primer

desembolso, no tiene la propiedad del bien, este patrimonio ostentará un derecho de reembolso *ex* artículo 1358 del Código Civil contra el patrimonio del propietario del inmueble.

Pero ¿y si el primer desembolso tuvo lugar con fondos tanto privativos como gananciales? Este supuesto concreto no cuenta con previsión expresa en el artículo 1356 del Código Civil. En mi opinión, la solución vendría dada por el mismo criterio que se asume sin problemas para el caso de que se tratase de un desembolso abonado por los dos cónyuges con sus respectivos fondos privativos: generar una situación de proindivisión entre ellos. En este caso en el que el elemento definidor del carácter privativo o ganancial del bien es, según el artículo 1356 del Código Civil, el primer desembolso del precio aplazado, si ese primer desembolso se hizo desde dos patrimonios distintos, entonces se generará una proindivisión. Vendría a ser como una aplicación analógica o extensiva del artículo 1354 del Código Civil porque producirá los mismos efectos que éste, aunque este último precepto, en principio, está previsto solo para las adquisiciones constante la sociedad de gananciales pero al contado (no a plazos, pues para esos casos está el artículo 1356 CC) utilizando fondos privativos y gananciales. Dado que el artículo 1356 del Código Civil, pese a referirse a adquisiciones a plazos, pone el foco de atención únicamente en un pago (el primero), cabe entender que la solución de proindivisión es la más oportuna también para esa situación indicada de primer desembolso hecho con fondos privativos y gananciales⁷³. Pero, eso sí, sería una proindivisión con cuotas fijas ya desde el principio, no variables ni elásticas, sino concretadas *ab initio* en función de la proporción del primer desembolso que se haya efectuado con cargo a cada patrimonio privativo o ganancial; y, por supuesto, sin perjuicio de los derechos de reembolso que correspondan en su caso.

En todos estos casos cabe poner de relieve que, pese a tratarse de una adquisición a plazos, existe certeza *ab initio* sobre el carácter de ese bien en el marco del matrimonio vigente la sociedad de gananciales; los fondos con que se abone el primer desembolso determinarán desde el principio cuál será el carácter privativo o ganancial (o mixto en su caso según el último caso expuesto), con independencia de cómo se abonen el resto de los plazos y con cargo a qué fondos, sin perjuicio de los correspondientes derechos de reembolso.

Y, a mi juicio, este debe ser el mismo criterio que se acoja para el caso de que el bien adquirido sea la vivienda familiar en estos casos de adquisición constante la sociedad de gananciales. Varios autores⁷⁴ afirman que, dado que en el artículo 1356 del Código Civil no se alude expresamente a la vivienda familiar, lo oportuno sería atender a la misma excepción prevista en el artículo 1357.2.º del Código Civil con remisión al artículo 1354 de ese mismo cuerpo normativo y extenderla a los supuestos de adquisiciones a plazos constante la sociedad de gananciales, lo que llevaría de nuevo en estos casos de vivienda familiar a un indeseable

resultado de proindivisión bajo cuotas variables, elásticas e indefinidas hasta el final del pago del precio.

Lógicamente, si en este trabajo defiende la falta de justificación y oportunidad de la excepción contemplada en el segundo párrafo del artículo 1357 del Código Civil, no resultaría coherente defender una excepción similar ahora en estos casos del artículo 1356 del Código Civil.

Pero es que, aun con la existencia efectiva, real y actual de esa excepción en el artículo 1357.2.º del Código Civil, entiendo que no procede esa aplicación extensiva o analógica de la misma a los supuestos previstos en el artículo 1356 del Código Civil. No existe laguna legal para una analogía y no existe justificación necesaria para una interpretación extensiva.

Las excepciones se deben interpretar restrictivamente.

En ninguno de los preceptos que se acogen en el Código Civil para determinar el carácter de los bienes existentes en el matrimonio se alude a la vivienda familiar, salvo en uno: el artículo 1357 del Código Civil en su segundo párrafo. Pero la vivienda familiar no solo se adquiere bajo los términos previstos en esta norma; también hay casos de vivienda familiar a los que les sería aplicable el criterio del artículo 1346, o el del artículo 1347, o el del artículo 1354 con adquisición al contado constante el matrimonio, y también por el artículo 1356, todos ellos del Código Civil. En ninguno de estos preceptos se alude a un régimen especial para la vivienda familiar; por ello cabe plantearse ¿por qué querer hacer la extensión de esa excepción solo al artículo 1356 del Código Civil y no a los demás que tampoco aluden a la vivienda familiar? No tiene sentido en ninguno de ellos, pues, el que no se indique expresamente en su tenor literal referencia a la vivienda familiar, no implica que no sea un supuesto ya acogido por la norma y perfectamente aplicable a ella. Y lo mismo podría haberse dicho del artículo 1357 del Código Civil si solo se hubiera contemplado lo señalado en el párrafo primero. Pero el legislador decidió excepcionar ese artículo 1357.1.º del Código Civil, y solo este (ningún otro precepto), dotando a la vivienda familiar en ese caso de adquisición a plazos previa a la vigencia de la sociedad de gananciales de un régimen especial distinto a todos los demás casos; pero solo lo hizo para ese supuesto. De haber querido hacer una excepción con el artículo 1356 del Código Civil para la vivienda familiar lo hubiera previsto así; o podía haber establecido un régimen especial general para la vivienda familiar distinto a todos los criterios anteriores; pero no lo hizo⁷⁵.

Y es que incluso resulta más positivo que no se introduzca la excepción ni se extienda lo previsto en el artículo 1357.2.º del Código Civil a estos otros casos pues, de lo contrario, se atraerían los mismos problemas ya indicados *ut supra* al analizar los efectos de esta excepción del segundo párrafo del artículo 1357 del Código Civil, así como la falta de justificación y fundamento suficiente para ello.

A diferencia de esta última norma, aplicando a la vivienda familiar lo ya previsto en el artículo 1356 del Código Civil se dota de mayor certidumbre a la situación, pues desde el momento del primer desembolso ya vendría concretado el carácter de ese bien en el matrimonio, sin perjuicio de los derechos de reembolso que correspondan.

A mayor abundamiento: imaginemos el caso de que se adquiriese una vivienda constante el matrimonio con precio aplazado⁷⁶ y con un primer desembolso de carácter privativo de uno de los cónyuges, pero que esa no era inicialmente la vivienda familiar, sino que la atribución de tal cualidad fue posterior. En este caso ¿qué carácter tendrá la vivienda? A mi juicio la que se le adjudicó desde el principio, con total certidumbre: carácter privativo por ser ese el carácter del primer desembolso tal y como se prevé en el artículo 1356 del Código Civil, sin excepción; y si hubiera sido ganancial ese primer desembolso pues entonces la vivienda sería también íntegramente ganancial; y ello sin perjuicio de los derechos de reembolso por el pago de los plazos posteriores que pudieran surgir a favor de la sociedad o de uno de los cónyuges (artículo 1358 CC). Es decir, que la atribución del carácter familiar a esa vivienda con posterioridad a su adquisición no alterará su situación y el carácter privativo o ganancial determinado desde el principio. Pero si se aceptase la extensión a estos casos de la excepción sobre vivienda familiar del artículo 1357.2.º del Código Civil, entonces se estaría alterando la situación y cambiando la certeza por la incertidumbre, generando innecesariamente problemas posteriores no previstos ni deseados.

Del mismo modo, si esa vivienda familiar adquirida a plazos constante la sociedad de gananciales posteriormente perdiera esa condición, con el régimen previsto en el artículo 1356 del Código Civil el carácter del bien dentro del matrimonio y esa sociedad no se vería alterado, porque seguiría siendo el mismo. Tampoco existirá ninguna alteración si se disolviera la sociedad de gananciales antes de abonarse todos los plazos del precio, pues el carácter del bien vendría ya determinado desde el principio. Sin embargo, ya se señalaron *ut supra* los problemas derivados de la pérdida del carácter familiar de la vivienda así como respecto a la disolución de la sociedad antes del abono de todos los plazos de aplicarse el régimen excepcional del artículo 1357.2.º del Código Civil; lo cual apoyaría una postura contraria a esa extensión excepcional.

En definitiva, como acabo de exponer, no creo que esté justificado ni sea necesario ni oportuno hacer una interpretación o aplicación extensiva de la excepción sobre vivienda familiar acogida para las adquisiciones a plazos anteriores a la sociedad de gananciales a los supuestos en que tal adquisición a plazos lo sea constante la sociedad.

VII. CONCLUSIONES

I. La atribución del carácter privativo o ganancial de la vivienda familiar viene determinada fundamentalmente por el tipo de adquisición, el momento en el que se realiza y, en su caso, la procedencia de los fondos con los que se ha abonado el precio. A este respecto, el Código Civil acoge en sus artículos 1346, 1347, 1354, 1356 y 1357 los criterios a tener en cuenta para ello según los casos, tal y como se ha expuesto en este trabajo. Y todo ello acompañado de un sistema de compensación para lograr el reequilibrio entre las masas patrimoniales privativas y ganancial sustentado en los derechos de reembolso previstos en el artículo 1358 del Código Civil.

II. Con carácter general, estos criterios legales determinan ya desde el momento de la adquisición con total certeza, incluso en los casos de adquisición con precio aplazado, cuál es el carácter privativo o ganancial del bien. Pero en un único caso se prescinde por el legislador de esta certidumbre y seguridad jurídica: cuando la vivienda familiar se ha comprado a plazos por un cónyuge antes de la vigencia de la sociedad de gananciales, abonándose alguno o todos los plazos con fondos gananciales (artículo 1357.2.º CC).

III. A este respecto, considero que, en contra de lo que la jurisprudencia ha venido entendiendo, no debe equipararse esa compra con pago del precio aplazado con la amortización de cuotas del préstamo obtenido para pagar el precio de adquisición de la vivienda familiar.

IV. Estimo, asimismo, que la excepción prevista en el artículo 1357.2.º del Código Civil no tiene una fundamentación suficiente ni resulta justificada ni oportuna, generando incertidumbre y conflictividad innecesarias. Por lo que, tras el análisis crítico del supuesto de hecho así como de su régimen jurídico y efectos, propongo la supresión de esa excepción legal en una futura reforma del Código Civil.

V. Por último, entiendo que este régimen excepcional previsto para la vivienda familiar no debe extenderse a los supuestos del artículo 1356 del Código Civil sobre adquisiciones a plazos de bienes por un cónyuge constante la sociedad de gananciales.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- RDGRN de 25 de septiembre de 1990.
- RDGRN de 21 de mayo de 1998.
- RDGRN de 16 de octubre de 1998.
- RDGRN de 13 de febrero de 1999.
- RDGRN de 17 de abril de 2002.

- RDGRN de 10 de octubre de 2005.
- RDGRN de 27 de octubre de 2007.
- RDGRN de 8 de mayo de 2008.
- RDGRN de 5 de diciembre de 2009.
- RDGRN de 29 de marzo de 2010.
- RDGRN de 31 de marzo de 2010.
- RDGRN de 4 de octubre de 2010.
- RDGRN de 4 de junio de 2012.
- RDGRN de 8 de junio de 2012.
- RDGRN de 29 de diciembre de 2012.
- RDGRN de 8 de mayo de 2014.
- RDGRN de 27 de julio de 2015.
- RDGRN de 24 de noviembre de 2015.
- RDGRN de 2 de marzo de 2016.
- RDGRN de 15 de marzo de 2017.
- RDGRN de 7 de noviembre de 2018.
- RDGSJyFP de 12 de junio de 2020.
- RDGSJyFP de 15 de enero de 2021.
- RDGSJyFP de 11 de abril de 2022.
- RDGSJyFP de 30 de mayo de 2022.
- RRDGSJyFP de 4 de julio de 2022.
- RDGSJyFP de 2 de marzo de 2023.
- RDGSJyFP de 8 de marzo de 2023.
- SAP de Almería (sec. 1.^a) de 19 de febrero de 2003.
- SAP de Las Palmas (sec. 5.^a) de 17 de noviembre de 2005.
- SAP de Cáceres (sec. 1.^a) de 13 de abril de 2011.
- SAP de Madrid (sec. 22.^a) de 22 de junio de 2012.
- SAP de Cádiz (sec. 5.^a) de 9 de febrero de 2015.
- SAP de Málaga (sec. 6.^a) de 21 de junio de 2019.
- SAP de Valencia (sec. 10.^a) de 11 de septiembre de 2019.
- SAP de Alicante (sec. 9.^a) de 17 de junio de 2022.
- SAP de Córdoba (sec. 1.^a) de 1 de marzo de 2024.
- SAP de Álava (sec. 1.^a) de 19 de junio de 2024.
- SAP de Granada (sec. 5.^a) de 7 de marzo de 2024.
- SAP de Orense (sec. 1.^a) de 8 de noviembre de 2024.
- SAP de Málaga (sec. 6.^a) de 18 de noviembre de 2024.
- SAP de Cádiz (sec. 5.^a) de 18 de marzo de 2025.
- SAP de Madrid (sec. 24.^a) de 5 de mayo de 2025.
- SAP de Granada (sec. 5.^a) de 16 de mayo de 2025.
- SAP de Vizcaya (sec. 4.^a) de 20 de mayo de 2025.

- SAP de Cádiz (sec. 5.^a) de 30 de junio de 2025.
- SAP de Cantabria (sec. 2.^a) de 17 de julio de 2025.
- STC de 31 de octubre de 1986.
- STS de 8 de junio de 1983.
- STS de 10 de octubre de 1988.
- STS de 31 de octubre de 1989.
- STS de 12 de febrero de 1991.
- STS de 23 de marzo de 1992.
- STS de 31 de diciembre de 1994.
- STS de 7 de junio de 1996.
- STS de 24 de julio de 1996.
- STS de 26 de diciembre de 1996.
- STS de 9 de marzo de 1998.
- STS de 10 de marzo de 1998.
- STS de 24 de septiembre de 1998.
- STS de 18 de julio de 1999.
- STS de 24 de febrero de 2000.
- STS de 27 de marzo de 2000.
- STS de 3 de abril de 2000.
- STS de 20 de noviembre de 2000.
- STS de 18 de diciembre de 2000.
- STS de 25 de septiembre de 2001.
- STS de 17 de abril de 2002.
- STS de 25 de julio de 2002.
- STS de 26 de septiembre de 2002.
- STS de 4 de diciembre de 2002.
- STS de 14 de enero de 2003.
- STS de 10 de febrero de 2003.
- STS de 22 de diciembre de 2003.
- STS de 30 de junio de 2005.
- STS de 19 de junio de 2006.
- STS de 3 de noviembre de 2006.
- STS de 29 de noviembre de 2006.
- STS de 16 de marzo de 2007.
- STS de 27 de noviembre de 2007.
- STS de 18 de junio de 2008.
- STS de 31 de mayo de 2012.
- STS de 18 de junio de 2012.
- STS de 15 de febrero de 2013.
- STS de 19 de noviembre de 2013.

- STS de 6 de abril de 2016.
- STS de 7 de julio de 2016.
- STS de 19 de enero de 2017.
- STS de 23 de enero de 2017.
- STS de 13 de septiembre de 2017.
- STS de 22 de septiembre de 2017.
- STS de 28 de septiembre de 2018.
- STS de 19 de mayo de 2019.
- STS de 27 de mayo de 2019.
- STS de 11 de diciembre de 2019.
- STS de 15 de enero de 2020.
- STS de 6 de febrero de 2020.
- STS de 2 de marzo de 2020.
- STS de 11 de noviembre de 2020.
- STS de 24 de marzo de 2021.
- STS de 24 de mayo de 2021.
- STS de 28 de junio de 2021.
- STS de 28 de febrero de 2023.
- STS de 3 de octubre de 2023.
- STS de 8 de mayo de 2024.
- STS de 8 de noviembre de 2024.
- STSJ de Navarra de 13 de octubre de 2021.

BIBLIOGRAFÍA

- BERROCAL LANZAROT, A. I. (2023). La confesión de privatividad y la presunción de ganancialidad: su operatividad frente a los acreedores y herederos ante el pacto de atribución de la privatividad (i) y (ii). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núms. 798 (pp. 2275–2337) y 799 (pp. 2875–2913).
- BLANDINO GARRIDO, M. A. (2023). La adquisición de la vivienda familiar en el régimen de gananciales. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* [En línea], núm. 19, pp. 70-103, disponible en https://revista-aji.com/articulos/2023/19/AJI19_3.pdf.
- CERVILLA GARZÓN, M. D. (2022). Una propuesta de reforma del artículo 96 del CC: el derecho a usar la vivienda familiar en el siglo XXI. En: S. Calaza, A. Donado y F. Yáñez (dirs.). *La vivienda familiar ante los retos de la crisis*. Madrid: Dykinson (pp. 115-133).
- FERNÁNDEZ CANALES, C. (2013). *Sociedad de gananciales y vivienda conyugal*. Madrid: ed. Reus.
- GARCÍA MAYO, M. (2019). *Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*. Madrid: ed. Reus.

- GETE-ALONSO Y CALERA, M. C. (2025). La vivienda familiar: concepto, datos de identificación. En: J. Solé y M. C. Gete-Alonso (coords.). *La vivienda familiar*. Barcelona: Atelier (pp. 21-43).
- GIL MEMBRADO, C. (2013). *La vivienda familiar*. Madrid: ed. Reus.
- GIMÉNEZ DUART, T. (1982). Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 48, pp. 117-146.
- JUÁREZ TORREJÓN, Á. (2024). La atribución del carácter ganancial y privativo de inmuebles “*causa matrimonii*” a la luz del sistema (causalista) español. Análisis crítico de la doctrina de la DGRN/DGSJyFP. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 804, pp. 2231-2250.
- LUQUE JIMÉNEZ, M. C. (2012). *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*. Madrid: Colegio de Registradores.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales: artículo 1.357, párrafo 2, del Código civil*. Madrid: Civitas.
- MORALEJO IMBERNÓN, N. (2021). Comentarios a los artículos 1344 a 1361 del Código Civil. En: R. Bercovitz (coord.), *Comentarios al Código Civil* (5.ª ed.). Cizur menor: Aranzadi (pp. 1755-1756).
- MORENO MOZO, F. (2023). La titularidad de la vivienda familiar adquirida a plazos y el régimen de gananciales. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 117, pp. 111-174.
- ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*. Madrid: Bosch-Wolters Kluwer.
- PALAZÓN GARRIDO, M. L. (2025). Atribución y extinción del uso de la vivienda familiar en la crisis matrimonial. Régimen del Código Civil español. En: J. Solé y M. C. Gete-Alonso (coords.). *La vivienda familiar*. Barcelona: Atelier (pp. 161-189).
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). *El régimen de gananciales*. Cizur Menor: Aranzadi.
- RAMS ALBESA, J. J. (1992). *La sociedad de gananciales*. Madrid: Tecnos.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2025). Vivienda habitual y crédito inmobiliario. Otras formas de garantía. En: M. Cuena y J. Tejedor (dirs.). *Tratado de Derecho de la vivienda*, volumen I. [En línea]. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (pp. 925-952), disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-PB-2025-382&tipo=L&modo=2
- SÁNCHEZ JORDÁN, M. E. (2025). Vivienda familiar y Registro de la propiedad. En: J. Solé y M. C. Gete-Alonso (coords.). *La vivienda familiar*. Barcelona: Atelier (pp. 67-101).
- TOFIÑO PADRINO, A. (2023). La vivienda familiar: precisiones terminológicas. *Boletín del Ministerio de Justicia* [En línea], núm. 2262, disponible en <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/BMJ/article/view/9916>

NOTAS

¹ Comunidad que no atiende a la existencia de cuotas indivisas o en proindiviso como caracteriza a la comunidad romana. *Vid.*, entre otros, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales: artículo 1.357, párrafo 2, del Código civil*. Madrid: Civitas, pp. 105-106.

² Relacionado con ello existe el debate en torno a la calificación de los preceptos que acogen los criterios de atribución del carácter ganancial o privativo de los bienes existentes durante el matrimonio bajo el régimen de sociedad de gananciales, particularmente el artículo 1357 del Código Civil, como una norma de tráfico o una norma de liquidación: entre otros, cfr. GIMÉNEZ DUART, T. (1982). Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 48, p. 141; BLANDINO GARRIDO, M. A. (2023). La adquisición de la vivienda familiar en el régimen de gananciales. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 19, p. 87; y MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, pp. 91 y ss.

³ *Vid.*, entre otros, BLANDINO GARRIDO, M. A. (2023). La adquisición..., *op. cit.*, pp. 91 y ss.; JUÁREZ TORREJÓN, Á. (2024). La atribución del carácter ganancial y privativo de inmuebles “*causa matrimonii*” a la luz del sistema (causalista) español. Análisis crítico de la doctrina de la DGRN/DGSJyFP. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 804, pp. 2237 y ss.; y BERROCAL LANZAROT, A. I. (2023). La confesión de privatividad y la presunción de ganancialidad: su operatividad frente a los acreedores y herederos ante el pacto de atribución de la privatividad (i) y (ii). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núms. 798 (pp. 2277 y ss.) y 799 (pp. 2877 y ss.).

⁴ *Vid.* entre otros, GETE-ALONSO Y CALERA, M. C. (2025). La vivienda familiar: concepto, datos de identificación. En: J. Solé y M. C. Gete-Alonso (coords.). *La vivienda familiar*. Barcelona: Atelier, pp. 29-31; GIL MEMBRADO, C. (2013). *La vivienda familiar*. Madrid: ed. Reus., pp. 16 y ss.; GARCÍA MAYO, M. (2019). *Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*. Madrid: ed. Reus, pp. 37 y ss.; y TOFIÑO PADRINO, A. (2023). La vivienda familiar: precisiones terminológicas. *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2262, pp. 9 y ss. Asimismo, entre otras, *vid.* la STC de 31 de octubre de 1986; las SSTs de 31 de diciembre de 1994, de 26 de diciembre de 1996, de 10 de marzo de 1998, de 31 de mayo de 2012, de 19 de noviembre de 2013, de 19 de enero de 2017; y las SSAP de Las Palmas (sec. 5.^a) de 17 de noviembre de 2005, de Cáceres (sec. 1.^a) de 13 de abril de 2011, de Madrid (sec. 22.^a) de 22 de junio de 2012 y de Cádiz (sec. 5.^a) de 9 de febrero de 2015.

⁵ *Vid.*, entre otros, GETE-ALONSO Y CALERA, M. C. (2025). La vivienda..., *op. cit.*, pp. 31-40; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, p. 48; GARCÍA MAYO, M. (2019). *Vivienda familiar...*, *op. cit.*, pp. 37 y ss.; y MORENO MOZO, F. (2023). La titularidad de la vivienda familiar adquirida a plazos y el régimen de gananciales. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 117, pp. 161 y ss.

⁶ Aunque los bienes inmuebles son los principales objetos, en principio no habría que descartar bajo ese concepto de “vivienda” si se cumplen el resto de características principales, los bienes muebles como los vehículos, particularmente caravanas. Tampoco cabría prescindir de los casos de los barcos. *Vid.*, entre otros, TOFIÑO PADRINO, A. (2023). La vivienda..., *op. cit.*, pp. 40-41.

⁷ *Vid.* RDGSJyFP de 2 de marzo de 2023.

⁸ La STS de 31 de mayo de 2012, en el marco de un proceso de ruptura matrimonial y de la atribución del uso de la vivienda familiar ex artículo 96 del Código Civil, advirtió de la falta

de definición legal de esta en el Código Civil y que se ha venido interpretando jurisprudencialmente vinculada a lo previsto en el artículo 70 del Código Civil sobre el domicilio conyugal; por ello, se refiere a la vivienda familiar bajo las características de lugar que constituya “la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia”. Cfr. STS de 19 de noviembre de 2013.

⁹ Una discusión que también se vincula con la caracterización de los artículos 1354, 1356 y 1357 del Código Civil como normas de tráfico o de liquidación. Entre otros *vid.* GIMÉNEZ DUART, T. (1982). Los bienes..., *op. cit.*, p. 141; MORENO MOZO, F. (2023). La titularidad..., *op. cit.*, pp. 163 y ss.; BLANDINO GARRIDO, M. A. (2023). La adquisición..., *op. cit.*, pp. 87-88; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, pp. 49-52, 91-102 y 120 y ss.; y RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). *El régimen de gananciales*. Cizur Menor: Aranzadi, pp. 258-259; así como la STSJ de Navarra de 13 de octubre de 2021 y las SSAP de Valencia (sec. 10.^a) de 11 de septiembre de 2019 y de Alicante (sec. 9.^a) de 17 de junio de 2022. A este respecto, en el marco de procesos por crisis matrimoniales, el Tribunal Supremo advirtió que debe considerarse como vivienda familiar la que se identifica como tal y reúne los requisitos propios de tal condición y lo fue hasta el momento justo de producirse la crisis y extinguirse la unión conyugal: entre otras, SSTs de 6 de abril de 2016, de 23 de enero de 2017, de 22 de septiembre de 2017 y de 24 de mayo de 2021.

¹⁰ Sobre la atribución del uso de la vivienda familiar y las previsiones del artículo 96 del Código Civil hay abundante doctrina académica y jurisprudencial. Entre la primera cabe citar, entre otros, LUQUE JIMÉNEZ, M. C. (2012). *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*. Madrid: Colegio de Registradores; ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*. Madrid: Bosch-Wolters Kluwer; GARCÍA MAYO, M. (2019). *Vivienda familiar...*, *op. cit.*; PALAZÓN GARRIDO, M. L. (2025). Atribución y extinción del uso de la vivienda familiar en la crisis matrimonial. Régimen del Código Civil español. En: J. Solé y M. C. Gete-Alonso (coords.). *La vivienda familiar*. Barcelona: Atelier, pp. 161 y ss.; y CERVILLA GARZÓN, M. D. (2022). Una propuesta de reforma del artículo 96 del CC: el derecho a usar la vivienda familiar en el siglo XXI. En: S. Calaza, A. Donado y F. Yáñez (dirs.). *La vivienda familiar ante los retos de la crisis*. Madrid: Dykinson, pp. 115 y ss.

¹¹ Con anterioridad a esta Ley de 13 de mayo de 1981 todos los bienes adquiridos antes del matrimonio y aportados a éste por uno de los cónyuges eran privativos de modo definitivo, aunque el precio se aplazara total o parcialmente y con independencia de posibles pagos efectuados con fondos gananciales (artículo 1396 CC antes de la referida reforma; que acogía así la regla general ahora prevista en los artículos 1346.1.º y 1357.1.º CC); también para el caso de la vivienda familiar pues no había previsión especial al respecto. *Id.*, entre otras, SSTs de 8 de junio de 1983, de 4 de diciembre de 2002, de 22 de diciembre de 2003 y de 3 de noviembre de 2006.

¹² Entre otros, *vid.*, RAMS ALBESA, J. J. (1992). *La sociedad de gananciales*. Madrid: Tecnos, pp. 64-65; GIMÉNEZ DUART, T. (1982). Los bienes..., *op. cit.*, pp. 140-141; MORENO MOZO, F. (2023). La titularidad..., *op. cit.*, pp. 121-122; y FERNÁNDEZ CANALES, C. (2013). *Sociedad de gananciales y vivienda conyugal*. Madrid: ed. Reus, pp. 155 y ss., quien, además, propone de *lege ferenda* una interesante y fundada nueva redacción de los artículos 1354, 1356 y 1357 del Código Civil, incluyendo la supresión del segundo párrafo de este nuevo precepto (propuesta que comparto): pp. 233-243 de la obra citada.

¹³ A este respecto, *vid.* nota 3 del presente trabajo.

¹⁴ Según advierte el artículo 1355 del Código Civil: “Podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga. Si la adquisición se hiciera en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes”.

Se reconoce, por tanto, la posibilidad de que las partes de común acuerdo decidan atribuir el carácter ganancial a la vivienda adquirida constante la sociedad, con independencia del origen de los fondos con que se abone el precio (que, por tanto, podrían ser exclusivamente privativos de uno de los cónyuges o incluso de ambos de forma privativa; o podría ser también de carácter mixto, parte ganancial y parte privativa), tal y como les permite el artículo 1355 del Código Civil, por voluntad expresa o presunta (párrafo 2.º del citado precepto) de ambos cónyuges emitida en el momento de la adquisición, no con posterioridad (*vid.*, entre otras, STS de 27 de mayo de 2019 y RRDGRN de 25 de septiembre de 1990 y de 16 de octubre de 1998), y sin perjuicio del derecho de reembolso a favor del patrimonio privativo de donde hubieran surgido los fondos, incluso aunque no se hubiera hecho reserva alguna en el momento de la adquisición (entre otras, SSTs de 27 de mayo de 2019, de 6 de febrero de 2020, de 2 de marzo de 2020 y de 11 de noviembre de 2020): entre otros, *vid.* BLANDINO GARRIDO, M. A. (2023). La adquisición..., *op. cit.*, p. 92; y MORALES IMBERNÓN, N. (2021). Comentarios a los artículos 1344 a 1361 del Código Civil. En: R. Bercovitz (coord.), *Comentarios al Código Civil* (5.ª ed.). Cizur menor: Aranzadi, pp. 1755-1756.

¹⁵ Aunque expresamente no aluda el artículo 1355 del Código Civil a ello, cabe entender, al amparo de la amplia libertad de pactos y contratos entre cónyuges reconocida en el artículo 1323 CC, que por acuerdo de las partes igualmente puede atribuirse carácter privativo a la vivienda adquirida onerosamente constante la sociedad de gananciales con independencia de la procedencia de los fondos con los que se pagó el precio (y, particularmente, aun en el caso de que fueran gananciales). Así lo entiende también MORALES IMBERNÓN, N. (2021). Comentarios..., *op. cit.*, p. 1755; y BLANDINO GARRIDO, M. A. (2023). La adquisición..., *op. cit.*, p. 100; así como las RRDGSJyFP de 12 de junio de 2020, de 15 de enero de 2021 y de 4 de julio de 2022, entre otras. Una posibilidad esta que no cabe confundir con la confesión de privatividad del bien (en nuestro caso la vivienda familiar) por el cónyuge no titular, declarando y reconociendo que el otro cónyuge es su propietario (artículo 1324 CC): *vid.*, entre otras, SSTs de 29 de noviembre de 2006, de 18 de junio de 2012 y de 15 de enero de 2020, así como las RRDGRN de 4 de junio de 2012, de 29 de diciembre de 2012 y de 7 de noviembre de 2018 y las RRDGSJyFP de 12 de junio de 2020, de 15 de enero de 2021 y de 11 de abril de 2022. Sobre la confesión de privatividad *vid.*, entre otros, BLANDINO GARRIDO, M. A. (2023). La adquisición..., *op. cit.*, p. 91; y BERROCAL LANZAROT, A. I. (2023). La confesión..., *op. cit.*

¹⁶ MORALES IMBERNÓN, N. (2021). Comentarios..., *op. cit.*, p. 1761.

¹⁷ MORALES IMBERNÓN, N. (2021). Comentarios..., *op. cit.*, p. 1761.

¹⁸ Entre otros, *vid.* BLANDINO GARRIDO, M. A. (2023). La adquisición..., *op. cit.*, pp. 79-81; MORENO MOZO, F. (2023). La titularidad..., *op. cit.*, pp. 124-125; RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). *El régimen...*, *op. cit.*, pp. 208 y 237 y ss.; y MORALES IMBERNÓN, N. (2021). Comentarios..., *op. cit.*, pp. 1761-1762.

¹⁹ Según indica esta STS de 28 de febrero de 2023: “los depósitos indistintos no presuponen comunidad de dominio sobre los objetos depositados, por lo que habrá de estarse a las relaciones internas entre los titulares y, más concretamente, a la originaria procedencia del dinero que nutre la cuenta, todo ello con la finalidad de catalogar el carácter dominical de los fondos”.

²⁰ *Vid.*, entre otros, RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). *El régimen...*, *op. cit.*, pp. 206 y ss.; y SSTs de 25 de julio de 2002, de 26 de septiembre de 2002, de 19 de junio de 2006 y de 29 de noviembre de 2006, entre otras.

²¹ Así lo entiende también BLANDINO GARRIDO, M. A. (2023). *La adquisición...*, *op. cit.*, p. 79.

²² Entre otras, *vid.* SSTs de 24 de septiembre de 1998, de 27 de marzo de 2000 y de 18 de junio de 2008.

²³ Más habitual es el caso de donación de dinero de padres a un hijo para que pueda comprar la vivienda: en estos casos ese dinero también será privativo del hijo y si con él abona la totalidad del precio de la vivienda antes del matrimonio, el bien será igualmente privativo (artículo 1346 CC).

²⁴ *Vid.*, entre otros, MORENO MOZO, F. (2023). *La titularidad...*, *op. cit.*, pp. 115 y ss.

²⁵ Adviértase que esta situación de comunidad ordinaria (en proindiviso) con respecto a la vivienda, debe diferenciarse totalmente de los casos de vivienda ganancial, en los que no hay una atribución de cuotas en proindiviso a cada cónyuge sino que la vivienda pertenece a la sociedad, la cual está integrada por ambos cónyuges, que deberán actuar sobre los bienes a ella pertenecientes de forma conjunta bajo reglas de gestión distintas a las de la comunidad romana ordinaria (mientras esta se rige por los artículos 392 y ss. CC, la sociedad de gananciales se sometería a las reglas de gestión y administración recogidas en los artículos 1375 y ss. CC).

²⁶ *Vid.*, entre otros, MORENO MOZO, F. (2023). *La titularidad...*, *op. cit.*, pp. 117-118.

²⁷ En esta STS de 16 de marzo de 2007 se aplicó esa excepción del artículo 1357.2.º del Código Civil por tratarse de una vivienda familiar a pesar de que la adquisición de la vivienda por el hombre tuvo lugar mucho tiempo antes de contraer matrimonio y, por tanto, de haberse destinado la vivienda a hogar familiar y también a pesar de que el matrimonio solo se mantuvo por poco más de cuatro meses al extinguirse por fallecimiento del esposo y, además, únicamente se abonó constante la sociedad de gananciales uno solo de los plazos del precio y por una cantidad exigua del total de éste.

²⁸ RAGEL SÁNCHEZ, por su parte, afirma que esta excepción no tendrá lugar ni producirá efectos si se ha producido una confesión de ganancialidad por parte del comprador o una confesión de privatividad por el otro cónyuge no comprador: *vid.* RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). *El régimen...*, *op. cit.*, p. 256; asimismo, *vid.*, entre otras, STS de 30 de junio de 2005. Cfr. a este respecto MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, pp. 109 y ss.

²⁹ Así lo advirtió también nuestro Alto Tribunal en su STS de 16 de marzo de 2007, criticando el modo en que el legislador ha regulado esta cuestión, pero advirtiendo que no por ello podía prescindirse del precepto.

³⁰ Entre otros, *vid.* BLANDINO GARRIDO, M. A. (2023). *La adquisición...*, *op. cit.*, pp. 83-86; y MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, pp. 47 y ss.

³¹ *Vid.*, entre otras, SSTs de 27 de marzo de 2000 y de 20 de noviembre de 2000 y RRD-GRN de 29 de marzo y de 31 de marzo de 2010.

³² *Vid.*, entre otros, MORENO MOZO, F. (2023). *La titularidad...*, *op. cit.*, pp. 133-144; y RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). *El régimen...*, *op. cit.*, pp. 219-221.

³³ RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). *El régimen...*, *op. cit.*, pp. 219-220. Cfr. MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, p. 22 nota 9.

³⁴ A este respecto *vid.*, entre otros, MORENO MOZO, F. (2023). *La titularidad...*, *op. cit.*, pp. 123-124.

³⁵ En sentido similar, entre otros, MORENO MOZO, F. (2023). La titularidad..., *op. cit.*, p. 138; y MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, pp. 89-90. En contra, FERNÁNDEZ CANALES, C. (2013). *Sociedad...*, *op. cit.*, pp. 177-178.

³⁶ A este respecto, *vid.*, SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2025). Vivienda habitual y crédito inmobiliario. Otras formas de garantía. En: M. Cuena y J. Tejedor (dirs.). *Tratado de Derecho de la vivienda*, volumen I. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, pp. 927 y ss.

³⁷ Entre otros, *vid.* MORENO MOZO, F. (2023). La titularidad..., *op. cit.*, p. 131; y MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, pp. 169 y ss., quien critica el fundamento o argumento de equidad en esta doctrina del Tribunal Supremo, así como ese argumento sobre el fraude de ley, pero comparte la conclusión equiparativa de los supuestos de pago del precio a plazos y amortización de las cuotas del préstamo, si bien no por razones de equidad sino bajo la aplicación analógica del artículo 1357.2.º del Código Civil.

³⁸ Así sucedía con anterioridad a la reforma de 1981 como se pone de manifiesto en las SSTs de 4 de diciembre de 2002 y de 3 de noviembre de 2006.

³⁹ A favor de la aplicación analógica del artículo 1357.2.º del Código Civil a la amortización del préstamo se muestra MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, pp. 182 y ss. y 201. Sin embargo, compartiendo las apreciaciones antes indicadas contrarias a esa aplicación analógica y a esa equiparación a los préstamos, cabe citar a FERNÁNDEZ CANALES, C. (2013). *Sociedad...*, *op. cit.*, pp. 277 y ss., quien afirma que “considerar la vivienda totalmente privativa del cónyuge-comprador es una solución técnicamente más precisa, patrimonialmente más clara, no necesariamente menos justa (dependerá de las circunstancias presentes en cada caso), y que no obsta a la protección del interés familiar”, que se obtendría por aplicación del artículo 1320 del Código Civil, e incluso, añadido a lo indicado por esta autora, por lo previsto en los artículos 1390 y 1391 del Código Civil: FERNÁNDEZ CANALES, C. (2013). *Sociedad...*, *op. cit.*, p. 288.

⁴⁰ *Vid.*, entre otros, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, pp. 198-200.

⁴¹ RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). *El régimen...*, *op. cit.*, pp. 254-255.

⁴² MORENO MOZO, F. (2023). La titularidad..., *op. cit.*, pp. 128-129.

⁴³ Cfr., entre otros, MORENO MOZO, F. (2023). La titularidad..., *op. cit.*, pp. 128-130; y BLANDINO GARRIDO, M. A. (2023). La adquisición..., *op. cit.*, p. 85.

⁴⁴ Entre otros, *vid.* GIMÉNEZ DUART, T. (1982). Los bienes..., *op. cit.*, pp. 140-141; y MORENO MOZO, F. (2023). La titularidad..., *op. cit.*, pp. 122 y ss.

⁴⁵ Entre otros, *vid.* MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, p. 50 (nota 51) y pp. 51-52; ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución...*, *op. cit.*, pp. 84-85; y TOFIÑO PADRINO, A. (2023). La vivienda..., *op. cit.*, pp. 64 y ss.

⁴⁶ Lo habitual será que en lugar de precio aplazado se esté pagando un préstamo con el que se obtuvo el dinero para pagar el precio total, pero sobre ello me remito a lo indicado *ut supra*.

⁴⁷ A este respecto, cfr., entre otros, FERNÁNDEZ CANALES, C. (2013). *Sociedad...*, *op. cit.*, pp. 157 y ss. y 233 y ss.; BLANDINO GARRIDO, M. A. (2023). La adquisición..., *op. cit.*, pp. 83 y ss.; MORENO MOZO, F. (2023). La titularidad..., *op. cit.*, pp. 122 y ss.; RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). *El régimen...*, *op. cit.*, pp. 178 y 261-262; y MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, pp. 43-46, 89-92 y 117 y ss.

⁴⁸ O ambos cónyuges si es que la compra se efectúa por ambos, lo que daría lugar a una proindivisión específica entre ellos (con porcentajes fijos ya determinados en ese momento de

adquisición) sobre la cuota privativa surgida con la sociedad de gananciales en virtud del artículo 1354 del Código Civil por remisión del artículo 1357.2.º de ese mismo cuerpo normativo: cfr., entre otros, MORENO MOZO, F. (2023). La titularidad..., *op. cit.*, pp. 125-126; y BLANDINO GARRIDO, M. A. (2023). La adquisición..., *op. cit.*, pp. 86-87.

⁴⁹ Sobre el cálculo de las cuotas ganancial y privativa *vid.*, entre otros, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, pp. 117 y ss.

⁵⁰ Entre otros, *vid.* GIMÉNEZ DUART, T. (1982). Los bienes..., *op. cit.*, pp. 140-141; MORENO MOZO, F. (2023). La titularidad..., *op. cit.*, pp. 122 y ss.; BLANDINO GARRIDO, M. A. (2023). La adquisición..., *op. cit.*, pp. 83 y ss.; y RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). *El régimen...*, *op. cit.*, p. 178.

⁵¹ Y aunque, como luego se señalará en los casos de adquisición a plazos constante la sociedad (que principalmente se regirán por el artículo 1356 del Código Civil atribuyendo el carácter ganancial o privativo de todo el bien en atención al patrimonio a cuyo cargo se abonó el primer desembolso del precio), afirmo que para el supuesto de que ese primer desembolso fuera abonado con dinero procedente tanto de fondos gananciales como privativos existiría una proindivisión como la del artículo 1354 del Código Civil en proporción a esas aportaciones hechas en ese primer desembolso, lo cierto es que no hay indeterminación en las cuotas privativa y ganancial partícipes de esa proindivisión, pues desde el principio quedarán ya fijadas en atención a ese primer desembolso sin tener que esperar al final del pago de todo el precio con el último plazo.

⁵² Sobre la importancia de la constancia registral de la vivienda familiar *vid.*, entre otros, SÁNCHEZ JORDÁN, M. E. (2025). Vivienda familiar y Registro de la propiedad. En: J. Solé y M. C. Gete-Alonso (coords.). *La vivienda familiar*. Barcelona: Atelier, pp. 89 y ss.

⁵³ Esta norma vendría a abundar en la calificación de este artículo 1357.2.º del Código Civil como norma de liquidación y no de tráfico, pues es en el momento de liquidación de la sociedad cuando se tiene en cuenta esa proindivisión generada por dicho precepto.

⁵⁴ RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). *El régimen...*, *op. cit.*, p. 127.

⁵⁵ Sobre la eficacia y extensión de estas notas marginales previstas en los apartados 2 y 3 del artículo 91 del Reglamento Hipotecario, *vid.* MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, pp. 128 y ss.

⁵⁶ Entre otros, *vid.* RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). *El régimen...*, *op. cit.*, pp. 258-259 (defensor de que es una norma de liquidación); MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, pp. 49-52, 91-102 y 120 y ss. (partidaria de considerarla como norma de tráfico); y, asimismo, *vid.* GIMÉNEZ DUART, T. (1982). Los bienes..., *op. cit.*, p. 141; MORENO MOZO, F. (2023). La titularidad..., *op. cit.*, pp. 165-166; y BLANDINO GARRIDO, M. A. (2023). La adquisición..., *op. cit.*, pp. 87-88.

⁵⁷ *Vid.*, entre otros, RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). *El régimen...*, *op. cit.*, pp. 257-258; MORENO MOZO, F. (2023). La titularidad..., *op. cit.*, pp. 140-144; y BLANDINO GARRIDO, M. A. (2023). La adquisición..., *op. cit.*, p. 90.

⁵⁸ Si al tiempo de la disolución de la sociedad de gananciales no se hubiera abonado ningún plazo con cargo a fondos comunes no existirá ninguna proindivisión ni aplicación del régimen previsto en el artículo 1354 del Código Civil por remisión del párrafo 2.º del artículo 1357 de ese mismo cuerpo legal; en estos casos la vivienda será privativa del cónyuge o cónyuges que hubieran comprado la vivienda, existiendo además respecto de este comprador, en su caso, la constancia de la titularidad registral a su favor. A este respecto *vid.* MORENO MOZO, F. (2023). La titularidad..., *op. cit.*, p. 141.

⁵⁹ MORENO MOZO, F. (2023). La titularidad..., *op. cit.*, p. 142.

⁶⁰ Al respecto *vid.*, entre otros, ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución...*, *op. cit.*; GARCÍA MAYO, M. (2019). *Vivienda familiar...*, *op. cit.*; CERVILLA GARZÓN, M. D. (2022). Una propuesta..., *op. cit.*; PALAZÓN GARRIDO, M. L. (2025). Atribución..., *op. cit.*; y LUQUE JIMÉNEZ, M. C. (2012). *La atribución...*, *op. cit.*

⁶¹ En similar sentido, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, pp. 27 y ss.

⁶² De hecho, cabría hacer la misma apreciación de riesgo de posible fraude en relación con lo previsto en el artículo 1356 del Código Civil, en cuanto a la adquisición a plazos de la vivienda constante la sociedad de gananciales, abonándose el primer desembolso con fondos privativos, dejando el resto de plazos a cargo de la sociedad; en este caso, este último precepto determina el carácter privativo de esa vivienda pese a todo y, sin embargo, nuestro legislador no contempló ante ello una excepción a dicha regla por tratarse de vivienda familiar como sí lo hizo en el artículo 1357.2.º del Código Civil. Cabe entender igualmente que el fraude deberá probarse y que, en todo caso, los artículos 1320, 1390 y 1391 del Código Civil, aparte del artículo 96 de ese mismo cuerpo normativo, contienen elementos suficientes para proteger a la vivienda, al cónyuge no adquirente, a los hijos y, en general, al interés familiar. A este respecto *vid.* apartado posterior en este trabajo donde se analiza críticamente una pretendida extensión de la aplicación de la excepción del artículo 1357.2.º del Código Civil sobre vivienda familiar al supuesto de hecho del artículo 1356 de ese mismo cuerpo legal.

⁶³ Conforme indica el artículo 1390 del Código Civil: “Si como consecuencia de un acto de administración o de disposición llevado a cabo por uno solo de los cónyuges hubiere éste obtenido un beneficio o lucro exclusivo para él u ocasionado dolosamente un daño a la sociedad, será deudor a la misma por su importe, aunque el otro cónyuge no impugne cuando proceda la eficacia del acto”.

Por su parte, el artículo 1391 del Código Civil señala: “Cuando el cónyuge hubiere realizado un acto en fraude de los derechos de su consorte será, en todo caso, de aplicación lo dispuesto en el artículo anterior y, además, si el adquirente hubiere procedido de mala fe, el acto será rescindible”.

⁶⁴ *Id.*, entre otros, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, pp. 43-45.

⁶⁵ MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, pp. 36 y ss.

⁶⁶ Esta idea de la vivienda como activo de alto valor y expectativas de revalorización es la que probablemente tenía el legislador de 1981.

⁶⁷ Supresión que también es la solución propuesta por FERNÁNDEZ CANALES, C. (2013). *Sociedad...*, *op. cit.*, pp. 241-242.

⁶⁸ Cfr. MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, p. 46.

⁶⁹ Entre otros, *vid.* RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). *El régimen...*, *op. cit.*, pp. 252-253.

⁷⁰ Sobre la prueba de privatividad y cómo desvirtuar la presunción de ganancialidad *vid.* apartado II de este trabajo referido a estas cuestiones.

⁷¹ *Id.*, entre otros, BLANDINO GARRIDO, M. A. (2023). La adquisición..., *op. cit.*, pp. 74-75.

⁷² Así, entre otros, BLANDINO GARRIDO, M. A. (2023). La adquisición..., *op. cit.*, pp. 88-89.

⁷³ A este respecto *vid.*, asimismo, entre otros, MORENO MOZO, F. (2023). La titularidad..., *op. cit.*, pp. 148-150; GIMÉNEZ DUART, T. (1982). Los bienes..., *op. cit.*, pp. 136-137; y RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). *El régimen...*, *op. cit.*, pp. 218-219.

⁷⁴ Cfr., entre otros, RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). *El régimen...*, *op. cit.*, pp. 218-219; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, pp. 70 y ss.; BLANDINO GARRIDO, M. A. (2023). La adquisición..., *op. cit.*, p. 89; y MORENO MOZO, F. (2023). La titularidad..., *op. cit.*, pp. 144-146 y 150 y ss.

⁷⁵ En este mismo sentido *vid.*, entre otras, SAP de Almería (sec. 1.ª) de 19 de febrero de 2003.

⁷⁶ Si se tratase de una adquisición al contado, se deberá estar a lo dispuesto en los artículos 1346.3.º, 1347.3.º ó 1354 del Código Civil, según corresponda.

El justo título: acto traslativo a *non domino* de buena fe

The just title: act of transfer to non- domino in good faith

por

CARLOS ALBERTO SÁNCHEZ CORONADO

Profesor Ordinario de Derecho Civil

Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo

RESUMEN: En el presente artículo, desde una visión histórica y comparatística, se estudia la llave que abre las puertas de la prescripción adquisitiva ordinaria, el justo título, con el propósito de enfatizar que es un acto traslativo a *non domino* de buena fe, así concebido en el derecho romano y en distintos ordenamientos jurídicos como el francés, italiano y español; con la finalidad de arribar al ordenamiento peruano, donde no obstante que la doctrina se alinea con aquella definición, existe un sector de la jurisprudencia que revela que tanto abogados y jueces confunden la prescripción de quien tiene un justo título con la prescripción de quien cuenta con un título adquisitivo *a domino*, válido y eficaz, pero recurre a la usucapión para consolidar su situación subjetiva; falencias aplicativas que deben ser erradicadas.

ABSTRACT: *This article, from a historical and comparative perspective, examines the key to ordinary acquisitive prescription: the just title. It emphasizes that this is a good-faith transfer of ownership to a non-owner, as conceived in Roman law and various legal systems such as French, Italian, and Spanish. The article then moves to the Peruvian legal system, where, despite the general doctrine aligning with this definition, a segment of jurisprudence reveals that lawyers and judges confuse the prescription of someone with a just title with the prescription of someone who possesses a valid and effective title to ownership but resorts to usucaption to consolidate their legal status. These application deficiencies must be eradicated.*

PALABRAS CLAVE: Justo título / *a non domino* / buena fe / prescripción adquisitiva ordinaria.

KEYWORDS: *Just title / a non domino / good faith / ordinary acquisitive prescription.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL JUSTO TÍTULO EN EL DERECHO ROMANO.—III. EL JUSTO TÍTULO VISTO DESDE LA COMPARACIÓN JURÍDICA. III.1. EN EL DERECHO FRANCÉS. III.2. EN EL DERECHO ITALIANO. III.3. EN EL DERECHO ESPAÑOL.—IV. EL JUSTO TÍTULO EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN LA DOCTRINA DEL PERÚ.—V. JURISPRUDENCIA QUE CONFUNDE PRESCRIPCIÓN CON JUSTO TÍTULO (*A NON DOMINO*, VÁLIDO E INEFICAZ) Y PRESCRIPCIÓN CON TÍTULO (*A DOMINO*, VÁLIDO Y EFICAZ). V.1. CASACIÓN 529–2021 AMAZONAS. V.2. CASACIÓN 2782–2018 CUSCO. V.3. CASACIÓN N.º 1017–2019 LA LIBERTAD. V.4. CASACIÓN N.º 2528–2017 LIMA NORTE.—VI. EL COSTO DE LA CONFUSIÓN: INSEGURIDAD JURÍDICA. VI.1. JUECES Y *IURA NOVI CURIA* EN MEDIO DE LA CONFUSIÓN. VI.2. ABOGADOS Y MAYOR DILIGENCIA PROFESIONAL PARA EVITAR LA CONFUSIÓN.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I. INTRODUCCIÓN

El justo título es la llave que abre la puerta de la prescripción adquisitiva ordinaria, en cambio la extraordinaria no la necesita, es una de las instituciones jurídico reales más antiguas del Derecho Civil; sin embargo, en la praxis su implementación no es del todo clara, tanto por el lado de los abogados como por el lado de los jueces, en ocasiones los unos le invocan cuando no corresponde y los otros le aplican cuando no deben, trasgrediendo así los linderos conceptuales de dicha institución en modo inquietante.

La necesidad de analizar adecuadamente cada uno de los componentes que definen al justo título más que una preocupación puramente académica, es una cuestión imprescindiblemente práctica, con incidencia directa en la correcta aplicación del derecho, porque esta confusión puede dar lugar a que casos de prescripción adquisitiva sobre inmuebles que deberían seguir la ruta más larga del plazo decenal, donde la buena fe es irrelevante, podrían sustanciarse bajo el camuflaje de la prescripción ordinaria, que solo requiere un plazo quinquenal, donde la buena fe es crucial.

Evidencia de esta relevancia es que se ha convocado a un Pleno Casatorio de las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, cuya vista de la causa se realizó el 29 de octubre de 2025, para uniformizar criterios

en relación a la prescripción adquisitiva, debido a que “se ha evidenciado en la jurisprudencia judicial de los últimos años una preocupante disparidad interpretativa respecto a los presupuestos de esta institución”, precisamente, el concepto de justo título es uno de los temas que se abordará con la finalidad de establecer precedentes vinculantes (2025).

En el presente trabajo se hace un breve estudio del justo título desde el derecho romano y su recepción en los principales ordenamientos, para finalmente aterrizar en el ordenamiento peruano, con el propósito de enfatizar lo que en esencia es el justo título y coadyuvar a la optimización de su alegación y aplicación en un sentido coherente y funcional en los tribunales, donde se ha desdibujado su perfil, algo que es imperioso que deje de acontecer.

II. EL JUSTO TÍTULO EN EL DERECHO ROMANO

La causa justa o justo título era una de las condiciones centrales para la aplicación de la usucapión que hace adquirir el dominio a quien de buena fe posee como consecuencia de haber recibido una cosa *manicipi* o *nec mancipi* de quien no era dueño o carecía de poder para enajenar, así la incerteza de la propiedad no se prolonga demasiado tiempo, después de un plazo suficiente para que el propietario pueda llevar a cabo la búsqueda y recuperación de la cosa que le ha sido arrebatada (PETIT, 1985, p. 295).

El justo título es una de las *iustae causae usucapionis*, es decir, es una de las causas que justifican la usucapión, esta que inicialmente solo era un complemento que confirmaba la *mancipatio*, pasó a ser, según DÓRS:

Un modo general de consolidar la propiedad defectuosa, debido a que “a) el enajenante no era dueño (transmisión *a non domino*); o b) porque en la adquisición de la *res mancipi* se inobservó la forma de la *mancipatio* o de la *in iure cesio*. En el tiempo de JUSTINIANO, desaparecida la diferencia entre *res mancipi* y *res nec mancipi*, la usucapión sólo conservó interés para consolidar adquisiciones *a non domino* (1977, p. 227 a 230).

El justo título o causa justa es todo acto jurídico válido que “conlleva en el enajenante la intención de transferir el dominio, y en el adquirente la de convertirse en dueño” (PETIT, 1985, p. 296 y 297), “es el requisito objetivo de la usucapión que hubiera sido suficiente para la adquisición inmediata del dominio, pero por la ausencia de *mancipatio* o por ser una adquisición *a non domino*, únicamente sirve para legitimar el inicio de la posesión” (ARGUELLO, 1998, p.236).

Según ARGUELLO:

Son causas justificativas de la posesión la *iusta causa pro emptore*, se ha comprado una cosa de quien no es dueño; la *pro soluto*, se ha pagado con una

que no es propiedad del deudor; la *pro donato*, se ha donado una cosa que no es propiedad del donante; la *pro dote*, se ha dado como dote bienes ajenos; la *pro legato*, el testador ha dejado en legado un bien que posee pero que no le pertenece (*legatum per vindicationem*); la *pro derelicto*, cuando quien no es el dueño ocupaba una cosa abandonada (*res derelictae*) comportándose como tal; y la *iusta causa pro suo* para indicar otras causas innominadas (1998, p. 236).

El justo título para usucapir debe estar acompañado de la buena fe, que se constituye cuando “el poseedor cree haber recibido la tradición del verdadero propietario, o al menos de una persona que tenga el poder y la capacidad de enajenar”, la buena fe *ad usucapionem* se basa en el error de hecho; el error de derecho no permite usucapir (PETIT, 1985, pp. 298-299).

La *bona fides* es el requisito subjetivo de la usucapición, “es la creencia leal, la honesta convicción, de que no se lesionan intereses jurídicos ajenos al entrar en posesión de una cosa”, es suficiente con que exista al inicio de la posesión conforme al aforismo “la mala fe sobreviniente no es obstáculo para la prescripción” (*mala fides superveniens non nocet*) (ARGUELLO, 1998, p. 236).

En cuanto a las causas imaginarias (título putativo), la opinión de los jurisconsultos romanos estaba bifurcada entre aquellos que negaban su aptitud para ser justa causa *ad usucapionem*, como Ulpiano y otros que las avalan como justa causa porque se trata de un error excusable como el poseedor que cree que su mandatario ha comprado la cosa, pero realmente no lo ha hecho; o como el que recibe un pago de su deudor que en verdad le corresponde a otro acreedor, así como del legatario que posee la cosa ignorando que su legado ha sido revocado (PETIT, 1985, p. 298).

III. EL JUSTO TÍTULO VISTO DESDE LA COMPARACIÓN JURÍDICA

III.1. EN EL DERECHO FRANCÉS

El artículo 2265 del Código Civil exige para la prescripción corta de un inmueble dos condiciones: un adquirente de buena fe y un justo título, este es un acto jurídico traslativo de propiedad al que le falta para transmitir el dominio que haya sido otorgado por el verdadero dueño, da lugar a una posesión regular a diferencia del usurpador que saca ventaja del inmueble mal resguardado (COLIN & CAPITANT, 1942, p. 935 y 936); en buena cuenta, lo que falla en la finalidad del justo título es que emana de un *non dominus* (JOSSERRAND, 1950, p. 314).

Debe ser un acto traslativo de propiedad como una venta, donación, permuta, la sentencia de adjudicación por embargo, una transacción que se condensa en una permuta, todos procedentes de un *non dominus*; y no meramente declarativo, como la entrega de un legado, que solo acredita la *traditio*; la sucesión porque el

sucesor es solo continuador de la posesión del causante; la partición porque solo se declaran los derechos de los copropietarios, en este caso debería evaluarse la calidad de justo título de la adquisición del bien común; la transacción en la que solo se reconoce el derecho de otro, la sentencia declarativa o de condena —reivindicación por ejemplo— que no adjudica la propiedad (COLIN & CAPITANT, 1942, p. 936 a 938), o las sentencias de adjudicación entre copartícipes, que solo dejan constancia del derecho de los copropietarios (PLANIOI & RIPERT, 1946 p. 601), tampoco lo son un contrato de arrendamiento o de préstamo (JOSSE-RRAND, 1950, p. 314).

El título sometido a una condición suspensiva solo podrá ser invocado como justo título desde el cumplimiento de la condición, contrariamente, si fuese resolutoria producirá efectos respecto de la usucapción durante la pendencia convirtiéndose en definitivos los efectos si no se cumple la condición, pero si llegara a cumplirse, el título y la usucapción del poseedor pierden efectos retroactivamente, en cambio si se resuelve el título del enajenante el poseedor sí tiene un justo título (PLANIOI & RIPERT, 1946, p. 604).

Para una doctrina, que el título sea justo significa que sea “regular, de buena cualidad por sí mismo”, es decir, “que transferiría evidentemente la propiedad o derecho real si emanase del verdadero propietario”, por tanto, el título nulo por defecto de forma o de fondo (nulidad absoluta) no sirve para usucapir, pero sí el que adolece de nulidad relativa que está expuesto a la anulación, pero sí existe como justo título (COLIN & CAPITANT, 1942 p. 938 y 939).

Otro sector de la doctrina, considera “enojoso calificarlo de justo”, porque se trata de un “título de adquisición ineficaz en el sentido que no ha llevado a adquirir nada”, porque “en realidad, no es conforme con las reglas de derecho; y por no serlo, no puede, por sí solo, transmitir la propiedad”; no obstante, privado de su efecto usual, legalmente se le atribuye otro efecto, el de usucapir abreviadamente a favor del poseedor porque a pesar que se le ha transmitido irregularmente la cosa, finalmente no es un usurpador (MAZEAUD *et al.*, 1960, p. 213).

Esta doctrina informa de alguna jurisprudencia antigua, relativa a un caso de doble venta, donde un adquirente ha publicado su derecho en el registro y el otro que compró antes no ha hecho lo mismo, pero es el poseedor, la Corte de Casación ha resuelto que este puede alegar la usucapción abreviada en oposición al segundo adquirente, pues cuenta con un excepcional justo título que emana del real propietario que lo habilita a usucapir (MAZEAUD *et al.*, 1960, p. 218).

Al respecto, cabe señalar que si un poseedor cuenta con un título adquisitivo *a domino*, calificar a este como un justo título excepcional, por estar en medio de una doble venta que mutila su oponibilidad *erga omnes*, impide ver la salida correcta, dado que no hay un justo título, en estas circunstancias corresponde transitar la ruta de la usucapción larga o extraordinaria, con la finalidad

de consolidar su situación jurídico real, que por el solo título *a domino*, a pesar de ser válido y eficaz, no es oponible frente al segundo comprador que tiene su derecho inscrito en el registro, derecho que podría ser removido por efecto de la usucapión extraordinaria, para cederle su lugar en el registro al derecho del usucapiente.

Por otro lado, el título putativo que reside únicamente en el pensamiento del poseedor no es un justo título porque carece de real existencia, como cuando quien ha comprado una propiedad rural se extralimita poseyendo fundos colindantes ajenos creyendo que estos fundos estaban dentro del área que compró, en todo caso, este poseedor podría llegar a ser propietario por medio de la prescripción extraordinaria. El título además debe contar con fecha cierta para ser oponible a terceros (PLANIOL & RIPERT, 1946, p. 605 y 606).

La noción de buena fe está estrechamente vinculada con la del justo título (JOSSERRAND, 1950, p. 317), es la “creencia en la existencia del derecho de aquel de quien emana el título de adquisición, *falsa opinio quaesti domini*”, el poseedor de buena fe cree que ha devenido en dueño por efecto de su título; se presume, pero admite prueba en contrario por parte de quien alega la mala fe y conforme al artículo 2269 del Código Civil “basta que la buena fe haya existido en el momento de la adquisición”; la prescripción abreviada será concedida si se conoce después la ausencia de derecho del causante, pues estamos ante un “poseedor de virtud mediocre”, pero distinto a un estafador (COLIN & CAPITANT, 1942, p. 940).

La buena fe se exige no cuando se ingresa a poseer sino al momento de la adquisición, por ejemplo, cuando se compra; la *mala fides superveniens* no tiene ninguna incidencia, la posesión es de buena fe por sus cualidades originales (JOSSERRAND, 1950, p. 317). Al respecto, se ha criticado la positivización de este principio romano porque no tiene mucha razón y se ha dejado constancia que VALETTE también tiene una postura contraria sobre este asunto (RIPERT & BOULANGER, 1965, p. 342).

La buena fe del adquirente debe ser total, si existe alguna dubitación en lo atinente a la propiedad de su transmitente, debe reputársele poseedor de mala fe, debe estar incólume la creencia del poseedor de haber adquirido la propiedad de forma cierta y definitiva. Puede consistir en un error de hecho o de derecho (por ejemplo, error relativo al valor jurídico de los títulos del causante), la ley no hace distingo, pero el juez puede desestimar el error inexcusable (PLANIOL & RIPERT, 1946, p. 606 a 608); sin embargo, JOSSERRAND considera que solamente el defecto en la persona del vendedor es el vicio que podrá cubrir la usucapión y solo respecto de este aspecto es apreciada la buena fe de quien posee (1950, p. 318).

III.2. EN EL DERECHO ITALIANO

En Italia se hace referencia al título idóneo, al respecto MESSINEO meticolosamente explica:

El período útil para la usucapión inmobiliaria queda (art. 1159, primer apartado) reducido a diez años (la llamada usucapión abreviada), en el caso de que la cosa objeto de usucapión haya llegado al usucapiente por transferencia que se le haya hecho por quien no era propietario (*non dominus*), siempre que la adquisición de la posesión haya sido acompañada —en el momento que tenía lugar— de la buena fe (que se presume: art. 1147, tercer apartado) del adquirente; y derive de un título (la *iusta causa usucapionis*; contrato traslativo: art. 1159, primer apartado, 1160, párrafo 1162, primer apartado) que, aunque proveniente del no propietario, sea idóneo para transferir la propiedad por ser válido en cualquier otro respecto, y haya sido hecho público debidamente (transcrito) (1971, p.320).

El título idóneo es aquel que en abstracto, si procediera del titular, sería suficiente para la transmisión y adquisición inmediata del derecho, pero tiene un defecto de legitimación del enajenante o constituyente (GUERINONI, 2008, p. 896 y 897); es un acto traslativo *a non domino* e ineficaz, quien transmite carece del poder de disposición, por eso no es idóneo para germinar la adquisición de la propiedad porque se dispone de un inmueble ajeno, esta inidoneidad del título solamente abarca la inalienabilidad de la cosa, lo que falta únicamente es la proveniencia *a domino* (idoneidad concreta) y gracias al nexo con la usucapión abreviada nace tal idoneidad (MESSINEO, 1971, p. 321 y 322).

El título idóneo puede tener una naturaleza negocial como la compraventa y la permuta, típicos ejemplos de *iustae causae usucapionis* o no negocial como resoluciones judiciales (por ejemplo, de adjudicación en la ejecución forzada, se excluyen las de mera declaración y de condena) o administrativas (por ejemplo, servidumbre coactiva, decretos de expropiación), siempre y cuando sean abstractamente idóneos para transferir o constituir el derecho objeto de la usucapión abreviada en modo particular mas no universal. No lo es el título putativo dada su irrealidad, tampoco el absolutamente simulado ni el que tiene un vicio de nulidad cuya declaración está en manos de cualquier interesado, sí lo es el anulable mientras no sea declarada la anulación y también el título impugnabile vía rescisión o resolución o sujeto a condición resolutiva o suspensiva (GUERINONI, 2008, p. 896 a 900). En relación a la compraventa que estipula una cláusula de estilo en virtud de la cual el inmueble viene transferido con todas las servidumbres activas y pasivas, por ser solo enunciativa mas no efectivamente traslativa, se le ha excluido de ser un título idóneo (GALLO, 2019, p.611).

La corte Suprema tiene un antiguo pronunciamiento, la Casación del 4 de junio de 1976, cuyo criterio se ha mantenido en el tiempo, según el cual no es

un título abstractamente idóneo para la transmisión del derecho de propiedad la adquisición efectuada por el *falsus procurator*, porque en este caso el enajenante solo es una parte del caso en concreto que se inserta en una situación fáctica de mayor complejidad donde será completamente realizable la transmisión del derecho únicamente en virtud de la ratificación del *dominus*, lo mismo sucede con el acto de disposición del administrador del condominio que se excede de sus poderes de representación. Es distinto el caso del representante que ha enajenado un bien del *dominus* actuando en nombre propio, esta es una enajenación *a non domino* que puede dar lugar a la usucapión (GUERINONI, 2008, p. 896 a 901).

El título idóneo debe ser transcripto para satisfacer una excepcional función constitutiva de la publicidad registral para poder iniciar el cómputo de los diez años para usucapir abreviadamente, esta transcripción es posible no obstante que el título provenga *a non domino* porque el registrador de la propiedad no tiene el poder ni el deber de controlar si el causante tiene legitimación para disponer del derecho enajenado o constituido (MESSINEO, 1971, p. 321 y 322), la transcripción es exigible cuando se trate de bienes inmuebles o muebles registrados (GALLO, 2019, p.609).

La buena fe del poseedor útil para la usucapión está definida por el artículo 1147 del Código Civil que refiere a la ignorancia de dañar los derechos de otros (GUERINONI, 2008, p. 895 y 896), es un presupuesto de la usucapión ordinaria, cualquier duda basada en una culpa grave la descarta, si el examen del título con la ordinaria diligencia habría consentido excluir la titularidad en cabeza del causante o en el caso de que antes de su celebración se haya transcrito una demanda de ejecución en forma específica sobre la obligación de concluir un contrato; respecto a esto último la jurisprudencia es oscilante, por tanto, cada vez será necesario según la peculiaridad de cada caso constatar si la omisión de la verificación del registro sea excusable o no (GALLO, 2019, p.609).

Se ciernen dudas también en cuanto al momento en que debe ser determinada la buena fe, existe jurisprudencia y doctrina que mayormente apunta que solo debe verificarse la buena fe al momento en que se adquiere la posesión si esto es sucesivo a la formación del título, pero según otros lo crucial es el momento de la redacción del acto, y finalmente están los que consideran que la buena fe debe estar presente al tiempo de la transcripción (GALLO, 2019, p.611); sin embargo, la culpa grave es siempre equiparada a la mala fe en las cortes italianas y la buena fe es siempre tratada como presunta, aunque hay posturas en contra al respecto (SACCO & CATTERINA, 2014, pp. 476 y 477).

III.3. EN EL DERECHO ESPAÑOL

La fuerza de la noción romanista de justo título como acto traslativo *a non domino* de buena fe es irresistible, se ha propagado por todos los principales

ordenamientos, en España el artículo 1952 del Código Civil reza “entiéndase por justo título el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate”, y la doctrina explica que este es un título que tiene la virtud para hacer adquirir la propiedad, pero que solamente ha trasladado la posesión porque proviene de manos de un no propietario, siendo este el único defecto que sana la prescripción ordinaria (DIEZ-PICAZO, 2002, p. 128); en realidad, lo que subsana la usucapión es la falta de adquisición debido a que el derecho transmitido no sea titularidad del enajenante o de que este careciera de poder dispositivo, mas no purga la defectuosidad del título del enajenante (DIEZ-PICAZO, 2007, p. 739).

Precisamente, estos títulos “son llamados justos títulos porque, siendo por su naturaleza traslativos de propiedad, da un justo motivo a quienes adquieren posesión de una cosa por esos títulos para creerse propietarios de ella, no habiendo podido adivinar que la persona de quien han adquirido la cosa y a quien veían en la propiedad de la cosa no fuera propietario de la misma” (DIEZ-PICAZO, 2007, p. 732).

Además, se requiere que el título para usucapir sea ser verdadero y válido, requisitos heredados de la tradición romanista que en el Código Civil español están taxativamente enunciados en el artículo 1953, así quedan fuera el título putativo, el título absolutamente simulado, pero en cuanto al título relativamente simulado el acto oculto por la simulación podrá ser verdadero. Tampoco es justo título el título falso. Sirve el título anulable, salvo que llegue a ser anulado, al igual que los títulos rescindibles, revocables y resolubles, en todos los casos, debidamente probados, no hay presunción aplicable, de acuerdo a lo que manda el artículo 1954 del Código Civil (DIEZ-PICAZO, 2002, p. 129).

En cuanto al título anulable, si se vence el plazo para pedir la anulación sin que esto ocurra, quien adquirió el bien por dicho título es propietario por efecto del mismo título mas no por la usucapión dado que su adquisición es ahora impugnabile. Si sería justo título el título anulable, por ejemplo, si alguien vende por error un bien ajeno, porque esta transmisión con una voluntad viciada proviene de quien no podía transmitir el bien (ALBALADEJO, 2004, p.193), es decir, el título anulable será justo título siempre que se trate de un acto traslativo a *non domino* afectado de algún vicio de la voluntad u otra causal de anulabilidad, por otro lado, quien tiene su título inscrito en el registro tiene también justo título para usucapir, conforme al artículo 35 de la Ley Hipotecaria.

BRUTAU refiere que el requisito del justo título hay que considerarlo conjuntamente con el de buena fe, son requisitos concurrentes a tenor de los artículos 1940 y 1955, la buena fe como elemento subjetivo indispensablemente necesita apoyarse en el hecho, en el título que es el elemento objetivo (1989, p. 735), entiéndase conforme al artículo 1950 del Código Civil que “la buena fe del poseedor

consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella, y podía transmitir su dominio”, siempre que se base en una creencia errónea excusable, mas no que se construya sobre un error evitable si se hubiese actuado con diligencia normal según las circunstancias del caso (DIEZ-PICAZO, 2002, p. 130).

En la jurisprudencia la usucapión suple fundamentalmente la falta de titulación del transmitente o el defecto de la titularidad del transmitente en la venta de cosa ajena y los defectos de capacidad del transmitente. No sirve de justo título la donación de inmueble que consta en documento privado por ser absolutamente nula dada la solemnidad inobservada, tampoco el título fiduciario (ALVAREZ, 2015, p. 174); esta doctrina ve con suspicacia una sentencia del 17 de julio de 1999 que considera que “la falta de pago del precio total de la compraventa no impide que sirva de justo título para la usucapión” (ALVAREZ, 2015, p. 174), suspicacia que compartimos.

En efecto, “la adquisición a *non domino* es el supuesto típico de una usucapión. Convierte una adquisición a *non domino* en efectiva y verdadera adquisición. Si así no fuera, el adquirente y sus causahabientes quedarían siempre expuestos a la acción del *versus dominus* o de sus sucesores”; cumpliendo así la usucapión su “función sanatoria” (DIEZ-PICAZO, 2007, p. 737).

En cuanto a la ocasión de la buena fe del usucapiente, se ha tomado distancia de la tradición romanista tanto a nivel jurisprudencial (STS de 26 de diciembre de 1910, 25 de enero de 1945 y 28 de marzo de 1961, 14 de octubre de 2003) como doctrinario, en el sentido de que es indispensable que la buena fe esté presente durante todo el lapso de la usucapión ordinaria (ALVAREZ, 2015, p. 175), esta tendencia que deja de lado el *mala fides superveniens non nocet* la confirma BRUTAU (1989, p. 114).

IV. EL JUSTO TÍTULO EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN LA DOCTRINA DEL PERÚ

En el artículo 539 del Código Civil de 1852 se definió al justo título como “toda causa bastante para transferir el dominio, según los modos establecidos en este Código”. Los codificadores de 1936 y 1984 soslayaron su definición dejando esa labor a la doctrina, la cual desde siempre subrayó conforme con la tradición romanista que no se reduce al instrumento, sino que es el acto jurídico que transfiere propiedad, pero cuyo otorgante no es el propietario de la cosa (CASTAÑEDA, 1965, pp. 311 y 312). Esta doctrina es secundada sin más añadiduras por MAISCH VON HUMBOLDT (2015, p.54).

ARIAS SCHREIBER-PEZET considera que el justo título es un instrumento legal destinado a transmitir la propiedad que sería perfecto de no mediar una circunstancia propia del enajenante que obstaculiza la efectividad de la transfe-

rencia (2006, p. 261), que no tiene la virtud de constituir la adquisición de la propiedad, por tanto, para sanear este vicio se recurre a la prescripción adquisitiva (RAMÍREZ CRUZ, 2016, p. 195).

Según GONZÁLES:

El justo título será cualquier acto o negocio jurídico a título particular (no universal, como la herencia), cuya finalidad sea la transferencia de la propiedad, siempre que sea válido, por lo que su único defecto está circunscrito a la falta de poder de disposición del transmitente. Por tal motivo el defecto del título será subsanado a través de la posesión con buena fe por el plazo correspondiente (2013, p. 1158).

El justo título debe ser un acto jurídico válido, siendo indiferente que el transmitente sea el real propietario, porque precisamente este defecto es el que justifica recurrir a la prescripción adquisitiva, de lo contrario no habría necesidad de ella (CASTAÑEDA, 1965, p. 311). ARIAS SCHREIBER-PEZET precisa que el justo título a) debe ser un acto traslativo de propiedad, b) exento de nulidad absoluta, en este caso no sería justo; c) real, se descarta los títulos putativos; y d) debe probarse, no presumirse (2006, pp. 261 y 262).

Para GONZALES BARRÓN el justo título debe ser a) verdadero, es decir, se desecha el título putativo o aparente por ser falso o inexistente como pasa con quien posee como aparente heredero en virtud de un testamento revocado o quien tiene un título que no corresponde al bien que se está poseyendo; y b) válido, esto es libre de nulidad o ineficacia radical, por tanto, los actos anulables sí cumplen con este requisito gracias a la provisionalidad de su validez mientras no se les deje sin efecto judicialmente (2013, pp. 1160 y 1161).

Una doctrina minoritaria con un halo marcadamente positivista que no compartimos considera que la validez no es un requisito del justo título porque nuestro Código Civil no ha definido ni mucho menos ha enunciado esta exigencia, denuncia una “mala conceptualización” jurisprudencial en la medida que este requisito “no tiene un asidero jurídico escrito”; sin embargo, sí admite que debe ser un acto verdadero que transmita propiedad sin que el transmitente sea el propietario, deja fuera entonces a los títulos falsos, simulados y los putativos (RAMÍREZ CRUZ, 2016, pp. 197 a 198).

En efecto, no constituyen justo título los actos jurídicos nulos (donación de inmueble en instrumento privado), pero sí los anulables (se cita el ejemplo de los actos llevados a cabo por los incapaces relativos, hoy deberíamos decir según el código civil vigente, actos hechos por quienes tienen capacidad de ejercicio restringida), tampoco lo son dada su naturaleza meramente declarativa, la transacción, el título supletorio, sentencias declarativas, el título *pro herede* —de heredero—; como tampoco lo es el título putativo por ser inexistente por mucho que crea en su existencia e ignore la realidad el poseedor, como el legatario que no

está enterado que su legado fue revocado (CASTAÑEDA, 1965, pp. 311–313) o el comprador que adquiere un lote en una urbanización y por error toma posesión en un lugar distinto (ROMERO, p. 161).

Según CASTAÑEDA son justos títulos la permuta, el aporte societario, la adjudicación en pago, la transacción cuando no es solamente declarativa, la partición entre condóminos que en buena cuenta es una permuta, los legados (CASTAÑEDA, 1965, p. 312), doctrina de la cual hace eco ARIAS SCHREIBER-PEZET (2006, p. 261). Sin embargo, GONZALES BARRÓN considera que la partición no es un justo título porque solo constata un derecho preexistente, ni los contratos preparatorios, el contrato con reserva de propiedad o sujeto a condición porque en ninguno se ha materializado la transmisión de la propiedad; tampoco es justo título la puesta en posesión efectuada en el marco de la Ley de Reforma Agraria porque no vieron la culminación del procedimiento expropiatorio por lo que no se llegó a constituir un título de propiedad. Sí son justo título el auto de adjudicación de un remate o la transacción, salvo en caso de controversia (2013, pp. 1159 a 1160).

Según ROMERO, “la buena fe está íntimamente vinculada al justo título, sin este no puede servir en la prescripción corta”, consiste en “que el poseedor tenga el convencimiento que adquirió de quien tenía facultad para enajenar”, en nuestro ordenamiento donde el sistema registral de la propiedad inmueble no es constitutivo, es decir, donde conviven títulos de propiedad inscritos y no inscritos, la publicidad registral tiene un rol decisivo para la determinación de la buena fe. Así se aprecia en una antigua ejecutoria sobre reivindicación que data del 6 de abril de 1951, donde se estableció que carecen de buena fe los poseedores de un bien que, por estar inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble, se conoce que es propiedad ajena (ROMERO, p. 161), entonces, obra de buena fe el poseedor que ignora el vicio que acompaña la adquisición (PALACIO, p. 220).

Incluso, AVENDAÑO VALDEZ propuso en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936 el siguiente texto legal:

Artículo 43.—La propiedad de los inmuebles registrados se adquiere mediante la posesión continua, a título de propietario, durante diez años. La de los inmuebles no registrados puede también adquirirse mediante la posesión continua, a título de propietario, durante cinco años con justo título y buena fe (REVOREDO, 1985, p.913).

Sin embargo, este texto no llegó a ser incorporado en el Código Civil vigente, pero nótese la idoneidad de la proyectada opción legislativa que delimita la prescripción ordinaria al ámbito de los bienes no registrados y guarda coherencia con el principio de publicidad registral cobijado en el artículo 2012 del Código Civil de 1984, en virtud del cual se presume *iure et de iure* que todos conocen lo que está inscrito en el registro, este principio se enlaza fuertemente con la regu-

lación de la presunción de buena fe del poseedor, la misma que naturalmente no favorece a quien posee un bien inscrito en el registro a nombre de otro (artículo 914), así se entendería sin ambages que no se puede usucapir invocando justo título inmuebles inscritos en registros a nombre de terceros.

De la combinación del principio de publicidad registral y de la presunción de buena fe en su faz negativa se extrae una premisa meridianamente clara: no se puede alegar buena fe cuando se adquiera y se posea un bien que el registro publicita que no le pertenece al transmitente, sin buena fe no hay justo título y sin justo título no hay usucapición ordinaria. Entonces, la ruta segura del poseedor hacia la propiedad en medio de predios registrados es la usucapición larga o extraordinaria. Existe doctrina que ha reconocido también este obstáculo para usucapir ordinariamente predios inscritos por efecto del artículo 914 del Código Civil (AVENDAÑO & AVENDAÑO, 2017, p. 89).

En cuanto a la buena fe y al momento en que es relevante que exista, explica GONZÁLES:

No se requiere solamente la “buena fe creencia” sino se apunta a la “buena fe-diligencia”, la buena fe no debe basarse en un error inexcusable en razón del deber social de actuar con diligencia; la duda equivale a la mala fe, según las circunstancias del caso concreto, incluso conforme al artículo 907 CC la buena fe dura mientras las circunstancias permitan al poseedor creer que posee legítimamente o hasta que sea citado en juicio; es decir, no seguimos el *mala fides superveniens non nocet*, en nuestro ordenamiento la mala fe sobreviniente varía la calificación de la posesión (2015, p. 280).

V. JURISPRUDENCIA QUE CONFUNDE PRESCRIPCION CON JUSTO TÍTULO (*A NON DOMINO*, VALIDO E INEFICAZ) Y PRESCRIPCION CON TÍTULO (*A DOMINO*, VALIDO Y EFICAZ)

La jurisprudencia peruana revela una tendencia reiterada a equiparar el justo título con cualquier título traslativo de dominio que ostente el poseedor, aun cuando se trate de un título otorgado por el *verus dominus*, válido y eficaz. Este error hermenéutico genera una distorsión grave en la estructura de la prescripción adquisitiva ordinaria, que, conforme al artículo 950 del Código Civil, requiere justo título y buena fe para que la propiedad sobre inmuebles sea adquirida por el usucapiente en cinco años.

V.1. CASACIÓN 529–2021 AMAZONAS

En esta ejecutoria la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema señala:

Así, la prescripción corta debe contar con un periodo mínimo de 5 años, siempre y cuando —lo establece la norma— se cuente con justo título y buena fe, de forma que dicha disposición normativa expresamente permite que el beneficiario pueda sanear cualquier irregularidad en el título por medio de la usucapión que se consolida con la buena fe, y de esta forma fortalece el título y lo limpia de posibles defectos que pudiera tener (2024).

Nótese que se amplifica la función saneadora de la prescripción adquisitiva ordinaria “a cualquier irregularidad en el título”, rebasando la dimensión de la carencia de titularidad del transferente que es lo único que viene a saldar la prescripción corta.

Este es un caso en el que la demanda es interpuesta el 21 de mayo de 2013, por una persona y su esposa, que compraron mediante escritura pública del 22 de diciembre del 2007, los derechos y acciones que sus otros seis hermanos tenían sobre un inmueble no registrado, que todos habían adquirido por efecto de la sucesión intestada de su extinta madre y por el testamento de su extinto padre, solicitaron además que su derecho se inscriba (mejor dicho, se inmatricule) en el registro.

La Corte Suprema, al igual que el juez y la sala civil, consideran que los demandantes han probado contar con justo título “mediante el testimonio de compraventa de acciones y derechos con la cual sustentan su creencia honesta y legal de título válido y buena fe”; y cumplido el plazo de 5 años, conforme al artículo 950 del código civil, está corroborada la prescripción adquisitiva corta.

Claramente, los demandantes (ex copropietarios y coherederos indivisos) tienen un título *a domino*, otorgado por los demás copropietarios que les transfirieron sus alícuotas, las cuales fueron adquiridas intestada y testamentariamente porque fueron propiedad de sus progenitores, de este modo los demandantes se convirtieron en los propietarios de la totalidad del bien a través de una compraventa otorgada por quienes eran los propietarios del bien, de forma válida y eficaz, y que por lo tanto, no es un justo título; en este caso, si de prescripción adquisitiva queremos hablar, tendríamos que hacerlo respecto de la prescripción de quien tiene un título conferido por el *verus dominus*, que también puede transitar la ruta de la usucapión para consolidar su derecho, pero la extraordinaria, la que no requiere justo título.

Sin embargo, nótese la grave incongruencia de lo decidido, se ampara una demanda de usucapión ordinaria considerando que es justo título un título *a domino*. Es más, en el caso de marras, no habría lugar ni siquiera para la usucapión extraordinaria, porque el lapso posesorio *ad usucapionem* identificado está comprendido entre los años 2007 (compraventa de las alícuotas) y 2013 (demanda), es decir, no se cumplió el plazo decenal que exige el artículo 950 del Código Civil, que recién se alcanzaría en 2017.

Entonces, ¿cuál sería el camino a seguir? Los demandantes en vano buscaron una sentencia judicial que les sirviera de título para que su derecho de propiedad acceda al registro, porque ya tenían en sus manos la escritura pública (2007) de compraventa conferida por los verdaderos propietarios, la cual en el año 2013 tenía una antigüedad mayor a cinco años; de modo que pudieron solicitar directamente ante el registrador público la inmatriculación de ese título *a domino*, sin necesidad de embarcarse en un proceso de prescripción adquisitiva ordinaria que, teórica y normativamente, no tiene la aptitud de sanear cualquier irregularidad de un título dominical, sino únicamente la falta de legitimidad del transferente, cubierta por la buena fe del adquirente, más el plazo quinquenal establecido por la ley.

V.2. CASACIÓN 2782–2018 CUSCO

En esta ejecutoria de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema:

Se pronuncia en relación a un caso donde el demandante y su esposa alegan que su justo título es una compra venta de fecha uno de octubre de 1985, otorgado por unos hermanos, quienes son los auténticos propietarios del bien, minuta elevada a escritura pública imperfecta (otorgada por un juez de paz, conforme a una ley actualmente derogada), con fecha 5 de diciembre de 1986, según relata el demandante este persigue a través de la usucapión corta formalizar el derecho de propiedad en virtud a su posesión, que supera los 28 años con buena fe y justo título (2020).

Ahora bien, salta a la vista que el título del demandante no calza en la noción de justo título como acto traslativo *a non domino* de buena fe, pues más bien se trata de una enajenación hecha por sus verdaderos propietarios; sin embargo, parece que para el juez especializado a la hora de sentenciar lo único relevante es comprobar que el demandante de la usucapión ordinaria acredite tener un título adquisitivo, aunque en esencia no sea un justo título.

La Sala Civil revoca el fallo de primera instancia declarando improcedente la demanda porque considera que el demandante carece de interés para obrar, puesto que pretende prescribir un inmueble del cual ya es propietario en virtud de un título válido y eficaz. Al respecto subrayemos que, en efecto, si el demandante exhibe un título válido y eficaz, entonces carece de justo título, el cual es exactamente lo contrario: un título válido e ineficaz; no obstante, no creemos que se debió emitir un pronunciamiento inhibitorio, sino que se debió aplicar el *iura novit curia* para enderezar la pretensión incorrectamente fundamentada hacia el debate y la probanza de la usucapión larga, pues el demandante dice tener 28 años de posesión.

Al respecto, en sede casatoria se indica:

DECIMO QUINTO: Debe relievase que la posición asumida por la Sala Superior al declarar improcedente la demanda por el hecho que el demandante cuenta con un documento que lo acredita válidamente como propietario ya fue superada hace mucho tiempo en la jurisprudencia nacional y sobre todo a nivel de las Salas Civiles de la Corte Suprema, debiendo entenderse que en estos casos la pretensión de prescripción adquisitiva postulada debe ser el medio necesario no solo para obtener una sentencia declarativa que así lo ratifique, sino también para que el actor tenga la posibilidad de acceder al registro y formalizar de esta forma su derecho de propiedad y que este no quede como un derecho oculto, sino que más bien se haga publicidad del mismo (2020)

Finalmente, la Corte Suprema equipara la noción de título (*a domino*, válido y eficaz) con la de justo título (*a non domino*, válido e ineficaz), casa la sentencia de vista anulándola, porque considera que el demandante posee con justo título al haber adquirido el inmueble con la minuta de compraventa elevada a escritura pública imperfecta (5 de diciembre 1986), otorgada por sus reales propietarios, quienes incluso en calidad de vendedores, al contestar la demanda, no han negado ni tachado dicho instrumento público; además considera que los demandantes han actuado siempre con *animus domini*, pagado el impuesto predial y su posesión *ad usucapionem* ha sido respaldada por la versión de los testigos.

Cuestionable el planteamiento del caso y el encuadramiento judicial deficiente, realizados de espaldas a lo que esencialmente significa el justo título como llave que abre la puerta de la prescripción ordinaria, la misma que ha sido aplicada cuando no correspondía hacerlo, en todo caso, la ruta a seguir era la de la prescripción adquisitiva larga o extraordinaria que finalmente termina siendo calificada como una usucapión corta bajo un título válido y eficaz disfrazado de justo título.

V.3. CASACIÓN N.º 1017–2019 LA LIBERTAD

En esta ejecutoria La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema decide un caso en el que:

Se demanda la usucapión extraordinaria, pero en virtud del *iura novit curia* se adecúa a una usucapión ordinaria porque se considera que los demandantes cuentan con justo título, consistente en una Escritura Pública de Compraventa, los vendedores a su vez adquirieron la propiedad también mediante una Escritura Pública de Compraventa de manos de sus anteriores copropietarios, quienes lo adquirieron mediante una permuta, que consta en una minuta otorgada por la Municipalidad de Trujillo, titular registral del bien objeto de usucapión (2019).

Es decir, los demandantes acreditan impecablemente el largo y sinuoso tracto sucesivo en el que se inserta su compraventa hasta llegar al titular registral, donde se originó su cadena de propietarios, todos reales y auténticos adquirentes de la propiedad, indudablemente la adquisición de la demandante no es un acto válido e ineficaz que importe un justo título (acto traslativo *a non domino* de buena fe), sino todo lo contrario se ha comprobado indubitadamente que la demandante cuenta con un título traslativo válido y eficaz (acto traslativo *a domino*); no obstante, erróneamente se le califica como justo título para amparar la usucapción corta, con el agravante de que vía *iura novit curia* se modificó la fundamentación jurídica de una demanda de prescripción extraordinaria, respecto de la cual si no se satisfacía el plazo decenal, no correspondía declarar propietaria a la demandante.

Precisamente, la titular registral demandada (entidad municipal) se defendió alegando que no se cumplía el requisito de los 10 años ininterrumpidos de la posesión *ad usucapionem*; sin embargo, la controversia es desviada hacia la corroboración del justo título y el plazo de 5 años para amparar la demanda mutando la modalidad jurídica hacia la prescripción ordinaria vía *iura novit curia*, porque “la citada Escritura Pública de Compra Venta de Inmueble Urbano, de fecha nueve de setiembre del dos mil tres, se trata de un título traslativo de dominio real y efectivo que versa sobre el bien sub litis, cuyo origen deriva de una trasferencia válida efectuada por la propia municipalidad demandada (Minuta de Permuta, de fecha diez de julio de mil novecientos noventa y cinco)”(2020).

V.4. CASACIÓN N.º 2528–2017 LIMA NORTE

En esta ejecutoria se ventila un caso en el que:

Los demandantes plantean la usucapción ordinaria por cuanto alegan poseer con justo título por más de 50 años un predio que le fue adjudicado a su padre durante la reforma agraria. Al que califican como justo título es al título de propiedad número 7317-80 de fecha quince de julio de 1980, otorgado por el Ministerio de Agricultura y Alimentación mediante la Dirección General de la Reforma Agraria y Asentamiento Rural, en virtud del cual su padre adquirió el bien, pero nunca se efectuó la inscripción registral por descuido de su padre en la regularización registral (2018).

En este caso los demandantes califican como justo título a un acto traslativo *a domino*, es el gobierno el propietario del bien expropiado, este propietario adjudica dicho bien a un particular, este no inscribe su título al igual que miles de beneficiados como él en esa época, si luego fallece entonces sus herederos podrían intentar claramente una usucapción larga o extraordinaria, pero no aque-

lla que requiere un acto traslativo *a non domino* (justo título), porque simple y llanamente un título adquisitivo *a domino* no es un justo título.

El Juzgado Civil y la Sala Civil, desvían el análisis de fondo hacia unas sentencias inhibitorias bajo el argumento de que es imposible jurídicamente prescribir bienes estatales de dominio privado, conforme a la Ley número 29618 del 23 de noviembre de 2010, que declaró imprescriptibles estos bienes; sin embargo, este razonamiento obvia que la teoría general del Derecho enseña que la ley no surte efectos hacia el pasado, por lo que si los requisitos de la prescripción adquisitiva se han consumado antes de la entrada en vigencia de la ley 29618, esta no neutraliza la posibilidad de su declaración judicial.

En efecto, luego la Corte Suprema deja sin efecto estos fallos y ordena pronunciarse sobre el fondo, haciendo alusión a que debe verificarse si los requisitos de la usucapión larga se han cumplido antes de la entrada en vigencia de la ley 29618; sin embargo, recuérdese que en la demanda se invocó la usucapión ordinaria alegando justo título y buena fe. Confusiones evitables que surgen por no hacer el planteamiento idóneo de una demanda de usucapión cuando se comete el grave desliz de equiparar justo título a cualquier título adquisitivo que tenga en sus manos el usucapiente.

Lo que sí tiene claro la jurisprudencia es que no califica como justo título el acto que trasmite posesión, en la Casación N.º 61-2018 Lima, mediante la cual la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema señaló que:

Los demandantes pretenden ser declarados propietarios en virtud de la usucapión ordinaria exhibiendo como justo título un contrato privado de transferencia de posesión, suscrito con fecha nueve de febrero de 1991 y uno por su anterior poseedora, quien les hizo la entrega física del predio y declaró que conduce el predio desde hace 12 años como agricultora conforme a la Certificación N.º 015-86 de fecha 25 de septiembre de 1986, otorgada por la Administración Técnica del Distrito Agropecuario de Chosica (2020).

La sentencia de primera instancia confunde la noción de justo título (acto traslativo *a non domino* de buena fe) con un mero título posesorio (acto de transmisión de posesión) y ampara la demanda, naturalmente, la sentencia de vista revoca el fallo centralmente porque el demandante no cuenta con justo título, pues el documento que escolta la demanda no transfiere propiedad, solo traslada derechos posesorios, además de otros argumentos. Finalmente, la Corte Suprema, después de definir al justo título apoyándose en una ejecutoria pasada, la 3323-2013 Lima, correctamente confirma el fallo de segunda instancia, pues no se ha cumplido con el requisito del justo título para usucapir ordinariamente.

Aquí la falencia radica en la errónea invocación de un título adquisitivo de posesión como si fuese un justo título para usucapir, efectuado negligentemente por el abogado de la parte demandante, que llega a hundir en el error al juez civil en la sentencia de primera instancia, que ampara la demanda, decisión enmendada correctamente por la Sala Civil, secundada por la Corte Suprema, instancias que deciden tomando en consideración el auténtico contenido conceptual del justo título, el ser un acto que transmite propiedad, mas no posesión, además de ser *a non domino* y de concurrir la buena fe en el adquirente.

VI. EL COSTO DE LA CONFUSION: INSEGURIDAD JURÍDICA

Estas ejecutorias supremas son la muestra de que ni los conceptos más antiguos escapan de las marañas de la jurisprudencia, el justo título, que es la llave que abre las puertas de la prescripción adquisitiva corta, es uno de ellos. Desde el derecho romano se le reconoce como un acto traslativo *a non domino* de buena fe, es decir, un acto donde el transmitente no es el titular del derecho de propiedad, precisamente es la usucapión la que sana esta carencia de legitimidad del enajenante, provocando la adquisición originaria de la propiedad en un plazo más breve; no obstante, se aprecia en el filón jurisprudencial revisado que los jueces consideran como justo título a la compraventa otorgada por los auténticos propietarios (Casación 529 – 2021 Amazonas, 2024), (Casación 2782-2018 Cusco, 2020), (Casación N.º 1017-2019 La Libertad, 2019); incluso para los abogados un título de propiedad otorgado en la Reforma Agraria es también un justo título (Casación N.º 2528-2017 Lima Norte, 2020).

Al mismo tiempo, se dice en la jurisprudencia que la prescripción adquisitiva corta “permite que el beneficiario pueda sanear cualquier irregularidad en el título por medio de la usucapión que se consolida con la buena fe, y de esta forma fortalece el título y lo limpia de posibles defectos que pudiera tener (Casación 529 – 2021 Amazonas, 2024), rebasando la dimensión de la carencia de titularidad del transferente, que es lo único que solventa la prescripción corta; es decir, no solo se confunde prescripción con justo título y prescripción con título *a domino*, válido y eficaz, pero de pronto inidóneo para acceder al registro; sino que además se establece una equivalencia con aquella en la que el usucapiente podría llevar en la mano un título que tenga cualquier irregularidad, cualquier defecto posible, en otras palabras, se argumenta que a través de la usucapión ordinaria se califica como justo título, títulos nulos o ineficaces en sentido amplio; pero claramente esto es harina de otro costal —este costal es el de la usucapión decenal que no requiere ni justo título ni buena fe—.

Mimetizar justo título y título *a domino* —incluso, nulo o ineficaz en sentido amplio—, implica extender indebidamente la función saneadora de la usucapión ordinaria a supuestos incompatibles con ella, esto desnaturaliza la razón de ser del instituto, fomentando su disfuncional aplicación a casos en los que si se necesita consolidar una situación jurídico real proveniente de un título *a domino*, válido y eficaz, pero por sí mismo inoponible *erga omnes* (no inscribible, por ejemplo) o incluso nulo, debería acreditarse el plazo prescriptorio más largo, porque el demandante no lleva al proceso un justo título.

Es más, debería pensarse dos veces antes de demandar la prescripción adquisitiva si se tiene un título *a domino*, válido y eficaz, pero por sí mismo inoponible *erga omnes*, porque es una posibilidad que en realidad se carezca de interés para obrar, si ya se tiene la propiedad adquirida en minuta de compraventa suscrita por el verdadero propietario, correspondería ir al más expeditivo proceso de otorgamiento de escritura pública, o si acaso se tiene una escritura pública con una antigüedad mayor a cinco años, en virtud de la cual se ha adquirido la propiedad del *verus dominus*, respecto de un bien que no ha accedido al registro, esto abre otras rutas más efectivas y céleres para que gane oponibilidad el título de propiedad, como la del procedimiento registral de inmatriculación, a través del cual será bien recibido en el registro público el derecho del propietario, para iniciar el historial registral del bien, sin tener que caminar incontables años en los pasillos del poder judicial. En estos casos, sería viable la prescripción extraordinaria si no hay más chance que acudir a ella.

VI.1. JUECES Y *IURA NOVIT CURIA* EN MEDIO DE LA CONFUSIÓN

El nuestro es un sistema donde los jueces están sometidos a la ley y la Constitución, si el Código Procesal Civil (1993) desde hace más de tres décadas regula el *iura novit curia* como un deber judicial (Art. VII del título preliminar) y el Código Civil (1984) hace más de cuatro décadas enunció que es una obligación (Art. VII del título preliminar); entonces, que al día de hoy, ante una demanda en la que erróneamente se invoque la prescripción adquisitiva ordinaria en lugar de la extraordinaria, o viceversa, los jueces civiles duden que son ellos quienes deben proceder a aplicar la norma correcta, significa que no se tiene en claro el norte de su trascendental función como únicos e insustituibles responsables de solucionar jurídicamente las controversias que se llevan a sus despachos, se olvida que es el juez y nadie más que él, quien podrá resolver de forma definitiva un caso de esta índole.

Es preocupante que en la praxis se siembren dudas relativas a la implementación de este deber judicial, especialmente en materias donde el error de subsunción es notorio, como ocurre con las demandas de prescripción adquisitiva de dominio en las que el demandante invoca erróneamente la modalidad ordinaria

en lugar de la extraordinaria, o viceversa. La práctica evidencia que, en lugar de corregir la calificación jurídica, algunos magistrados prefieren declarar improcedente la demanda por falta de conexión lógica entre los hechos y el petitorio —hay ciertamente una desconexión, pero entre los hechos alegados y el fundamento jurídico invocado—, obviando necesidad de reconducir la pretensión hacia la fundamentación jurídica correcta. Este proceder desconoce la naturaleza del *iura novit curia*, que no implica alterar los hechos ni vulnerar el derecho de defensa, sino reencauzar judicialmente los supuestos fácticos probados hacia la norma que directamente resuelve la controversia en lugar de la equivocadamente invocada en la demanda, garantizando el contradictorio.

El juez, al abstenerse de aplicar el *iura novit curia*, abdica de su función de garante del derecho objetivo, la jurisdicción civil se legitima por la aplicación razonada e independiente del Código Civil, conforme a los hechos probados del proceso. El *iura novit curia* tiene, en consecuencia, un valor institucional que trasciende la mera técnica procesal: constituye una garantía de la tutela jurisdiccional efectiva, pues asegura que el proceso culmine con la aplicación del derecho pertinente al caso concreto, evitando que en las decisiones judiciales cale el equivocado planteamiento jurídico del caso efectuado en la demanda. Cerrar las puertas de los tribunales en lugar de aplicar el *iura novit curia*, sin modificar los hechos ni cercenar el derecho de defensa, fomenta la inseguridad jurídica, desnaturaliza la función jurisdiccional y consolida prácticas que debilitan la confianza ciudadana en la justicia civil.

Subráyese que, si bien es cierto, desde el punto de vista procesal, es necesaria la implementación del *iura novit curia* para aplicar la usucapión corta en lugar de la extraordinaria; no obstante, lo más importante es la verificación del justo título, esto es lo primero que se debe hallar en el relato fáctico y el material probatorio para hacer el viraje hacia la usucapión ordinaria y desplazar a la extraordinaria del análisis judicial. Una cosa es adecuar el fundamento jurídico de la pretensión por efecto del *iura novit curia* para no declararla improcedente y otra muy distinta es la corroboración del fundamento jurídico —donde el justo título sería el pivote— de la pretensión corregida, una cosa no lleva necesariamente a la otra. El *iura novit curia* no debería arrastrar automáticamente la demanda hacia la sentencia que la declare fundada, si no hay justo título, no hay usucapión corta.

VI.2. ABOGADOS Y MAYOR DILIGENCIA PROFESIONAL PARA EVITAR LA CONFUSIÓN

La construcción de la tutela jurisdiccional efectiva comienza con una demanda bien planteada, el *iura novit curia* constituye una garantía de corrección

judicial, no un acicate para la negligencia de los abogados. Su función es asegurar la aplicación de la norma pertinente al caso concreto, no sustituir el deber profesional del abogado en la adecuada fundamentación jurídica de la pretensión. En consecuencia, este principio no exonera al abogado de su deber de formular con precisión técnica la demanda, especialmente cuando se trata de instituciones de cierta complejidad conceptual como la prescripción adquisitiva ordinaria y extraordinaria, donde la distinción entre justo título (*a non domino*, válido e ineficaz) y título *a domino* (válido y eficaz) resulta decisiva.

Cuando el abogado ofrece como justo título un acto jurídico traslativo otorgado por el verdadero propietario, no solo se incurre en un error conceptual, sino en una infracción al deber de diligencia profesional, pues se omite inexcusablemente analizar que dicho título no es uno *a non domino* y, por tanto, no puede servir de fundamento a la usucapción ordinaria, y que, en todo caso, si no es oponible *erga omnes*, lo que procede es demandar la prescripción extraordinaria para consolidar la situación jurídica real que surge de dicho título, y, con mayor razón, si se tiene un título nulo o que adolece de cualquier otra patología que no tenga nada que ver con la falta de titularidad del enajenante.

Aceptar que el *iura novit curia* fomenta esta negligencia profesional implicaría desnaturalizar la esencia de la labor del abogado. Este deber judicial no fue concebido para reparar errores básicos de calificación jurídica atribuibles a la falta de preparación o rigor dogmático jurídico del abogado. Si la judicatura asume como regla general la obligación de corregir sistemáticamente los defectos en la argumentación jurídica de las demandas, se estaría fomentando una peligrosa cultura de mediocridad jurídica, debilitando la función profesional del abogado como colaborador de la justicia. El abogado debe entender que la distinción entre justo título y título *a domino* no es una sutileza académica, sino la frontera estratégica que separa dos casos distintos, que tienen fundamentación distinta, requisitos y materia probatoria distintos también.

Si el poseedor tiene un título *a domino*, válido y eficaz que consta en un contrato privado o minuta, es prioritario analizar la posibilidad de demandar el otorgamiento de escritura pública; si ya se tiene una, pero no tiene antecedente registral, debe evaluarse si es viable realizar el procedimiento de inmatriculación ante registros públicos; descartándose del diagnóstico de este tipo de caso, como primera y única opción, la prescripción adquisitiva en cualquiera de sus formas.

Si se tiene un título *a domino*, válido y eficaz, pero que no se puede inscribir porque en el tracto sucesivo anotado en el registro, no se ha incorporado el eslabón del transferente, y por eso se necesita la sentencia de la usucapción como título para cancelar el asiento del antiguo dueño e inscribir sin obstáculos el derecho propio, como fruto de la usucapción; o si quizá el título adolece de alguna patología funcional o estructural que lo inutiliza para ser fuente derivativa del

derecho de propiedad; entonces lo que corresponde es demandar la prescripción adquisitiva extraordinaria, porque no se tiene un justo título.

Por ello, la lección para los abogados es clara: el *iura novit curia* no es un sustituto de la técnica jurídica, ni un instrumento para suplir deficiencias argumentativas. Su deber no consiste en demandar, sino en elaborar una demanda con la correcta identificación del tipo de usucapión aplicable al caso concreto. La mayor diligencia profesional en la elaboración de la demanda exige que el abogado no dependa del cumplimiento del deber del juez para corregir sus yerros, sino en la solidez dogmática de su planteamiento.

En suma, el abogado civilista debe recordar que su rol en el proceso no es el de un mero intermediario formal, sino el de intérprete técnico del ordenamiento. Su actuación es la primera garantía de eficiencia del sistema. Por tanto, invocar el *iura novit curia* como excusa para la negligencia profesional es una forma velada de erosionar el Estado de Derecho, pues traslada a los jueces la carga de la diligencia que corresponde a quien ejerce la abogacía. Solo cuando los abogados asumen con rigor conceptual la diferencia entre justo título y título *a domino*, y formulan sus demandas con la mayor diligencia profesional, puede la judicatura cumplir efectivamente su papel de aplicar el derecho pertinente, no de suplir el desconocimiento de quienes piden justicia proyectando calificaciones jurídicas erróneas.

VI. CONCLUSIONES

I. En esencia el justo título es un acto jurídico que implica básicamente tres componentes 1) una transferencia de propiedad, 2) el transmitente no es el verdadero propietario (*verus dominus*) y 3) el adquirente obra de buena fe; entonces, el justo título es un acto traslativo *a non domino* de buena fe. Este perfil del justo título es el que se ha mantenido invariable desde el derecho romano hasta la actualidad en los sistemas del *civil law*.

II. Existen algunas variantes en la noción de justo título en los ordenamientos jurídicos del *civil law*, como lo atinente al momento en el que debe estar presente la buena fe, donde Francia se ha mantenido fiel al principio *mala fides superveniens non nocet*, en Italia mayormente se piensa en el momento de la adquisición de la posesión, en España como en nuestro ordenamiento no seguimos aquel principio.

III. Sin embargo, más allá de los matices, en todos los ordenamientos está categóricamente establecido que sin buena fe no hay justo título, la buena fe es un elemento estructural del justo título, en ese sentido, en el ordenamiento peruano, su invocación es propicia respecto de predios no registrados donde no existe la presunción *iure et de iure* de la publicidad registral (art. 2012 CC) ni el desfavorecimiento de la presunción de buena fe sobre predios inscritos (art. 914), como obstáculos de su aplicación.

IV. En la jurisprudencia existen pronunciamientos que confunden la noción de justo título con la de cualquier título que tenga el usucapiente, aunque este sea *a domino*, válido y eficaz, esta confusión en la praxis forense y judicial es grave, porque puede dar lugar a que casos de prescripción adquisitiva que deberían seguir la ruta más larga del plazo decenal, donde la buena fe es irrelevante, podrían sustanciarse bajo el camuflaje de la prescripción ordinaria que solo requiere un plazo quinquenal donde la buena fe es crucial.

V. En todo caso, para quienes tienen títulos válidos y eficaces, pero que por sí solos no prodigan a su titular la oponibilidad y exclusividad inherente del derecho de propiedad, o, incluso, para quienes tienen títulos nulos o ineficaces en sentido amplio, siempre está la ruta más prolongada de la prescripción extraordinaria, donde el justo título no es indispensable.

VI. Indudablemente, una justicia óptima, entre otros factores relevantes, requiere de abogados y jueces que dominen las categorías conceptuales, esto da seguridad jurídica porque uniformiza el discurso llevado a los tribunales, quizá la sentencia que se expida en el XI Pleno Casatorio (2025) cuyo caso, por cierto, no tiene nada que ver con el justo título, pero se ha anunciado que este será uno de los temas abordados, sirva para que la definición de justo título, que está en las bibliotecas hace siglos, se esparza por fin en las decisiones judiciales, derramada desde el vértice más alto de la justicia civil, como precedente vinculante.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBALADEJO, M. (2004). *Derecho Civil*, Tomo III, Madrid: EDISOFER S.L.
- ÁLVAREZ, J. (1986). *Derechos reales*, Tomo I, Lima: Jurista Editores.
- ARIAS-SCHREIBER, M., CÁRDENAS C., ARIAS-SCHREIBER, A., MARTÍNEZ, E. & DELGADO A. (2006). *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, Tomo II, Lima: Gaceta Jurídica.
- ARGUELLO, L. (1998). *Manual de Derecho Romano. Historia e instituciones*. Buenos Aires: Editorial Astrea,
- AVENDAÑO, J. & AVENDAÑO, F. (2017). *Derechos Reales*, Colección lo esencial del derecho N.º 1. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- BRUTAU, P. (1989). *Compendio de Derecho Civil*, Vol. III, Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A.
- CASTAÑEDA, J. (1965). *Instituciones de derecho civil*, Tomo I, Lima: UNMSM.
- COLÍN, A. & CAPITANT, H. (1942). *Curso Elemental de Derecho Civil*, Tomo II, Volumen II. (Revista General de Legislación y jurisprudencia, trad.), Madrid: Instituto Editorial Reus.
- DIEZ-PICAZO, L. & GULLÓN, A. (1995). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Vol. III. cuarta edición. Madrid: Civitas
- DIEZ-PICAZO, L. (2007). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen III, Madrid: Editorial Arazandi

- D'ORS, Á. (1977), *Derecho privado romano*, Pamplona: Ediciones de Universidad de Navarra.
- GALLO, P. (2019), *Trattato di Diritto Civile*, Tomo III, Torino: G. Giappicheli Editore.
- GONZÁLES BARRÓN, G. (2013). *Tratado de Derechos Reales*. Tomo II. 3.^a ed. Jurista Editores.
- GONZÁLES BARRÓN, G. (2015). *La usucapión. Fundamentos de la prescripción adquisitiva de dominio*. Lima: Jurista Editores.
- GUERINONI, E. (2008). L'usucapione. En Gambaro A. & Morello U. (Eds.), *Trattato dei Diritti Reali*, Vol. I (pp. 869–829), Milano: Giuffrè Editore.
- JOSSERRAND, L. (1950). *Derecho Civil*, Tomo I Vol. III, (S. Cinchillos, trad.), Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América Bosch y Cía Editores.
- MAZEAUD, H. MAZEAUD L. & MAZEAUD J. (1960). *Lecciones de Derecho Civil*, Parte segunda, Volumen IV, (L. Alcará-Zamora, trad.), Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- MESSINEO, F. (1971). *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo III. (S. Sentis, trad.), Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- PALACIO, H. (s.f.), *Elementos de Derecho Civil*, Tomo I, Lima: Tipografía Sesator.
- PETIT, E. (1985) *Tratado elemental de derecho romano*, (J. Ferrández, trad.), Buenos Aires: Albatros.
- PLANIOL, M. & RIPERT, J. (1946). *Tratado Práctico de Derecho Civil*, Tomo III, (M. Díaz, trad.), La Habana: Cultural S.A.
- REVOREDO, D. (1985), *Código Civil*, Tomo I. Antecedentes Legislativos y Comparación con el Código Civil de 1936. Lima: Diagramación E.I.B.M. Lima.
- RIPERT, G. & BOULANGER, J. (1965). *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, Tomo VI (D. García, trad.), Buenos Aires: La Ley.
- ROMERO, E. (s.f.). *Derecho Civil. Reales*. Tomo I, Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- SACO, R. & CATERINA, R (2014). *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Il Possesso, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore.
- Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 17 de setiembre de 2025, Casación N.º 2582-2023 Santa. Prescripción Adquisitiva De Dominio (Perú).
- Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 13 de junio de 2024, Casación 529-2021 Amazonas (Perú).
- Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 12 de marzo de 2020, Casación 2782-2018 Cusco (Perú).
- Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 11 de agosto de 2020, Casación 61-2018 Lima Este (Perú).
- Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 06 de noviembre de 2019, Casación 1017-2019 La Libertad (Perú).
- Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 21 de setiembre de 2018, Casación 2528-2017 Lima Norte (Perú).

El ejercicio de la patria potestad y los terceros de buena fe: art.156 CC

The exercise of parental auth and third parties in good faith: art. 156 of the cc

por

ÁNGEL SÁNCHEZ HERNÁNDEZ

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Doctores de España
y de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España.
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de La Rioja*

RESUMEN: Tras analizar los apartados del artículo 156 CC, cabe concluir que el apartado 3 “in fine” del artículo 156 CC *tiene mucho menos alcance del que parece*. Las actuaciones individuales de un progenitor llevadas a cabo en uso de una legitimación individual dispuesta directamente o autorizada judicialmente ya vienen validadas en origen y lo que no puede llevarse a cabo por no contar con mecanismo de validez originario no cabe subsanarlo para determinar la validez del acto para proteger a los terceros de buena fe.

En definitiva, “los supuestos de los párrafos anteriores” a que alude el párrafo tercero in fine del artículo 156 CC, quedarán circunscritos a los actos del párrafo primero in fine del mismo precepto: aquellos que realiza uno solo de los progenitores “conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad”.

ABSTRACT: *After analysing the different sections of article 156 CC (Civil Code), it can be inferred that the section 3 of article 156 CC (in fine) has much less significance than it would seem. The individual actions carried out by a parent, using an individual legitimization regulated or authorised by a judge, are already validated originally, and what it can not be made because of the absence of the initial valid requirement and it can not be offset in order to determine the validity of the action to protect the disinterested party.*

To sum up, the hypothetical cases which are mentioned in the third paragraph of article 156 (CC), are reduced to the actions contained in the first paragraph of the same precept: those who are carried out by one a parent “according to social custom and circumstances or in urgent situations”.

PALABRAS CLAVE: Ejercicio patria potestad terceros de buena fe.

KEYWORDS: *Exercise of parental auth by third parties in good faith comprobar.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.—II. DISPOSICIÓN GENERAL SOBRE LA PATRIA POTESTAD: ART. 154 DEL CC. II.1. CONCEPTO. II.2. LA PATRIA POTESTAD COMO RESPONSABILIDAD PARENTAL (ART. 154.2 CC). II.2.A. *La patria potestad se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad.* II.2.B. *La patria potestad se ejercerá con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.* II.3. DEBERES Y FACULTADES QUE COMPRENDE LA PATRIA POTESTAD (ART. 154.3). II.3.A. *Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.* II.3.B. *Representar a los hijos y administrar sus bienes.* II.3.C. *Es función de los progenitores titulares de la patria potestad decidir el lugar de residencia habitual de los hijos menores no emancipados.* II.4. LA AUDIENCIA A LOS HIJOS O HIJAS SI TUVIERAN SUFICIENTE MADUREZ. (ART. 154.4 CC.).—III. ACTOS AUTORIZADOS POR UNO DE LOS PROGENITORES Y LOS TERCEROS DE BUENA FE: ART. 156 del CC. III.1. LA REGLA GENERAL DEL ARTÍCULO 156 CC. III.2. EXCEPCIONES AL EJERCICIO CONJUNTO DE LA PATRIA POTESTAD PREVISTAS EN EL ART. 156 CC. III.3. RESPECTO DE LOS TERCEROS DE BUENA FE: EL CONSENTIMIENTO PRESUNTO DEL OTRO PROGENITOR. III.4. LA EXTENSIÓN DE LA PRESUNCIÓN DEL ARTÍCULO 156.3 “IN FINE” A OTROS SUPUESTOS INCARDINADOS EN LOS PÁRRAFOS 4 Y 5 DEL ART. 156 CC. III.4.A. *El párrafo 4 del artículo 156 CC.* III.4.B. *La aptitud de alguno de los progenitores afectados por una discapacidad psíquica o intelectual ¿se puede considerar como un caso de imposibilidad para ejercer adecuada y responsablemente la patria potestad sobre sus hijos?* III.4.C. *El párrafo 5 del art. 156 CC.*—IV. REFLEXIÓN CONCLUSIVA.—V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN: REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Las relaciones paternofiliales se enmarcan en el entorno familiar como núcleo de toda comunidad organizada. Por eso, en el ámbito del Derecho de Familia, las relaciones paternofiliales son importantísimas para vertebrar la sociedad en la que se desarrolla la persona.

En el entorno de la familia, las relaciones paternofiliales han pasado en nuestro Derecho por distintas fases. La potestad parental, como institución jurídica, tiene su origen en el Derecho Romano, punto de partida de nuestro Ordenamiento Jurídico sobre la patria potestad. Es al “pater” familia al que le pertenece la patria potestad como una manifestación más de la propiedad, a través de la cual se articula el poder político del hombre libre¹. La patria potestad se configura como un vínculo jurídico de sujeción —los hijos están bajo el poder soberano del paterfamilias— con diversas funciones: domus, pública, jurisdiccional, coercitiva, religiosa y económica.

Con el paso del tiempo y bajo la influencia del cristianismo² —que no participa de la concepción del Derecho Romano en cuanto al poder paternal al defender, más que la autoridad paterna, el interés de los hijos—, en nuestro Derecho histórico, se otorga el carácter de institución natural a la patria potestad sin suprimir la supremacía del padre en la relación paternofilial. En las Partidas 4,17,1 se la reconoce como “Poder e señorío han los padres sobre los hijos segund razón natural e segund Derecho. Lo uno, porque nascen de ellos; lo al, porque han de heredar lo suyo”. Este es, en general, el planteamiento seguido prácticamente hasta la reforma de la patria potestad con la modificación del CC en 1981.

La influencia del Código de Napoleón de 1804 y de la realidad social del momento³, hacen que en el CC se regulase el matrimonio y las relaciones paternofiliales con base en el concepto de familia nuclear en la que el padre tenía la posición dominante y la madre se situaba en el plano doméstico y subordinada familiar y socialmente a la autoridad del marido.

Nuestro CC de 1889, en sus artículos 154 y ss., acogió el sistema de la patria potestad del padre y subsidiaria de la madre, si bien no excluía una cierta coparticipación de la madre en algunos derechos y en el cumplimiento de ciertos deberes⁴, siendo comunes a los padres la alimentación de los hijos, el tenerles en su compañía, la corrección y el castigo en el hogar doméstico, así como la percepción de los frutos. La patria potestad es ejercía por la madre en caso de muerte del padre, y en los casos de incapacitación, ausencia, interdicción civil y los otros supuestos que estaban previstos en los arts. 169,170 y 171 CC. Además, también ejercía la madre la patria potestad en aquellos casos en que el padre no podía ejercitarla por imposibilidad de hecho y por analogía – art. 1441 CC—. Los Tribunales conferirían a la madre la administración de los bienes de sus hijos si el marido estuviese prófugo o declarado rebelde en causa criminal, o si estando impedido absolutamente para la administración, no hubiese proveído sobre ella.

Los hijos sometidos a la patria potestad debían obediencia a sus padres que se extinguía con la emancipación, debiendo respeto y reverencia mientras vivan sus padres⁵.

Por tanto, la patria potestad se reservaba exclusivamente al padre, si bien nunca excluyó la autoridad de la madre con relación a sus hijos, para ejercer los actos conducentes a los fines de la familia⁶. La madre debía sustituir al padre en el ejercicio de la patria potestad cuando éste faltase, sustitución inmediata que implícitamente imponía a la madre el deber de permanecer en relación constante con los hijos no emancipados para suplir en cualquier momento la falta del padre⁷.

Tras la Constitución Española de 1978, en la década de los ochenta, se origina un importante cambio en las relaciones familiares. Con la evolución experimentada, la institución se ejerce como un deber o como funciones de protección de los hijos.

En relación con los correspondientes deberes y responsabilidades respecto de sus hijos⁸, se da un gran paso con la Constitución Española de 1978 (art. 39), de manera que la patria potestad ha sido una de las materias del Derecho de Familia más afectadas con la reforma del Código Civil⁹ llevada a cabo mediante la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que aportó como una de las claves de la misma¹⁰, el atribuir la patria potestad de los hijos no emancipados al padre y a la madre —se otorga el ejercicio de la misma a ambos¹¹— aun cuando se reconoce el ejercicio por uno solo de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro —art. 156 CC—, haciendo, además, hincapié en que la patria potestad constituye una función en interés de los hijos¹². Así, la patria potestad no es un derecho subjetivo sino una potestad que el Derecho positivo atribuye con carácter indisponible a los progenitores en cuanto medio para el desempeño de la función de cuidado de los hijos¹³. Se otorga la patria potestad conjuntamente al padre y a la madre de modo que, en principio, todas las decisiones concernientes a los hijos no emancipados habrán de ser tomadas por los progenitores de común acuerdo, o por uno de los dos con el consentimiento del otro —que puede ser expreso o tácito y aún presunto—, de modo previo o por vía de ratificación sin que pueda admitirse el consentimiento previo y general e indefinido —art. 156 CC—. Resulta indispensable la flexibilidad exigida por la titularidad conjunta de la patria potestad de ejercicio solidario. Si se aplica rígidamente la actuación conjunta, en muchos casos, el ejercicio de la patria potestad se haría impracticable.

La reforma de la patria potestad realizada por la Ley de 13 de mayo de 1981, “como respuesta al art. 39.3 de la Constitución Española, trata de acentuar —en palabras de LACRUZ BERDEJO— “el carácter de *officium* que ya tenía la institución”, confiriendo derechos como medio de cumplir deberes. La patria potestad se regula teniendo presente este carácter de función encomendada a los progenitores en beneficio de los hijos. Siguiendo al susodicho autor, la reforma de la patria potestad procura tres objetivos principales: estructurar la patria potestad como función dual de los progenitores; respetar la personalidad de los hijos —regla y medida de la educación y trato que haya de recibir—, y acentuar en su ejercicio la intervención y vigilancia del juez en consideración al interés del hijo menor no emancipado¹⁴.

Posteriormente, el Código Civil ha sido reformado en esta materia tras la aprobación de diversos textos legales, entre otros, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica¹⁵ y la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia, frente a la violencia.

En definitiva, nos encontramos ante un instituto que, no sólo en el Derecho romano, sino también durante siglos, fue concebido con una pléyade de derechos y facultades reguladas jurídicamente en torno al paterfamilias —su titular— que ejercicio la patria potestad con un poder absoluto sobre sus hijos menores, quienes estaban obligados a obedecerle¹⁶. Sin embargo, la evolución del Derecho de familia ha conducido a que la patria potestad haya perdido su consideración de derecho subjetivo para pasar a ser, como institución de orden público¹⁷, una función “cuyo contenido está formado más por deberes que por derechos”¹⁸.

La evolución histórica de la patria potestad puede resumirse diciendo que siendo originariamente un conjunto de poderes del pater familia, ha pasado, después de siglos, a ser una institución de protección de los intereses de los hijos menores de edad mediante los deberes, funciones, potestades y responsabilidades de sus progenitores. Con el paso del tiempo la patria potestad se fue transformando para, después de muchos siglos, pasar a ser en nuestro Derecho un conjunto de deberes y funciones para con los hijos y no un acopio de derechos sobre ellos.

II. DISPOSICIÓN GENERAL SOBRE LA PATRIA POTESTAD: ART. 154 DEL CC

El apartado tercero del artículo 39 de la CE dispone que: “los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”, por no estar esos hijos en condiciones de valerse por sí mismos.¹⁹

Tratándose de menores no emancipados su protección se realiza mediante la patria potestad que corresponde a los progenitores. El art. 154 CC determina contenido de la patria potestad, atribuyendo ciertas facultades e imponiendo determinados deberes a los progenitores titulares de la misma.

Se establece así la patria potestad como conjunto de deberes y responsabilidades para con los hijos no emancipados. Esta potestad familiar constituye una función cuyo ejercicio conlleva la atribución a los progenitores de ciertos derechos para poder cumplir los deberes inherentes a la misma. “La patria potestad es un conjunto de derechos y deberes que la ley confiere a los padres sobre sus hijos no

emancipados para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben respecto de su sostenimiento y educación, en beneficio de los propios hijos, no pudiendo prescindirse de la naturaleza de orden público que en parte revisten las normas sobre la patria potestad, cuyo contenido no puede ser objeto, en principio y sin la aprobación del juez, de pactos privados dirigidos a modificar su contenido, sobre todo si son perjudiciales para dichos menores, ya que no se pueden renunciar los deberes, de manera que la patria potestad es intransferible en situaciones de normalidad e imprescriptible por serlo, en general, los derechos y deberes de familia”²⁰.

El incumplimiento de tales deberes es causa de privación de la patria potestad-art. 170 CC—, existiendo, en todo caso, la posibilidad de control judicial conforme al art. 158 CC si el incumplimiento de los deberes paternos constituye un riesgo o peligro para los hijos.

En este contexto de la previsión constitucional, el régimen vigente de la patria potestad procede de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, si bien muchos de sus preceptos han sido modificados parcialmente por otras leyes como, por ejemplo, la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del CC en materia de tutela.

El régimen jurídico de la patria potestad está en el Título VII (De las relaciones paterno-filiales), artículos 154 a 170 del CC²¹.

II.1. CONCEPTO

La patria potestad es una institución de guarda y protección de la persona y de sus bienes, derivada de la filiación jurídicamente establecida²². Tratándose de hijos menores no emancipados su protección se realiza mediante la patria potestad que corresponde a los progenitores, y deriva de la existencia de un vínculo de filiación por naturaleza o adopción legalmente establecido. Tanto la filiación por adopción —art. 108 CC— como la filiación por naturaleza determina la patria potestad de los progenitores sobre sus hijos no emancipados (art. 154.1CC). Una vez alcanzada la emancipación, la patria potestad se extingue —art. 169 CC—.

“La patria potestad es la institución protectora del menor por excelencia y se funda en una relación de filiación cualquiera que sea su naturaleza-matrimonial, no matrimonial o adoptiva-”²³.

“La patria potestad es... una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el art. 39.2 y 3 de la Constitución Española”²⁴. Estamos ante “un efecto legal propio de toda relación paterno o materno-filial, de tal modo que una vez que, por alguno de los medios legalmente establecidos

queda determinada la filiación, la patria potestad —salvo el supuesto excepcional al que se refiere el art. 111 CC— corresponde automáticamente, *ex lege*, al progenitor respecto del cual quedó determinada la filiación...sin que la atribución de la misma requiera petición de parte, ni declaración judicial al respecto, pues dicha atribución viene hecha *ope legis*²⁵.

Estamos ante facultades de los progenitores, no remuneradas, que deben ejercerse en interés del hijo hasta que éste se emancipe. Por tanto, la patria potestad no se ejercerá en beneficio del propio progenitor, sino en el del hijo que está bajo la misma, lo que conlleva una necesaria y constante atención para asegurar la efectiva aplicación del principio del interés del hijo menor no emancipado.

El art. 154.1 CC, sitúa a los hijos no emancipados bajo la protección de sus progenitores, por lo que no estarán bajo la patria potestad los hijos que hayan cumplido 18 años y aquellos que hayan alcanzado la emancipación por concesión de quienes ejerzan la patria potestad, o por concesión judicial, siguiendo los requisitos legales a partir de los 16 años (art. 241 CC).

La titularidad de la patria potestad y el ejercicio de la misma, como regla general, corresponde conjuntamente a los progenitores – art. 154.1 CC—, por lo que, en principio, todas las decisiones concernientes a los hijos no emancipados han de ser tomadas por los progenitores de común acuerdo o por uno de los dos con el consentimiento del otro.

II.2. LA PATRIA POTESTAD COMO RESPONSABILIDAD PARENTAL (ART. 154.2 CC)

Los progenitores al ejercer la patria potestad no son titulares de un derecho, sino que la ejercerán como una responsabilidad parental que “se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad²⁶, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental” (Art. 154.2 CC).

II.2.A. *La patria potestad se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad.*

Las pautas que informan el régimen jurídico de la patria potestad se encuentran fundamentalmente en el interés del hijo no emancipado y el respeto de su personalidad²⁷, que determinan implícitamente el derecho de audiencia que asisten a los hijos ex art. 154, 156 y 159 CC.

En orden al interés del hijo menor no emancipado “la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad, siempre está pensada y orientada en beneficio de los hijos, finalidad que es común para el conjunto de las relaciones paterno-filiales... que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en interés de los hijos y de la sociedad”²⁸.

Como la patria potestad ha de ejercerse siempre en beneficio exclusivo de los hijos de acuerdo con su personalidad “es rechazable todo ejercicio que entrañe beneficio exclusivo del titular, o cuando en su ejercicio se prescinda de la propia personalidad del menor”²⁹.

La prioridad del interés del hijo menor no emancipado determina que en el ejercicio de la patria potestad se ponga énfasis en la intervención judicial concediéndosele al juez un amplio margen para ordenar las medidas oportunas en caso de que la vida, seguridad o salud del hijo se encuentre en peligro —art. 158 CC—³⁰. Será el juez quien: decidirá al cuidado de qué progenitor quedará el hijo menor en los casos de separación de hecho y falta de acuerdo entre los padres —art. 159 CC; autorizará determinados actos de disposición que se llevan a cabo por parte de los progenitores, referidos a derechos o bienes de los hijos —art. 166CC—; resolverá sobre el ejercicio de la patria potestad en los supuestos de desacuerdo entre los progenitores —art. 156 CC—; adoptará las previsiones que estime necesarias para la seguridad y el recaudo de los bienes cuando la administración de los padres ponga en peligro el patrimonio del hijo —art. 167 CC—; dictará medidas, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, que tendrán por finalidad atender a la protección personal y patrimonial del hijo.

En cuanto a acomodar el ejercicio de la patria potestad a la personalidad de quien está sujeto a la misma, insiste nuestro CC en que “la patria potestad deberá ejercerse de acuerdo con la personalidad del hijo, lo que viene a significar que habrá de adaptarse a las cualidades de éste, orientando en función de la misma su educación y con respeto a sus derechos, todo ello en su beneficio”³¹.

La referencia a la personalidad se hace para prevenir conductas abusivas que se podrían dar y que atentarian contra Convenios Internacionales suscritos por España y también contra el art. 10 de la CE, los cuales hacen referencia a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad.

La personalidad del hijo —peculiaridad individual del hijo— constituye la medida del trato y de educación que ha de recibir el hijo menor no emancipado. Por ello, la patria potestad “ha de estar perfectamente en consonancia con el estado emocional del niño y las circunstancias concretas en que se halla”³².

II.2.B. La patria potestad se ejercerá con respeto a sus derechos, su integridad física y mental

La Disposición Final primera de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional suprimió el párrafo final que establecía que los padres: “Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos” ante el requerimiento del Comité de Derechos del Niño que consideró la posibilidad de que la facultad de corrección moderada que se reconocía a los padres y tutores

podiera contravenir el art. 19 de la Convención sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, dirigido a proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente mientras el menor de edad no emancipado está bajo la patria potestad.

Una vez que se ha suprimido la facultad de corrección reconocida anteriormente a los progenitores, mediante la introducción al respeto a la integridad física y mental del hijo, en su lugar, se reconoce a los progenitores, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad —art. 154.5 CC— en los casos de conflictividad del menor, recurriéndose fundamentalmente a la Administración competente (en cada Comunidad Autónoma) respecto de la protección de menores, con fundamento en el art. 172.bis CC. Los progenitores pueden recabar el auxilio de la autoridad judicial o administrativa competente o agente de la autoridad que deba prestarlo.

Ahora bien, como señala YZQUIERDO TOLSADA, si el artículo 154 CC establece el deber de los titulares de la patria potestad de educar y procurarles una formación integral a sus hijos, en tal deber se comprende, en su caso, la necesidad de corregirles moderadamente, lo cual excluye el recurso a cualquier tipo de violencia o maltrato físico y psíquico ³³.

II.3. DEBERES Y FACULTADES QUE COMPRENDE LA PATRIA POTESTAD (ART. 154.3)

La función de la patria potestad comprende deberes y facultades que se desdoblán en dos aspectos: uno, la faceta personal de las relaciones paternofiliales, otro, el aspecto de los contenidos patrimoniales de tales relaciones paternofiliales.

La patria potestad que asiste a los padres en relación con los hijos no emancipados comprende los siguientes deberes y facultades:

II.3.A. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral

La patria potestad se define como una función y aun cuando los progenitores se vean privados de la misma, su responsabilidad se concreta en la obligación de “velar por los hijos menores y prestarles alimentos”. Tal y como señala el artículo 110 CC: “El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos”. Se trata de un deber que tienen los padres incluso en el caso de que no ostenten la patria potestad. Es decir, tal deber existe por el mero hecho de la filiación y mientras los hijos sean menores no emancipados.

Se trata de una función irrenunciable, de orden público, de forma que se mantiene sus efectos aun cuando se esté privado de ella como señala el art. 111 in fine del CC: “Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos”.

La faceta personal de la patria potestad se concreta en la necesidad de velar por los hijos no emancipados. Se ha de cuidar diligentemente de los hijos, tenerlos en su compañía (en la de los progenitores). Velar por los hijos supone atender a su salud, a sus problemas, a su educación... es decir, prestar una ayuda, un apoyo y una asistencia de todo orden³⁴.

Tener a los hijos *en su compañía*, como deber y derecho de los padres, no se limita a convivir bajo el mismo techo. Este deber no se considera incumplido cuando los padres no convivan personalmente con los hijos porque existe una causa justificada: porque el propio hijo realiza estudios fuera de casa, hospitalizaciones..., ya sea por razones justificadas de los padres, por ejemplo, por razones laborales el padre o la madre puede tener destino por motivos de trabajo en otro país o en otra ciudad, o debido a situaciones de crisis matrimoniales con custodia compartida o con la custodia de uno de los progenitores con régimen de visita para el otro —casos éstos en los que el deber de tener a los hijos en su compañía se cumplirá ateniéndose a lo establecido en el convenio regulador o en la correspondiente sentencia judicial al respecto—.

Además, en caso de que alguno de los hijos no tenga una convivencia familiar por razón de estudios, o porque alguno de los progenitores por razones laborales u otras —vg. salud—, no puedan tener a sus hijos en su compañía, no excluye la responsabilidad parental.

Los hijos, siendo menores no emancipados o mayores de edad en situación de dependencia —no han terminado su formación por causa que no le sea imputable (art.142.2CC)—, estarán en la compañía de sus progenitores y en el entorno familiar del que únicamente podrán ser expulsados por justa causa mediante resolución administrativa o judicial.

También en el aspecto personal, la patria potestad comprende el deber de alimentar a los hijos: es responsabilidad parental alimentar a los hijos (Art. 142 CC). El deber de alimentar a los hijos —que va más allá de los sometidos a la patria potestad (art. 110 CC), no ha de confundirse con el deber de alimentos entre parientes (art. 142 CC y ss.), que es de carácter recíproco, dura toda la vida y es más limitado. El deber de alimentos previsto en el art. 154 CC —lo mismo que el del art. 110 CC—, comprende no solo los conceptos previstos en el art. 142 CC. (“todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán

los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo”), sino además todo lo que el hijo precisa para el desarrollo y equilibrio mental, así como emocional, los gastos de defensa jurídica de su persona, ...

En relación con este deber de alimentos, el art. 158.1 CC, habilita expresamente al Juez para dictar “las medidas convenientes para asegurar la protección de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres”.

En cuanto a la obligación de educar y procurarles a los hijos una formación integral —derechos garantizados en el art. 27 de la CE³⁵—, el art. 154.3. 1.ª CC coloca tal obligación en un lugar destacado en las relaciones paternofiliales. Así, los progenitores tienen el deber de procurar a los hijos una formación integral y en particular, en la medida de lo posible, una formación de educación superior.

II.3.B. Representar a los hijos y administrar sus bienes

La representación legal de los progenitores sobre sus hijos e hijas menores no emancipados se contempla en los art. 162 y 163 CC. El primero de los artículos establece que “los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados”. En el segundo, se contemplan los posibles conflictos de intereses entre progenitores y sus hijos o hijas y su tratamiento jurídico. Estos dos preceptos determinan, en buena medida, la eficacia personal y patrimonial de las relaciones paternofiliales respecto de aquellos supuestos en los que los hijos menores no emancipados se relacionan jurídicamente con terceros, debiendo sustituirse su declaración de voluntad por la de sus progenitores, atendiendo a su madurez y capacidad y siempre en beneficio e interés del menor.

La representación legal por los progenitores del menor de edad no emancipado, resulta irrenunciable y se dirige a atender jurídicamente a las consecuencias o efectos de los actos realizados entre el menor para con terceras personas. Se extiende, por ministerio de la ley, desde el nacimiento del hijo (o desde la adopción) hasta su emancipación, si bien existen algunas excepciones a esta representación legal señaladas en el art. 162 CC.

El final de esta representación legal se produce automáticamente por la emancipación de los hijos, sin alternativas ni opciones revocatorias de los actos efectuados por los progenitores en su representación, salvo en caso de posibles responsabilidades de éstos si su actuación no fue diligente.

En cuanto a la regulación de las relaciones patrimoniales que se generan en el entorno patrimonial para el caso de los bienes que sean de titularidad de los hijos menores de edad, hay que estar a lo dispuesto en los art. 164 a 168 del CC.

“Los padres administrarán los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las obligaciones generales de todo adminis-

trador y las especiales establecidas en la Ley Hipotecaria” —art. 164CC—. Como excepción, los progenitores no podrán administrar los bienes de sus hijos menores no emancipados en los supuestos señalados en ese mismo precepto.

Se prevé la posibilidad de que se ponga en peligro el patrimonio del hijo por una mala administración. En este caso, como dispone el art. 167 CC, “El juez, a petición del propio hijo, del Ministerio Fiscal o de cualquier pariente del menor, podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes, exigir caución o fianza para la continuación de la administración o incluso nombrar un Administrador”.

Además, “al término de la patria potestad podrán los hijos exigir a los padres la rendición de cuentas de la administración que ejercieron sobre sus bienes hasta entonces. La acción para exigir el cumplimiento de esta obligación prescribirá a los tres años. En caso de pérdida o deterioro de los bienes por dolo o culpa grave responderán los padres de los daños y perjuicios sufridos” —art. 168 CC—.

II.3.C. Es función de los progenitores titulares de la patria potestad decidir el lugar de residencia habitual de los hijos menores no emancipados

El artículo 154.3, señala que entre los deberes y facultades que comprende la patria potestad está la de “decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que sólo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial”.

El domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual (art. 40 CC). Como ha señalado el TS “con carácter general ha de atenderse al lugar donde se reside con habitualidad, que equivale al domicilio real ya que materializa la voluntad de permanencia en determinado lugar”³⁶. Este domicilio es la sede legal de la persona a efectos del ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

Los menores de edad no emancipados tendrán la misma vecindad —administrativa— que los padres que tengan su guarda y custodia³⁷ o, en su defecto, de sus representantes legales, salvo autorización por escrito de éstos para residir en otro municipio³⁸.

Los hijos menores no emancipados han de empadronarse en un solo domicilio, también en los supuestos de guardia y custodia compartida³⁹.

Así en los supuestos de separación y divorcio corresponde la representación, a efectos padronales (empadronamiento municipal) a la persona que tenga confiada su guarda y custodia, lo que se deberá acreditar mediante copia de la correspondiente resolución judicial.

Para determinar el domicilio del menor en situaciones de patria potestad compartida en los supuestos de crisis matrimonial, hemos de estar a lo dispuesto

en la Resolución de 3 de febrero de 2023, de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Cooperación Autonómica y Local, por la que se modifica la de 17 de febrero de 2020, por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre gestión del Padrón municipal⁴⁰.

II.4. LA AUDIENCIA A LOS HIJOS O HIJAS SI TUVIERAN SUFICIENTE MADUREZ. (ART. 154.4 CC)

El ejercicio de la patria potestad se ve “limitado” cuando los hijos menores no emancipados tienen suficiente juicio. El artículo 154 en su párrafo cuarto dispone que: “Si los hijos o hijas tuvieren suficiente madurez deberán ser oído siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. En todo caso, se garantizarán que puedan ser oídos en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario”.

El precepto establece la necesidad de dar audiencia a los hijos menores no emancipados cuando de su propia personalidad y madurez se deriva que tienen suficiente juicio. En relación al principio de audiencia, además de los preceptos del CC-art. 154, 156 y 159 CC—, ha de tenerse presente lo dispuesto en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece el derecho a ser oído y escuchado.

Así pues, en cuanto a la necesidad de audiencia de los hijos menores no emancipados, el art. 9 citado reconoce el derecho del menor a ser oído que no se limita a actos que afecten al ejercicio de la patria potestad propiamente dicha, sino que el susodicho precepto reconoce el derecho del menor a ser oído en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social.

En definitiva, el derecho del menor a ser oído y escuchado requiere que, en todo caso, se valore la personalidad del menor y el grado de capacidad natural del mismo. Se atenderá a sus condiciones de madurez de juicio suficientes para poder ejercitar por sí mismo sus derechos de la personalidad quedando excluida, en este caso, la representación legal que corresponde a los progenitores⁴¹. En todo caso, si los hijos menores no emancipados, tuviesen suficiente madurez deben ser oídos antes de adoptar decisiones que les afecten.

III. ACTOS AUTORIZADOS POR UNO DE LOS PROGENITORES Y LOS TERCEROS DE BUENA FE: ART. 156 DEL CC

El artículo 156 CC se sitúa entre las disposiciones generales del Capítulo I, del Título VII (De las relaciones paternofiliales), por lo que su alcance es el de todos los aspectos de la patria potestad, tanto los aspectos personales como los patrimoniales.

Ya el artículo 154 CC atribuye a los progenitores la patria potestad, estableciendo la regla general de ejercicio conjunto por ambos. Sin embargo, a pesar de esa titularidad conjunta, en el artículo 156 CC, se recogen determinados supuestos en que su ejercicio corresponde a uno solo de los progenitores.

Por tanto, el artículo 156 CC contempla una regla general de titularidad y ejercicio conjunto de la patria potestad: “se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores”, pero seguida de muchas excepciones debidas a la necesidad, imposibilidad, ausencia u otras circunstancias que conducen a un ejercicio individual exclusivo, aunque solidario de la patria potestad.

III.1. LA REGLA GENERAL DEL ARTÍCULO 156 CC

La regla general consiste en el ejercicio conjunto de la patria potestad, ya sea con la concurrencia de ambos progenitores en el acto en cuestión, ya sea mediante la actuación de uno de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro, esto es, sin que medie desacuerdo por parte del otro.

La regla general que toma como punto de partida el artículo susodicho es la potestad conjunta, titularidad y ejercicio conjunto de la patria potestad. Se trata de un ejercicio compartido de las facultades y deberes que integran la patria potestad, sin que se requiera petición de parte, ni declaración judicial, sino que la atribución es “*ope legis*”⁴².

Por tanto, ambos progenitores, en el ejercicio de los deberes y facultades que comprende la patria potestad, han de tomar parte en el acto en cuestión sin que se precise necesariamente la concurrencia simultánea de ambos en la declaración de su voluntad. Esta regla general establece el ejercicio conjunto por los titulares de la patria potestad y se traduce en un ejercicio solidario de la patria potestad⁴³.

Ahora bien, para evitar las posibles dificultades que pudieran surgir ante la exigencia de concurrencia de los progenitores en relación con cada uno de los actos relativos a la patria potestad, podrá ejercerse la patria potestad “por uno solo —de los progenitores— con el consentimiento expreso o tácito del otro”. En tales supuestos estaríamos casos de actuación conjunta.

En caso del consentimiento a favor del otro progenitor para el ejercicio de la patria potestad, no quita que el progenitor que consiente conserve sus obligacio-

nes y responsabilidades y puede actuar por sí mismo, cuando lo estime conveniente. El consentimiento tácito cuenta con dificultades de prueba. En cuanto a la forma de prestar consentimiento cabe en escritura pública o documento privado, e incluso verbalmente. Cabe hacerlo en las propias capitulaciones matrimoniales.

Por tanto, cabe la actuación de uno de los progenitores con el consentimiento del otro que viene a ser la manera cotidiana del ejercicio de la patria potestad. No se requiere ninguna forma especial para prestar ese consentimiento que puede ser expreso o tácito⁴⁴. Hay casos cotidianos en que el consentimiento tácito viene de la mano de la doctrina de los propios actos, pero en caso de duda, la falta de un consentimiento expreso declarado por el progenitor no actuante pudiera resultar contraria a esta regla general de ejercicio conjunto de la patria potestad.

Cabe un pacto entre los progenitores mediante el cual uno de ellos delega en el otro el ejercicio de la patria potestad para determinados actos o ámbitos del ejercicio de la misma. Sin embargo, entiendo que no es posible una delegación total de uno de los progenitores al otro de la titularidad o del ejercicio de la patria potestad, más allá de lo establecido en el art. 156 CC, ya que el artículo 154, norma imperativa, deja bien claro que la patria potestad de los hijos no emancipados, como responsabilidad parental, corresponde a los progenitores y no admite renuncia. En este ámbito, no se permite un amplio juego de la autonomía de la voluntad por razones de orden público y del interés del menor⁴⁵. En cambio, si es posible que, en situaciones de nulidad, separación y divorcio⁴⁶, los progenitores, con carácter revocable, en su caso, puedan pactar en convenio regulador las medidas que tengan por conveniente sobre el ejercicio de la patria potestad. Así, dispone el artículo 90.1.a) que el convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener los siguientes extremos: “El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos”.

En el caso de que los progenitores estén presentes, pero no alcancen un acuerdo sobre la decisión que deben tomar, debe reconducirse a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 156.3 CC: “cualquiera de los dos podrá acudir a la autoridad judicial, quien, después de oír a ambos al hijo si tuviera suficiente madurez, y en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir a uno de los dos progenitores.”

En el supuesto de que nos encontrásemos ante una situación de urgencia — “*situaciones de urgente necesidad*”— y los progenitores presentes no se ponen de acuerdo sobre la decisión a tomar: pensemos en casos como el de una intervención quirúrgica urgente, o el de interponer una demanda judicial ejercitando acciones que tienen un plazo breve de interposición... supuestos que no admiten demora, en los que ante la laguna legal, y ante tan grave vacío como ha de primar

el interés del menor, me atrevo a proponer que se aprecie el citado interés del menor con la ayuda del profesional facultativo sanitario en el primer caso, y del Ministerio Fiscal, en el segundo.

III.2. EXCEPCIONES AL EJERCICIO CONJUNTO DE LA PATRIA POTESTAD PREVISTAS EN EL ART. 156 CC

III.2.A. Art. 156.1. segunda parte CC

Frente a la susodicha regla general, nos encontramos con no pocas e importantes excepciones. El primer párrafo del artículo 156 CC después de señalar la indicada regla general comienza con las excepciones, ya que, junto al ejercicio conjunto, cabe el ejercicio individual.

Salvo los supuestos de ejercicio individual previstos legalmente, ninguno de los progenitores puede por sí sólo, decidir cuestiones que afectan a su hijo. Si uno de los progenitores actúa sin consentimiento del otro (actuación individual) fuera de los casos previstos en la Ley, o cuando actúa sin respetar el contenido de la decisión tomada en común, procede la anulabilidad del acto (art. 1301 o bien, si cabe, art. 1322).

En el mismo primer párrafo “in fine” del art.156 CC, se añade que “serán válidos los actos que realice uno de ellos (de los progenitores) “conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad”. El precepto impide impugnar tales actos para los que estén implicados, esto es, los progenitores —actuante o no—, y el tercero.

La aplicación rígida del ejercicio conjunto haría prácticamente inviable la regla general vista en muchos supuestos, siendo imprescindible una cierta flexibilidad permitiéndose la actuación unilateral de uno de los progenitores cuando sea conforme al uso social y las circunstancias de la familia o resulte necesario por razones de urgencia.

Así, nuestro Código Civil considera válidos los actos conformes al uso social realizados por uno de los progenitores, así como los realizados por unos de los titulares de la patria potestad en situaciones de urgente necesidad. Acto conforme al uso social es aquel correspondiente “al desarrollo normal de la vida de un menor que se repite con cierta frecuencia en la práctica”⁴⁷. Son actos calificables de cotidianos u ordinarios.

Esta importante excepción a la regla del consentimiento dual viene representada por una serie de actos en los que el propio tráfico jurídico requiere una necesaria flexibilidad ante la imposibilidad de la exigencia rígida de la actuación conjunta, en todo caso, ante actuaciones cotidianas en el ejercicio de la patria potestad, cuando se trata de diversos actos de guarda.

De esta manera se hace posible el ejercicio de la patria potestad por uno sólo de los progenitores, pero sin entrar en la excepcionalidad, ya que no estamos pro-

piamente ante una situación de desacuerdos de los progenitores, o cuando éstos están ausentes, o cuando existen causas que impidan o entorpezcan el ejercicio de la patria potestad.

El ejercicio de la patria potestad conforme al uso social y a las circunstancias (del hijo o de la familia) que incidan en la toma de decisión⁴⁸ o en situaciones de urgente necesidad, se sitúa dentro de una normalidad que no exige el ejercicio conjuntamente de determinados actos en los que se requiere una necesaria flexibilidad ante la imposibilidad de la exigencia a ultranza de la actuación conjunta. Lo decisivo es que estemos ante determinados actos habituales conforme al uso social y a las circunstancias que indudablemente escapan ante las causas justificadas de “utilidad o necesidad precisadas de autorización judicial” conforme a lo establecido en el artículo 166 CC —“Los padres no podrán renunciar a los derechos de los que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa autorización del juez ...”—.

Por otra parte, las “*situaciones de urgente necesidad*” afectarán al hijo, personal o patrimonialmente, y en las que también cabe la actuación individual de uno de los progenitores, al no ser posible obtener el consentimiento de ambos —art. 156.1 in fine CC—, y se aprecian con más claridad: casos como el de una intervención quirúrgica urgente, o el de interponer una demanda judicial ejercitando acciones que tienen un plazo breve de interposición... son supuestos que no admiten demora y si un progenitor no está presente, no es preciso atenerse a la regla general del ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores. Ahora bien, esta opción está restringida a la resolución de casos que no admiten demora y en los que solo un progenitor se encuentra presente en el momento en que ha de decidirse sobre los mismos, sin que admitan dilación por suponer un grave perjuicio para los intereses del hijo (intervenciones en el ámbito sanitario o el ejercicio de acciones judiciales con plazo de caducidad).

En definitiva, estamos ante supuestos de ejercicio individual de la patria potestad que permite realizar válidamente actos sin restricción, realizados conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.

III.2.B. Supuestos excepcionales

III.2.B.a) Artículo 156.2 CC

Las excepciones a la regla general comienzan en el párrafo segundo del artículo 156.2: “Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los pro-

genitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, *bastará el consentimiento de éste para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad*, debiendo el primero ser informado previamente. Lo anterior será igualmente aplicable, aunque no se haya interpuesto denuncia previa, cuando la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de éstos.”

III.2.B.b) Artículo 156.3 CC

Existen supuestos en los que el ejercicio conjunto de la patria potestad plantea problemas, siendo necesario acudir a la autoridad judicial por cualquiera de los progenitores, para que le otorgue la facultad de decidir a uno de ellos si existen desacuerdos puntuales o para atender una cuestión concreta. En los casos, más o menos frecuentes, en los que los progenitores no se ponen de acuerdo sobre un asunto —posibles desacuerdos de los progenitores en el ejercicio conjunto de la patria potestad—, para evitar que se entorpezca el ejercicio de la patria potestad, la solución no pasa por la espera de un cierto consenso que puede no llegar. Ante esa situación de parálisis de la patria potestad, el artículo 156.3 CC, establece la intervención judicial. En caso de desacuerdo entre los progenitores en algún asunto en particular, la autoridad judicial atribuirá la facultad de decidir a uno de los dos progenitores: “en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad”, cualquiera de los progenitores podrá acudir a la autoridad judicial, quien después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá el ejercicio individual de la patria potestad a uno de los dos progenitores.

Con esta medida, no se trata de que el Juez decida. Por el contrario, si estamos ante un desacuerdo concreto, ocasional, el Juez atribuye la facultad de decidir a uno de los progenitores de forma irrecurrible.

Seguidamente, el mismo apartado tercero del artículo 156.3 CC, se establecen medidas para los supuestos en que los desacuerdos fueran reiterados o concurra una causa particular: “si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá (el juez) atribuirle total o parcialmente a uno de los progenitores o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años”. Para adoptar estas medidas el Juez deberá oír, además de a los interesados al hijo si tuviera suficiente juicio

y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, puesto que la resolución buscará el beneficio del hijo menor no emancipado. La audiencia al hijo es preceptiva, aunque no vinculante para la autoridad judicial.

Por consiguiente, mediante resolución judicial el ejercicio conjunto puede derivar en la atribución del ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, bien a la atribución de determinadas funciones de la patria potestad a uno sólo de los progenitores, subsistiendo la regla general de actuación conjunta para lo demás, o, por último, la distribución de las funciones de la patria potestad entre los progenitores, teniendo presente que cualquier tipo de atribución que excluya la regla general de actuación conjunta en el ejercicio de la patria potestad no puede exceder de dos años.

Por tanto, se trata de atribuir el ejercicio de la patria potestad —puesto que no se trata de su privación, art. 170 CC— durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años. En tal plazo, se supone que, o bien se arreglan las diferencias entre los progenitores, o bien se consuma la crisis matrimonial (que puede derivar en una separación o un divorcio) y entonces procederá determinar el ejercicio de la patria potestad conforme a lo previsto en los artículos 90 y ss. del CC.

Si persistiese la situación de desacuerdo reiterado y los progenitores no llegasen a separarse legalmente o a divorciarse, en aras de evitar un perjuicio para el menor no emancipado, no cabe una prórroga ya que el artículo 156.3 CC establece claramente que el plazo que se fije “*no podrá nunca exceder de dos años*”, por lo que sería preciso acudir nuevamente a la autoridad judicial —art. 158.2 CC—, por medio de otro procedimiento o expediente judicial, a los efectos de que se adoptase de nuevo la medida similar por un plazo máximo de dos años⁴⁹.

Si en lugar de consumarse la crisis matrimonial, desapareciese el desacuerdo o las circunstancias de entorpecimiento grave del ejercicio de la patria potestad, cabe dirigirse al Juez para poner fin a la medida antes del transcurso del plazo establecido a los efectos de que el progenitor al que no se le atribuye el ejercicio de la patria potestad deje de tenerla suspendida.

III.3. RESPECTO DE LOS TERCEROS DE BUENA FE: EL CONSENTIMIENTO PRESUNTO DEL OTRO PROGENITOR

El artículo 156.3 in fine del CC establece que “en los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro”.

En lo atiente al *objeto de la presunción*, existen varias teorías⁵⁰. Según una primera, la norma contiene una única presunción: el progenitor que actúa cuenta

con el consentimiento del que no actuó, de manera que el ejercicio ordinario de la patria potestad constituye un presupuesto para que opere la presunción, entendiendo que tal ejercicio guarda relación con los actos usuales de la patria potestad, excluyendo los de mayor trascendencia —vg. actos dispositivos patrimoniales—, actos éstos que sólo quedarían amparados cuando concurriese el consentimiento expreso o tácito del otro progenitor no actuante. Actuando uno de los progenitores en el ejercicio ordinario de la patria potestad y mediando buena fe del tercero se presume que el progenitor cuenta con el consentimiento del que no actuó.

Una segunda teoría el artículo 156 CC contiene una doble presunción que no se limita a los actos usuales de ejercicio de la patria potestad: por un lado, el progenitor que actúa lo hace en el ejercicio ordinario de la patria potestad entendido como ejercicio conjunto (por ambos progenitores, regla general); por otra parte, que el progenitor actúa con el consentimiento del otro. Así, mediando la buena fe del tercero, se presumirá, tanto que el progenitor que actuó lo hizo en el ejercicio conjunto de la patria potestad, cuanto que lo llevo a cabo con el consentimiento del que no actuó.

En cuanto a su ámbito de aplicación, no falta quien entiende, aun cuando no lo comparto, que el precepto es aplicable vía analógica a las actuaciones llevadas a cabo por uno solo de los progenitores, de forma que la protección a los terceros de buena fe no actuaría únicamente en relación con los supuestos contemplados en los párrafos primero, segundo y tercero del art. 156 CC⁵¹. Después cabe preguntarse, en efecto, sobre si cabe extender la presunción del artículo 156.3 “in fine” a otros supuestos distintos de los indicados, esto es, a algunos de los supuestos incardinados en los párrafos 4 y 5 del mencionado precepto.

En primer lugar, no procede tal presunción cuando uno solo de los progenitores con el consentimiento expreso o tácito del otro (artículo 156.1 CC), ejerce la patria potestad en las relaciones jurídicas respecto de terceros de buena fe, o cuando el progenitor actúa investido de una facultad decisoria concedida por la Ley (art. 156.2 CC) o cuando en caso de desacuerdo concreto o habitual en el ejercicio de la patria potestad —esto es, ante un ejercicio individual por atribución judicial—, al progenitor al que se le atribuye por el Juez la facultad de decidir, total o parcialmente, en las relaciones jurídicas respecto de terceros de buena fe (art. 156.3 CC), actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad. Dicho de otro modo, los terceros de buena fe cuentan con la garantía de que el progenitor con el que entabla la relación jurídica actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad.

Los “supuestos de los párrafos anteriores” a los que se refiere el artículo 156.3. in fine son únicamente los supuestos en que el progenitor actúa individualmente por ser conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente

necesidad —art. 156.1 CC—. En estos casos los terceros se relacionan con ese progenitor que ejercita individualmente la patria potestad, desconociendo si existe acuerdo entre los progenitores, por todo lo cual nos encontramos ante la presunción legal consistente en que cada vez que uno de los progenitores actúa individualmente, ya sea en actos cotidianos de escasa relevancia ya sea en actos importantes, protegiendo a los terceros de buena fe presumiéndose que el progenitor actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad contando con el consentimiento del otro, de manera que el acto decaerá solo si los terceros eran conocedores o podían conocer que el progenitor no actuante había sido preterido⁵².

La presunción de actuar en el ejercicio ordinario un progenitor con el consentimiento del otro en beneficio de los terceros de buena fe no es una presunción “iuris et de iure”, sino de una presunción “iuris tantum”, refutable⁵³.

Por tanto, una vez que la Ley permite el ejercicio individual de la patria potestad o una vez que el Juez atribuye a uno de los progenitores el ejercicio individual de la patria potestad (o el reparto de las funciones propias de estos), no resulta precisa la presunción del apartado tercero in fine del artículo 156 CC, puesto que el progenitor actuante lo hace en el ejercicio ordinario de la patria potestad sin la necesidad de un ejercicio conjunto de la misma por ambos progenitores, esto es, por uno de ellos con el consentimiento del otro.

En suma, respecto de esta presunción del artículo 156.3 in fine del CC se puede afirmar lo siguiente:

Primero. Que cuando se ejercita la patria potestad por uno de los progenitores con consentimiento expreso o tácito del otro (156.1. CC), es obvio que éste no hace falta presumirlo.

Segundo. Que si el progenitor ejerce la patria potestad individualmente por establecerlo así la Ley (art. 156.2 CC) o, en su caso, si una resolución judicial establece que actúa uno de los progenitores individualmente en el ejercicio de la patria potestad⁵⁴ (art. 156.3 CC), tampoco habrá nada que presumir, puesto que nos encontramos con actuaciones de ejercicio de la patria potestad en solitario totalmente amparadas.

En estas circunstancias precedentes, la eficacia del acto realizado con terceros está precisamente fundado en la atribución legal o judicial —art. 156.1. 2. y 3 del CC— otorgada a uno de los progenitores y no en presunción legal alguna. Esto es, en estas circunstancias, el tercero actúa ante un progenitor sobre el que no existe duda de que ejercita la patria potestad sin necesidad de presumir el consentimiento del otro progenitor actuante ya que el progenitor actúa válidamente conforme a Derecho.

Tercero. Que si el progenitor ejerce la patria potestad individualmente por ser conforme al uso social y a las circunstancias o situaciones de urgente necesidad, si bien actúa porque, apartándose de la regla general, la Ley se lo permite,

y para proteger la seguridad jurídica de un tercero, esa actuación individual en el ejercicio ordinario de la patria potestad precisa de la presunción de que la actuación del progenitor se realiza en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro, esto es, en tales supuestos se presume una configuración equivalente al consentimiento dual.

Por el contrario, si se llevase a efecto un acto con el tercero de buena fe ejercitándose individualmente la patria potestad por parte del progenitor que ha sido privado judicialmente de la facultad de decidir (o está excluido del ejercicio de la patria potestad), al admitir la presunción prueba en contrario, el acto carecería de validez ya que ese progenitor no puede llevarlo a cabo.

Únicamente en los supuestos referidos se protege al tercero de buena fe, sin que quepa tal protección en otros supuestos tales como en esos casos en que quien lleva a cabo el acto es el progenitor judicialmente privado de la facultad de decidir o excluido del ejercicio de la patria potestad, aunque el tercero ignorase tal privación o exclusión.

Resulta ilustrativo hacer referencia a lo dispuesto en la Resolución de 20 de enero de 1989 de la Dirección General de los Registros y del Notariado⁵⁵, en cuyos fundamentos de Derecho establece:

1. En el recurso se debate en torno a la inscribibilidad de una escritura de compra porque una persona casada, compareciendo por sí y en representación legal de quien afirma ser su hijo menor de edad adquiere para ella el usufructo y para el representado la nuda propiedad de determinada finca.
2. El registrador suspende la inscripción de la nuda propiedad a favor del menor por no acreditar, ni siquiera manifestarse, que a la compareciente corresponde en exclusiva el ejercicio de la patria potestad.
3. La actuación enjuiciada no puede considerarse que integra el contenido ordinario y habitual del ejercicio de la patria potestad como una de las actuaciones que usualmente son realizadas por uno sólo de los progenitores, no sólo por la valoración del art. 156.1 CC. en conexión a otros preceptos íntimamente relacionados con el artículo 1.319 CC, sino también dada la infrecuencia y transcendencia económica en cuanto altera la composición objetiva del patrimonio del menor (y nada se diga del dato de la sustitución del dinero por un bien cuyo goce quedaría sustraído al menor por tiempo indeterminado y a beneficio del propio padre).
4. El CC proclama a la vez la aptitud de uno solo de los progenitores para ostentar y ejercer la patria potestad en plenitud —art. 156.4 y 5 CC— y la titularidad dual de dicha función (art. 154.1 y 156.1 CC).

Se armoniza estos postulados mediante la fórmula de ejercicio conjunto o ejercicio unilateral consentido por el otro progenitor para las hipótesis

ordinarias y de ejercicio exclusivo para los casos de imposibilidad, ausencia, etc. de uno de los progenitores —art. 156.4 CC—.

En consecuencia, y dejando al margen los actos ajustados al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad para los que se prevé una regla especial, ...toda actuación individual en ejercicio de la patria potestad no puede obtener el reconocimiento que de su validez implica la inscripción en tanto no se acredite debidamente la causa que conforme a la Ley permite prescindir de la intervención del otro progenitor.

5. En el caso debatido, no aparece acreditado por el progenitor compareciente la concurrencia de alguna de las hipótesis en virtud de las cuales le correspondería en exclusiva el ejercicio de la patria potestad sobre el menor representado —art. 156.3.4. y 5 CC— y por otra parte, no cabe invocar la presunción del artículo 156.3.º del CC como argumento que posibilite la inscripción de la escritura calificada, por cuanto que el acceso al Registro exige que el acto inscribible y, por tanto, los requisitos para su validez vengan revestidos de la fuerza autenticadora que otorga el documento público (cfr. artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 1218 del CC) a lo que no equivale la presunción señalada (artículo 156.3 in fine CC) —cualquiera que sea la amplitud que se le dé en función de la interpretación de la expresión “ejercicio ordinario de la patria potestad”...pues por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.251 del CC ha de calificarse de “*iuris tantum*”. Considerar ... que el progenitor actuante lo hace con el consentimiento del otro, afirmación que solamente decaería en caso de mala fe del tercero, supondría relegar la regla de actuación conjunta al ámbito interno y aceptar en las relaciones con terceros, la solidaridad, salvo en los casos de mala fe. Si tal ha sido la pretensión del legislador no puede negarse que su plasmación carece de la precisión deseable, dada la trascendencia de la solución adoptada. Se oponen, además, a la interpretación que se desecha, las siguientes razones...:
- d) La seguridad y fluidez del tráfico, único argumento que justifica tal posición, no queda especialmente entorpecida por la exigencia de concurrencia de ambos progenitores, y ha de tenerse en cuenta que ya se recogen ciertas previsiones protectoras del tráfico en el 2.º inciso del párrafo primero (validez de la actuación unilateral en ciertas hipótesis) y que también se adoptan especiales cautelas para los supuestos más graves recogidos del artículo 166 del CC.
- e) La exigencia de buena fe en el tercero que se contiene en el artículo 156.3 CC, no avala necesariamente tal posición interpretativa. Si la buena fe se reduce a una mera creencia en la existencia del consenti-

miento del progenitor no interviniente, ciertamente carece de sentido su exigencia para establecer una simple presunción “*iuris tantum*”: sería un requisito prácticamente inútil puesto que, en todo caso, para desvirtuar la buena fe o para impugnar su efecto (la presunción del consentimiento) habría de ser necesario y suficiente con acreditar la falta de aquel consentimiento. Por todo ello, la buena fe ha de entenderse como confianza razonable en la concurrencia de aquel consentimiento, confianza razonable que no puede apreciarse en quien no observa un mínimo de diligencia adecuado a la gravedad del acto, y con su exigencia se pretende que para que prospere la impugnación del acto por falta de consentimiento del progenitor no interviniente, no sea absolutamente necesario demostrar la inexistencia de ese consentimiento, sino que baste con acreditar la falta de buena fe (entendida en el sentido expuesto), en cuyo caso, será el tercero, si quiere lograr la declaración de validez del acto, quien debe probar la concurrencia de aquel consentimiento”.

III.4. LA EXTENSIÓN DE LA PRESUNCIÓN DEL ARTÍCULO 156.3 “*IN FINE*” A OTROS SUPUESTOS INCARDINADOS EN LOS PÁRRAFOS 4 Y 5 DEL ART. 156 CC

Cabe preguntarse sobre si cabe extender la presunción del artículo 156.3 “*in fine*” a otros supuestos distintos de los indicados, esto es, a algunos de los supuestos incardinados en los párrafos 4 y 5 del mencionado precepto.

No obstante, la regla general del ejercicio conjunto de la patria potestad, el CC contempla determinados supuestos en los que el ejercicio de la patria potestad es individual.

III.4.A. En el párrafo 4 del artículo 156 CC, se establece que: “En defecto o por ausencia o imposibilidad de uno de los progenitores, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro”. Así, se establece un ejercicio exclusivo de la patria potestad para unos supuestos en los que uno de los progenitores se halla por ausencia u otra causa, imposibilitado para participar en el ejercicio de la patria potestad, de manera que en defecto de éste se atribuye al otro progenitor el ejercicio individual de la patria potestad. En este apartado se comprenden los siguientes supuestos: casos en los que sólo se ha determinado legalmente una paternidad (la maternidad); los supuestos de exclusión de la patria potestad del progenitor condenado por sentencia firme a causa de las relaciones a que obedezca la generación o cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición (art. 111CC); los supuestos de privación de la patria potestad por sentencia firme con base en el incumplimiento de los deberes inherentes a la

misma o dictada en causa criminal o matrimonial (art. 170 CC en relación con el art. 192.2 Código Penal); los casos de ausencia legalmente declarada —la simple desaparición habría de comprenderse en la “imposibilidad”(que comprende también la grave enfermedad u otra circunstancia de carácter estable)—; los supuestos de muerte o declaración de fallecimiento de uno de los progenitores (a ello alude el precepto cuando utiliza la expresión “en defecto” de uno de los progenitores). En algunos de los casos expuestos se produce una suspensión en el ejercicio de la patria potestad (en otros se da una privación) que el progenitor recupera una vez cesada la situación que la ha motivado —vg. la ausencia—).

Entiendo que no cabe una aplicación de la presunción del artículo 156.3 “in fine” en alguno de esos susodichos casos que contempla el artículo 156.4 CC. Probadas esas situaciones de uno de los progenitores (acreditadas vg. mediante resolución judicial, declaración de ausencia legal...) actuará el otro progenitor que puede hacerlo (al establecerlo así el artículo 156.4 CC), que atribuye al mismo el ejercicio exclusivo de la patria potestad, sin necesidad, por tanto, de la presunción del artículo 156.3 in fine para proteger al tercero. Por otra parte, si tales situaciones no se dan, no cabe el ejercicio exclusivo por el otro progenitor y por ende tampoco cabe tal presunción.

III.4.B. La aptitud de alguno de los progenitores afectados por una discapacidad psíquica o intelectual ¿se puede considerar como un caso de imposibilidad para ejercer adecuada y responsablemente la patria potestad sobre sus hijos?

En ocasiones se cuestiona la aptitud de alguno o algunos de los progenitores afectados por una discapacidad psíquica o intelectual para ejercer adecuada y responsablemente la patria potestad —como una imposibilidad para su ejercicio— sobre sus hijos ante el riesgo de que dicho ejercicio pueda perjudicar su bienestar general⁵⁶.

Los artículos 5 y 12 de la Convención de Nueva York de 2006 reconocen el ejercicio de su capacidad jurídica de las personas con discapacidad psíquica⁵⁷. En el artículo 23.1 de la citada Convención establece que los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que:

- a) Se reconozca el derecho de estas personas en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges,
- b) Se respete el derecho de estas personas a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro.

En el apartado segundo del mentado artículo 23, se dispone que los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad, en lo que respecta a la custodia, la guarda, la adopción de niños y en todos

los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a estas personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos.

Los apartados 4 y 5 del citado art. 23 añaden que los Estados Partes asegurarán que los niños no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres debido a una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos.

Los Estados Partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar.

En suma, en la Convención de 2006 se está reconociendo a la persona con discapacidad el derecho a formar su propia familia, a ejercer personalmente la patria potestad y a relacionarse con los hijos durante toda su minoría de edad, acompañado de la correlativa responsabilidad parental para que no quiebre el bienestar general del menor.

La Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, promueve un modelo cuyo principio informador básico es el respeto a la voluntad, preferencias y deseos de la persona con discapacidad en la toma de decisiones en todas las facetas de su vida, y también en las que se refieren a su esfera estrictamente personal y familiar.

Así pues, una persona con discapacidad psíquica puede tener hijos y ser titular de la patria potestad y de su ejercicio. La discapacidad intelectual no es motivo suficiente para privar al progenitor que padece esa discapacidad del ejercicio de la patria potestad de sus hijos, salvo que tal discapacidad condicione los cuidados y atenciones a los hijos menores, comprometiendo sus intereses.

Las dolencias psíquicas del progenitor cuando impiden desarrollar de manera idónea y responsable las funciones de la patria potestad en atención a los intereses de los hijos menores pueden llegar a condicionar el ejercicio de la patria potestad del afectado. Por tanto, aquellas patologías que no alcanzan a las aptitudes para cuidar y atender debidamente a los hijos menores no afectan al ejercicio de la patria potestad del progenitor con esa discapacidad⁵⁸.

Por otra parte, el ejercicio de la patria potestad por aquellos progenitores que padecen algún tipo de discapacidad intelectual puede determinar la necesidad de apoyos para afrontar adecuadamente su ejercicio como institución cuya finalidad primordial es velar por el interés de los menores.

Este tema admite varias perspectivas según que la discapacidad psíquica o intelectual afecte a uno o a ambos progenitores, según que estos vivan juntos o afronten la maternidad o paternidad en solitario.

Ahora bien, no se puede menos de reconocer que en la práctica puede producirse *una tensión entre el ejercicio igualitario de la patria potestad de los progenitores con discapacidad intelectual y la protección jurídica de los menores*, debiendo primar el interés del menor.

En ocasiones, los progenitores con discapacidad intelectual necesitarán apoyos para prevenir determinadas situaciones de riesgo y desamparo de los menores. Los apoyos necesarios, han de ser suficientes y efectivos para mantener a los menores en compañía de sus progenitores con discapacidad intelectual.

Los presupuestos que habilitan la articulación de apoyos son:

- a) la necesidad de ayuda para lograr el cumplimiento adecuado de las obligaciones parentales —para criar, cuidar, educar o tomar decisiones en torno a los distintos aspectos de la vida de los hijos menores (como la salud o educación)—
- b) la necesidad de proteger al menor tras comprobar las carencias de tipo material o psicológico detectadas en los menores.

Para apreciar la necesidad objetiva de apoyos y el tipo de apoyo, alcance y contenido, habrá que estar a la intensidad, tipología y de la discapacidad intelectual que padece el progenitor, la edad del menor, las ayudas efectivas con el que cuenta en su entorno familiar y vínculo afectivo del menor con el progenitor, entre otras circunstancias.

Por tanto, los progenitores titulares de la patria potestad con discapacidad, la ejercen de forma personal y libremente, sin discriminación alguna, siempre que logren el adecuado cumplimiento de sus obligaciones parentales. No obstante, si la discapacidad intelectual afecta a uno o ambos progenitores, puede ser necesario acudir a medidas de apoyo para el ejercicio de la patria potestad y las relaciones paterno-filiales. Lo contrario atentatoria contra la igualdad jurídica en los derechos familiares por las personas con discapacidad y contra el superior interés del menor.

Sólo si por la discapacidad intelectual se dejase de cumplir con los deberes parentales, o se incidiese en la guarda y atención de los hijos menores, se proveerán las correspondientes medidas de apoyo en interés superior del menor, pudiendo llegarse a la privación de la patria potestad, medida esta que ha de interpretarse de manera restrictiva.

Las enfermedades mentales graves (trastornos de la personalidad, depresiones severas, conductas agresivas y las provocadas por ciertas adicciones) constituyen la principal causa de la desatención moral o material de los menores,

circunstancia que puede conducir a la privación de la patria potestad como ha puesto de manifiesto la Jurisprudencia.

En suma, salvo en esos supuestos graves de discapacidad intelectual, los progenitores con discapacidad no deben ser apartados de la compañía de sus hijos menores, ejerciendo —con o sin apoyos— la patria potestad.

Ahora bien, aún en los casos más graves de enfermedades mentales (esquizofrenia y otros trastornos de la personalidad), el progenitor que padece discapacidad intelectual (según muestra el informe del equipo psicosocial-art. 92.9 CC—) puede ejercitar funciones parentales si la enfermedad está tratada y se lleva un seguimiento periódico por personal médico.

Son frecuentes los pleitos referidos a la custodia de los hijos en los casos de discapacidad intelectual de alguno de los progenitores (enfermedades mentales y derivadas de ellas, alcoholismo y drogadicción) sin tratar o con evolución negativa, situación que impide la custodia individual o compartida de sus hijos menores a favor de ese progenitor puesto que su discapacidad intelectual grave afecta al interés del menor.

No obstante, en el caso de que los progenitores con discapacidad intelectual siguen el tratamiento y no se condiciona el interés del menor en el ejercicio de la patria potestad, esos progenitores ejercerán sus capacidades parentales⁵⁹.

A diferencia de lo establecido en el art. 157 CC respecto del ejercicio de la patria potestad de los menores no emancipados —*que ejercerán la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor; en casos de desacuerdo o imposibilidad, del juez*—, el CC no regula específicamente la necesaria y proporcionada asistencia en el ejercicio de la patria potestad mediando discapacidad intelectual que afecta a uno o ambos progenitores.

La responsabilidad parental es una función personalísima —actos personalísimos— y por tanto no susceptible de representación legal. Además, la patria potestad es indisponible, irrenunciable e intransferible. No obstante, la noción de apoyo es muy amplia y permite incluir en ella no sólo apoyos jurídicos, sino cualquier otro ya sea familiar o delegaciones de cuidados prestados a los hijos menores a favor de familiares, amigos o cuidadores, a cuyo auxilio se recurre en caso de discapacidad intelectual de uno o ambos progenitores.

En estos casos de ejercicio de la patria potestad mediando discapacidad intelectual de uno de los progenitores, cabe que el apoyo para el ejercicio de la patria potestad lo preste el otro progenitor, pues viven juntos, posibilidad prevista en el art. 156 CC.

Se prioriza la voluntad de los progenitores con discapacidad, reconociendo su derecho a elegir y a designar a la persona que presta el apoyo al ejercicio de la patria potestad, persona que goza de su plena confianza que actuará debidamente en el desempeño de la labor de apoyo en la crianza y educación de sus hijos me-

nores. Puede materializarse mediante un acuerdo de apoyo con la persona que lo presta, si bien convendría que se instrumentalizará notarialmente.

En defecto de los apoyos voluntarios, acordados o cuando estos resulten ineficaces o insuficientes, procede acudir a los apoyos formales o institucionales para garantizar suficientemente el interés del menor. En cuanto a los apoyos institucionales, ante la ausencia, insuficiencia o ineficiencia del apoyo familiar en el ejercicio de la patria potestad, seguido de la constatación de una situación de riesgo o de desprotección del menor, queda justificada la intervención de los apoyos institucionales a través del sistema de protección pública de los menores.

El progenitor con discapacidad psíquica, aunque no siempre precisa de la adopción de medidas de apoyo, es titular del derecho a los apoyos necesarios prestado por las autoridades de manera proporcionada, suficiente y personalizada para el ejercicio personal y responsable de la patria potestad y poder prevenir situaciones de desprotección del menor. El apoyo institucional constituye un deber de inexcusable cumplimiento dada la facultad de los padres para recabar el auxilio de la entidad pública en el ejercicio de sus funciones-art. 154 CC—.

Este apoyo tiene un doble objetivo: incorporar la voluntad del progenitor con discapacidad intelectual en orden a sus preferencias y deseos en cuanto a los cuidados y educación del hijo menor, y garantizar a la vez los derechos del menor a permanecer en compañía de sus padres, siendo oído manifestando sus propias opiniones —art. 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor—.

Para las situaciones más graves de discapacidad intelectual del progenitor, el apoyo institucional se canaliza a través de la constitución de la guarda provisional de menores —art. 172.bis CC— o mediante el acogimiento familiar urgente o temporal —art. 172.ter CC—, medidas que han de tener vocación de transitoriedad, atendiendo al principio de reintegración del menor a su entorno familiar.

¿Cabe la renuncia del progenitor con discapacidad intelectual a su derecho a recibir el apoyo para el ejercicio de la patria potestad?

Coexiste el reconocimiento de su autonomía para el ejercicio de la patria potestad con el deber de los padres de prestar a sus hijos menores de edad asistencia de todo tipo.

Ahora bien, el reconocimiento del principio de autonomía para el ejercicio de la patria potestad de los padres con discapacidad intelectual no les posibilita negarse a recibir los apoyos necesarios para el ejercicio responsable de la patria potestad puesto que prima el interés del menor.

Por tanto, el progenitor con discapacidad ha de colaborar para recibir los apoyos necesarios ya que no es admisible que la falta de colaboración sea la causa para incumplir con el ejercicio responsable de la paternidad.

No cabe comprometer el interés del menor por la pasividad del progenitor, siendo inoperativa la renuncia de los apoyos requeridos para el responsable ejer-

cicio de la patria potestad. Si se diese el caso, habría de intervenir el Ministerio Fiscal, así como la Administración competente, para que el incumplimiento de los deberes parentales, no acaben en una situación de riesgo o en la declaración de desamparo del menor.

El reconocimiento del derecho de los padres con discapacidad intelectual a ejercer la patria potestad con libertad respecto a las cuestiones de la vida de sus hijos menores no puede ir, en ningún caso, en contra de del propio beneficio del menor, afectando a su salud, educación, seguridad o cualquier situación de desprotección.

Otro supuesto distinto es el del menor no emancipado. Éste ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor; en casos de desacuerdo o imposibilidad, con la del Juez —art. 157 CC—.

Por último, retomando lo dispuesto en el artículo 156.4 CC, señalar que cuando se atribuye el ejercicio individual de la patria potestad a uno de los progenitores por “*imposibilidad de uno de los progenitores*”, queda impreciso y poco claro el precepto por su amplitud. Su apreciación no debe ser entendida en sentido amplio, excluyéndose aquella meramente momentánea u ocasional, ya que para esos supuestos se ha de acudir a lo dispuesto en el párrafo 1.º del art. 156CC: la patria potestad se ejercerá de manera individual conforme a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad que, por tanto, no admiten demora. Cosa distinta es el cómo probar estas situaciones de imposibilidad.

El art. 156.4 CC regula algunos casos en que el ejercicio conjunto de la patria potestad es imposible, y compete sólo a uno de los progenitores⁶⁰, por tanto, son supuestos de titularidad individual—. El término “en defecto” engloba los supuestos de muerte, declaración de fallecimiento, indeterminación legal de la filiación respecto de uno de los progenitores. La ausencia han de ser los casos de ausencia legalmente declarada —la simple desaparición habría de comprenderse en la “imposibilidad”⁶¹—. Los casos de imposibilidad comprenden, las enfermedades y otras causas que de hecho impidan a uno de los progenitores el ejercicio de la patria potestad.

III.4.C. En el párrafo 5 del art. 156 CC, se contemplan supuestos de separación de hecho y casos de ausencia de matrimonio entre progenitores: “Si los progenitores viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, la autoridad judicial, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre ambos las funciones inherentes a su ejercicio”.

El ejercicio de la patria potestad en los supuestos en que los progenitores no convivan —falta de convivencia de progenitores ajenos a la nulidad, separación o divorcio— plantea problemas. Se trata de supuestos de los cónyuges unidos

en matrimonio que han dejado de vivir juntos y no han tramitado la nulidad, la separación o el divorcio; los casos en que existiendo unión de hecho ha cesado la convivencia y, por último, cuando los progenitores nunca han vivido juntos.

Este párrafo no está referido a progenitores separados judicialmente puesto que en ese tipo de separación el juez previó lo que proceda en relación con el ejercicio de la patria potestad, bien en lo previsto en el convenio regulador —art. 90 CC—, bien en la propia sentencia de separación en defecto de tal convenio —art. 91 CC—.

En suma, el artículo 156.5 “*in fine*” únicamente se refiere a los hijos extramatrimoniales, de progenitores que no conviven, y sobre los que ambos tienen la patria potestad. Es el propio precepto el que, para tales casos, establece que sea el progenitor que convive con el hijo, quien ejercite la patria potestad. Eso sí, el otro progenitor puede oponerse mediante una solicitud fundada en interés del hijo para que se atribuya al solicitante la patria potestad conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre ambos progenitores las funciones inherentes a su ejercicio —art. 156.5 CC—.

Como se puede observar, el precepto vincula la atribución del ejercicio de la patria potestad a la convivencia del menor con uno u otro progenitor, dependiendo de la voluntad, en principio de la voluntad de los padres. Estamos ante separaciones de hecho, tanto de cónyuges separados de hecho⁶² o progenitores no casados (art. 87.2 CC), ya que, en la separación de Derecho, en la sentencia judicial o en ejecución se habrían adoptado las medidas oportunas (art. 86 y ss. CC).

En el art. 156.5 CC se parte del supuesto de hecho de previa convivencia del hijo con uno de los progenitores sin medias oposición del otro progenitor o bien porque concurre el acuerdo expreso o tácito del mismo. También ocurre en el supuesto en que los progenitores nunca han vivido juntos y el hijo conviva con uno de ellos, o cuando mediando o no matrimonio, los progenitores ya no viven juntos y el hijo viene conviviendo con uno de ellos, o porque el hijo convive con el único progenitor respecto del cual la filiación está determinada. En los susodichos supuestos —matrimoniales o no matrimoniales— se da una asignación legal del ejercicio de la patria potestad al progenitor con quien los hijos convivan, pero sin que la titularidad se altere⁶³.

Por tanto, respondiendo a la pregunta de si es posible aplicar la presunción del artículo 156.3 CC a lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 156 CC, hemos de concluir que, si los progenitores viven separados, la patria potestad se ejercerá, en principio por el progenitor con quien el hijo conviva. Sin embargo, si a solicitud del otro progenitor, el Juez le atribuyese la patria potestad, en interés del hijo, para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre ambos las funciones inherentes a su ejercicio⁶⁴. La actuación que realice ese progenitor no conviviente no está amparada por la presunción del artículo 156.3 CC,

sino por la propia medida judicial que siempre se podrá acreditar. Igualmente, si la actuación se llevase a cabo por el progenitor separado que convive con el menor, no se precisa de tal presunción, puesto que tiene legalmente atribuido el ejercicio de la patria potestad.

En definitiva, es clara la regla general del art. 156.5 CC para los casos en que los progenitores no viven juntos. La convivencia del hijo con uno de los progenitores lleva aparejada la atribución del ejercicio de la patria potestad.

Ahora bien, si no cabe aplicarse esa norma porque no se da el supuesto de convivencia exclusiva del hijo con uno de los progenitores porque no hay acuerdo al respecto entre éstos, habrá de determinarse al cuidado de cuál de los progenitores ha de quedar el hijo y habrá de ejercer la patria potestad: “Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El juez oírà, antes de tomar esta decisión, a los hijos que tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueren mayores de doce años” (art. 159 CC).

IV. CONCLUSIONES

I. En cuanto a la *naturaleza de la presunción* del artículo 156.3.CC, para unos iuris tantum y para otros iuris et de iure, la Resolución de 20 de enero de 1989 de la Dirección General de los Registros y del Notariado entiende acertadamente que la presunción del consentimiento que se recibe en el artículo 156 CC ha de calificarse de iuris tantum.

Tras analizar los apartados anteriores del artículo 156 CC, cabe concluir que el apartado 3 “in fine” del artículo 156 CC *tiene mucho menos alcance del que parece*. Las actuaciones individuales de un progenitor llevadas a cabo en uso de una legitimación individual dispuesta directamente o autorizada judicialmente ya vienen validadas en origen y lo que no puede llevarse a cabo por no contar con mecanismo de validez originario no cabe subsanarlo para determinar la validez del acto para proteger a los terceros de buena fe⁶⁵.

En definitiva, “los supuestos de los párrafos anteriores” a que alude el párrafo tercero in fine del artículo 156 CC, quedarán circunscritos a los actos del párrafo primero in fine del mismo precepto: aquellos que realiza uno solo de los progenitores “conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad”.

II. Por todo lo anterior, podemos calificar ese inciso final del párrafo tercero como prescindible ya que los actos realizados por uno de los progenitores conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad,

son calificados por el art. 156.1 *in fine*: como “válidos” con lo que el apartado final del párrafo 3.º del art. 156 CC no supone nada más que un plus de tranquilidad, si cabe, a los terceros en tales supuestos en los que el propio CC prevé actuaciones individuales en el ejercicio de la patria potestad, de manera que si el otro progenitor no actuante no está de acuerdo podrá reaccionar contra la decisión del progenitor que individualmente actuó, protegiendo al tercero que actuó de buena fe.

El art. 156.3 “*in fine*” pretende proteger a los terceros de buena fe con la finalidad de evitar que se impugnen los actos llevados a cabo, en supuestos muy concretos del art. 156.1. “*in fine*”, por uno de los progenitores.

Así, el art. 156 CC una vez que en su párrafo primero la regla general del ejercicio conjunto, después, recoge en unos supuestos la validez de los actos realizados por uno de los progenitores. Luego, en su párrafo tercero “*in fine*” establece una norma que protege a los terceros de buena fe con la finalidad de evitar que se impugnen los actos llevados a cabo por solo uno de los progenitores.

Aunque el precepto alude a “los supuestos de los párrafos anteriores”, su alcance de aplicación es mucho más reducido. La protección a los terceros de buena fe aplicable a las actuaciones llevadas a cabo por uno solo de los progenitores se reduce a lo previsto en el art. 156.1 “*in fine*”. Actuaría uno de los progenitores en el ejercicio ordinario de la patria potestad —conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad— y mediando buena fe del tercero se presume que el progenitor cuenta con el consentimiento del que no actuó. Por tanto, cuando el progenitor que actúa lo hace en el ejercicio ordinario de la patria potestad (el conjunto de ambos progenitores) del art. 156.1. “*in fine*”, se presume que el progenitor actuante lo hace con el consentimiento del otro. Mediando buena fe del tercero, la norma presumirá que el progenitor que actuó en el ejercicio ordinario de la patria potestad (el conjunto), lo llevo a cabo con el consentimiento del que no actuó.

El ejercicio ordinario de la patria potestad se refiere a los actos usuales de la patria potestad del art. 156. 1. “*in fine*”, excluyéndose actos de mayor trascendencia en el ámbito patrimonial. Por tanto, el tercero de buena fe ante esos actos que exceden el ejercicio ordinario de la patria potestad únicamente quedaría protegido cuando concurra el consentimiento expreso del progenitor que no actuó.

III. En mi opinión, aun cuando pudiera parecer que el art. 156.3 “*in fine*” para proteger a los terceros de buena fe presume que el progenitor actuante en el ejercicio ordinario de la patria potestad cuenta con el consentimiento del otro, de forma que el acto decaerá solo si los terceros eran conocedores o podían conocer que el progenitor no actuante había sido preterido, la exigencia de buena fe en el tercero que se contiene en el artículo 156.3 CC, no avala necesariamente tal posición. *La buena fe queda determinada por la confianza razonable en la con-*

currencia del consentimiento del progenitor no interviniente, confianza razonable que no puede apreciarse, como afirma la Resolución de 20 de enero de 1989 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en quien no observa un mínimo de diligencia adecuado a la gravedad del acto, de manera que para prosperar la impugnación del acto por falta de consentimiento del progenitor no interviniente, no sea absolutamente necesario demostrar la inexistencia de ese consentimiento, sino que baste con acreditar la falta de buena fe, en cuyo caso, será el tercero, si quiere lograr la declaración de validez del acto, quien debe probar la concurrencia de aquel consentimiento.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (1984), Comentario a los artículos 154-161 y 164-168, en *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, Vol. II, Tecnos, Madrid,
- BONET RAMÓN, F. (1962) *Código Civil comentado*, Aguilar, Madrid, p. 203 y 204.
- CASTÁN VAZQUEZ, J.M. (1960) “La patria potestad”, *Revista de Derecho Privado*, en la pp. 111 y ss.
- CASTÁN VAZQUEZ, J. M.^a (1993), “Comentarios a los artículos 154-171”, en *Comentarios del Código Civil*, T. I Ministerio de Justicia, Madrid
- DE LA VÁLGOMA, M. (1981) “Notas sobre la titularidad del ejercicio de la patria potestad”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 62, pp. 89 a 104
- DE PADRA GONZÁLEZ, J. M. (1982),” La patria potestad tras la reforma del Código Civil”, *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo, pp. 253-325
- DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.^a (1983), “La patria potestad tras la reforma del Código Civil”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. 25, pp. 355-420
- DÍEZ PICAZO, L. (1982), “Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 35, n.º 1, pp. 3-20
- DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (1997), *Sistema de Derecho Civil IV*, Tecnos, Madrid,
- FUENTE NORIEGA, M. (1986), *La patria potestad compartida en el Código Civil Español*, Madrid
- GORDILLO CAÑAS, A. (1982), “La protección de los terceros se buena fe en la reciente reforma del Derecho de Familia”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, pp. 1111-1160.
- HERAS HERNÁNDEZ, M. M. (2021), “Patria potestad y discapacidad: apoyo a la parentalidad responsable y protección del menor: La imprescindible supresión legal de la patria potestad prorrogada y rehabilitada”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 4, julio-agosto, pp. 101 y ss.
- LACRUZ BERDEJO, J.L SANCHO REBULLIDA, F. DE A., RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1984). *Derecho de familia*, José María Bosch, Barcelona
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (1997)., *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de Familia*, 4.ª Edc. Bosch, Barcelona

- LACRUZ BEERDEJO, J.L. (2010), *Elementos de Derecho Civil, IV, Familia*, (Edc. puesta al día por Joaquín Rams Albesa), Dykinson, Madrid
- MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2024), *Curso de Derecho Civil, Vol. IV, Derecho de Familia*, 7.ª Edc., EDISOFER.
- PADIAL ALBÁS, A., SERRANO MASIP, M., TOLDRÁ ROCA, M.D. (2011), “Titularidad y ejercicio de la potestad parental en el Libro segundo del Código Civil de Cataluña”, en *El nuevo Derecho de la persona y de la familia. Libro segundo del Código Civil de Cataluña* (Coord. Barrada Orellana, R.; Garrido Melero, M., y Nasarre Aznar, S.), Ed. Bosch, Barcelona, pp. 687 y ss.
- PEREA, J. M. (2008) *Interés del menor y Derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*. Iustel, Madrid
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (2021), “Capítulo 15, La protección de los menores y las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. La patria potestad.”, en *Curso de Derecho Civil, Vol. IV. Derecho de Familia*, 6.ª Edc. 2021 (Coord. Martínez de Aguirre Aldaz, C.), EDISOFER, S.L., pp. 385 y ss.
- RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2001) “La guarda y custodia de los hijos”, *Derecho Privado y Constitución*, n.º 15, pp. 281 a 330.
- RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2002) “Reflexiones sobre los deberes paternofiliales”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Luis Díez-Picazo*, (Coord. Cabanillas Sánchez, A.), V. III, (Derecho civil, derechos reales, derecho de familia), Civitas, Madrid, pp. 4887-4900.
- RUBIO SAN ROMÁN, J. I. (2000), “Comentario a los artículos 154-161 y 169-171”, en *Comentarios al Código Civil*, II, vol. 2 (Coord. Rams Albesa y Moreno Flores), J.M. Bosch, Barcelona., pp. 1492
- SANTOS MORÓN, M.J (2002). “Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la STC 154/2002, de 18 de julio”, *La Ley, Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 7, pp. 1632-1638.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1912) *Estudios de Derecho Civil*, T. V, vol. II, Madrid, p. 1117 y ss.
- SEISDEDOS MUIÑO, A. (1988), *La patria potestad dual*. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao
- SUÁREZ BLAZQUEZ, G. (2014) “La patria potestad en el Derecho Romano y en el Derecho Altomedieval visigodo”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N.º36, pp. 159 a 187.
- URIBE SORRIBES, A. (1983), “La representación de los hijos”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXV, Madrid., pp. 239 a 278
- VOLTERRA, E. (1977) *Istituzioni di Diritto Privato romano*, Ed. Edizioni Ricerche, Roma.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (2011), “Art. 154”, *Código Civil Comentado*, Vol. I, Civitas-Thomson Reuters, 1.º Edc., pp. 761 y ss.
- YZQUIERDO TOLSDA, M. (2011), “Art. 156”, *Código Civil Comentado*, Vol. I (Coord. De Pablo Contreras, P. y Valpuesta Fernández, R.), Civitas, Thomson Reuters, Navarra, pp. 773 y ss.,

NOTAS

¹ SUÁREZ BLAZQUEZ, G. (2014) “La patria potestad en el Derecho Romano y en el Derecho Altomedieval visigodo”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N.º36, pp. 159 a 187. También, sobre el tema, VOLTERRA, E. (1977) *Istituzioni di Diritto Privato romano*, Ed. Edizioni Ricerche, Roma.

² Partiendo del Derecho romano, la evolución de la patria potestad en el Derecho visigodo no experimentará grandes transformaciones más allá de la influencia del cristianismo. El marido sigue siendo la autoridad y el titular exclusivo como paterfamilias: así se refleja en la Ley Romana Visigothorum, promulgada en el año 506 por Alarico II. El cristianismo interviene para que la patria potestad se ejerza conforme a la doctrina de la Iglesia —a natura—.

³ En la realidad social de la época de la aprobación del CC existía desigualdad entre los esposos y entre los hijos, lo que se traduce en una patria potestad que concedía amplia autoridad al padre, si bien se fue atenuando con el paso del tiempo,

⁴ CASTÁN VAZQUEZ, J.M. (1960) “La patria potestad”, *Revista de Derecho Privado*, en la pp. 111 afirma que el art. 154 ha de ser interpretado de manera que evite “en lo posible las situaciones injustas que, al amparo de una interpretación rígida podrían presentarse”, y añade en la p. 113 que no se puede afirmar que “la madre no es nadie” en el Código Civil puesto que se le reconocía ciertos derechos maternos. DE LA VÁLGOMA, M. (1981) “Notas sobre la titularidad del ejercicio de la patria potestad”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 62, pp. 89 a 104, entiende que la patria potestad se ejercía especialmente por la madre en el aspecto personal, mientras se atribuía legalmente con preferencia al padre. La doctrina interpreto el art. 154 CC del modo más favorable posible para los hijos y la madre, estimando que el precepto no excluía una cierta participación de la madre en la patria potestad durante la vida del padre, así SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1912) *Estudios de Derecho Civil*, T. V, vol. II, Madrid, p. 1117.

⁵ En este sentido vide BONET RAMÓN, F. (1962) *Código Civil comentado*, Aguilar, Madrid, p. 203 y 204.

⁶ STS de 13 de diciembre de 1.909. URIBE SORRIBES, A. (1983), “La representación de los hijos”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXV, Madrid, pp. 239 a 278, concretamente en la p. 245 entiende que la intervención de la madre en su ejercicio fue esgrimida en las relaciones internas de la familia.

⁷ STS de 3 de diciembre de 1946.

⁸ RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2002) “Reflexiones sobre los deberes paterno-filiales”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Luis Díez-Picazo*, (Coord. Cabanillas Sánchez, A.), V. III, (Derecho civil, derechos reales, derecho de familia), Civitas, Madrid, pp. 4887-4900.

⁹ DÍEZ PICAZO, L.(1982), “Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 35, n.º 1, pp. 3-20, en la pp. 3 y 4, dice “La reforma tenía por objetivo básico establecer la llamada patria potestad conjunta, esto es, la igual participación de ambos progenitores en su titularidad y en su ejercicio...El objetivo de hacer por igual partícipes a ambos progenitores en la titularidad y en el ejercicio de la patria potestad se encontraba prefigurado en la Ley de 2 de mayo de 1975, que consagró el principio de igualdad de los cónyuges dentro del matrimonio del que la patria potestad conjunta es una inevitable secuela. Después, con mayor fuerza, el artículo 32 de la Constitución, ha hablado de “matrimonio con plena igualdad jurídica” ... La reforma del Título VIII del Libro I ha estado guiado por el objetivo primordial de instaurar en nuestro Derecho la patria potestad conjunta...”

YZQUIERDO TOLSADA, M. (2011), Art. 154, Código Civil Comentado, Vol. I, Civitas-Thomson Reuters, 1.º Edc., pp. 761 y ss.: “No se piense, sin embargo, que el régimen jurídico de las diferentes implicaciones del instituto se encuentra todo el contenido en este Título VII (del CC), pues junto con las derivaciones de orden penal, administrativo, laboral, etc., lo cierto es que hay otros preceptos a lo largo del Código Civil que sirven para integrar la regulación en cada escenario...” y menciona los arts. 20.1.a), 90 y ss., 111, 172 y ss., 226,243, 277, 314,317,320, 627, 854 y 855,966, 1810 y 1903.y añade “tampoco es del todo correcto el término “relaciones paterno-filiales” con que se intitula este Título VII, pues, por un lado, existen en otros lugares del Código Civil numerosas normas que gobiernan las relaciones entre padres e hijos (así, no pocas de las contenidas en el Título VI comprometen a aquéllos a prestar alimentos a éstos como consecuencia precisamente del parentesco entre unos y otros), pero es que además, lo que interesa en los artículos 154 y ss. son las relaciones entre los padres y no cualesquiera hijos, sino los que se encuentran sometidos a patria potestad, que son los hijos no emancipados...”

¹⁰ DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.^a (1983), “La patria potestad tras la reforma del Código Civil”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. 25, pp. 355-420.

¹¹ SEISDEDOS MUIÑO, A. (1988), La patria potestad dual. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, p. 19 entiende que la igualdad de los esposos no debe considerarse como autonomía de cada cónyuge, sino como solidaridad de los mismos “de donde surge un nuevo concepto de unidad: se trata de llevar a cabo una redistribución de los poderes y cargas del matrimonio, sustituyendo la autoridad de uno por el acuerdo de ambos; acuerdo que expresa la unidad sustancial de la pareja frente al sistema anterior, que pretendía fundamentalmente conseguir una unidad meramente formal”.

¹² Ello se pone de manifiesto cuando los artículos 156, 157, 158, 166 ó 168 del CC, entre otros, establecen la intervención judicial en los momentos en los que el interés del hijo lo precisa. Este planteamiento estuvo presente en la reforma de 1981 acompañado del principio básico de que se trata de una función siempre ejercitable en beneficio del hijo por lo que cualquier situación de conflicto se debe resolver en interés del menor. Así, de este modo, en aplicación del art 92.8 CC entendiendo que solo en interés del menor es aconsejable la custodia compartida por parte de padres divorciados y aun cuando ellos no lo hayan solicitado de mutuo acuerdo, así, vide la STS de 1 de octubre de 2010, RJ 2010, 7302. DE TORRES PEREA, J. M. (2008) *Interés del menor y Derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*. Iustel, Madrid, especialmente pp. 21 y ss., configura el interés del menor como un Principio General del Derecho que se ha recogido en la LO 1/1996 en forma de cláusula general, por lo que ha adquirido fuerza de Ley. Su carácter de cláusula general permite reformular todo el Derecho de familia cuyo eje de gravedad será ahora el menor, debido al carácter superior de su interés sobre cualquier otro concurrente. En esta fase de transformación del Derecho de familia, debe ser éste reinterpretado superando los viejos esquemas patriarcales que se regían por el “deber ser de las cosas”, pues la familia se justifica ahora en tanto sea cauce para el pleno desarrollo de sus miembros, especialmente los menores que merecen una protección reforzada.

¹³ LACRUZ BERDEJO, J.L SANCHO REBULLIDA, F. DE A., RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1984). *Derecho de familia*, José María Bosch, Barcelona, p. 215.

¹⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F. DE A., RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1984); *Derecho de familia*, José María Bosch, Barcelona, p.221.

¹⁵ Sobre este particular, HERAS HERNÁNDEZ, M. M. (2021), “Patria potestad y discapacidad: apoyo a la parentalidad responsable y protección del menor: La imprescindible

supresión legal de la patria potestad prorrogada y rehabilitada”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 4, julio-agosto, pp. 101 y ss.

¹⁶ YZQUIERDO TOLSADA, M.(2011), “Art. 154”, *Código Civil Comentado*, Vol. I, Civitas-Thomson Reuters, 1.º Edc., pp.762 y ss.: “Desde luego, el deber paterno de piedad ya se hallaba presente en el Derecho justiniano, y desde entonces con el influjo del cristianismo, pero aún en la etapa de la codificación, el individualismo que invade por doquier el proceso se reserva, cuando de la familia se trata, al paterfamilias, porque el parecido entre “padre” y “patrón” no es algo meramente fonético, sino literalmente etimológico: si la familia constituía el equipo de una explotación económica de producción reparto y consumo, en el que el padre se confundía con el patrón, la diferencia con las otras dos grandes instituciones básicas de los Códigos está en que, si en la propiedad o en el contrato la concepción es la libertad, en la familia la concepción es la propia de la jerarquía “.

¹⁷ YZQUIERDO TOLSADA, M. (2011), “Art. 154”, *Código Civil Comentado*, Vol. I, Civitas-Thomson Reuters, 1.º Edc., pp.763: “...Una potestad cuyo entramado de relaciones trasciende del grupo y se presenta como algo sometido a control público a través de la vigilancia del juez, lo que permite predicar de ella el abandono del terreno de las potestades de Derecho privado.”

¹⁸ STS de 31 de diciembre de 1996, RJ 1996, 9223.

¹⁹ En determinadas circunstancias, las normas extracodiciales reconocen al menor cierta autonomía con base en el libre desarrollo de la personalidad, propiciándose la intervención del menor en aspectos personales atenuando, cuando no excluyendo la intervención de sus padres-vg. en ámbitos como el derecho al honor, intimidad personal y propia imagen, en materia sanitaria... En estos supuestos, en los que las normas se remiten a criterios de madurez en la medida que la capacidad se desvincula de la mayor edad, es el menor quien termina actuando por sí solo o con el consentimiento de sus padres como representantes legales. PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (2021), “Capítulo 15, La protección de los menores y las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. La patria potestad.”, en *Curso de Derecho Civil*, Vol. IV. Derecho de Familia, 6.ª Edc. 2021 (Coord. Martínez de Aguirre Aldaz, C.), EDISOFER, S.L., pp. 385 y ss. STS de 31 de diciembre de 1996.

²⁰ STS de 22 de mayo de 1993.

²¹ DÍEZ PICAZO, L. (1982) “Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de Patria Potestad”, *Anuario de Derecho Civil*, T. 35 (1), pp. 3 a 20. LACRUZ BEERDEJO, J.L. (2010), *Elementos de Derecho Civil, IV, Familia*, (Edc. puesta al día por Joaquín Rams Albesa), Dykinson, Madrid, pp. 399 y ss. LLAMAS POMBO, E., El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad, Trivium, Madrid, 1993, pp. 53 y ss. RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2001) “La guarda y custodia de los hijos”, *Derecho Privado y Constitución*, n.º 15, pp. 281 a 330.

²² PADIAL ALBÁS, A., SERRANO MASIP, M., TOLDRÁ ROCA, M.D. (2011), “Titularidad y ejercicio de la potestad parental en el Libro segundo del Código Civil de Cataluña”, en *El nuevo Derecho de la persona y de la familia. Libro segundo del Código Civil de Cataluña* (Coord. Barrada Orellana, R.; Garrido Melero, M., y Nasarre Aznar, S.), Ed. Bosch, Barcelona, pp. 687 y ss.

²³ STS de 31 de diciembre de 1996.

²⁴ STS de 24 de abril de 2000.

²⁵ STS de 17 de junio 1995.

²⁶ El artículo 162 CC, exceptúa de la representación paterna ciertos actos referidos a determinados derechos de la personalidad y, en general, aquellos que, según sus condiciones de madurez, pueda el menor realizar por sí mismo.

²⁷ Art. 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y STS de 14 de septiembre de 2018.

²⁸ STS de 12 de febrero de 1992.

²⁹ STS de 31 de diciembre de 1996.

³⁰ STS de 29 de mayo de 2001.

³¹ STS de 25 de junio de 1994.

³² STS de 20 de enero de 1993.

³³ YZQUIERDO TOLSADA, M. (2011), “Art. 154 CC”, *Código Civil Comentado*, Vol. I, (Coord. De Pablo Contreras, P. y Valpuesta Fernández, R.), Civitas-Thomson-Reuters, Navarra, 1.ª Edc. p. 769.

³⁴ Recordemos que el art. 39 de la CE dispone que: “los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”.

³⁵ En relación con el problema referido a la situación creada por los padres que optan por sustraer a sus hijos del sistema educativo obligatorio vide la STC 260/1994, de 3 de octubre, RTC, 1994, 260.

³⁶ STS n.º 622/1996, de 13 de julio.

³⁷ La guardia y custodia se identifica con la función de los padres de velar por los hijos y tenerlos en su compañía, STS de 19 de octubre de 1983.

³⁸ Art. 54.2 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, modificado por Real Decreto 2162/1996 de 20 de diciembre.

³⁹ Art. 92.5 CC. Para la guardia y custodia compartida, ha de valorarse especialmente la existencia de una buena relación entre los progenitores que les permita postergar su desencuentro personal en aras del beneficio del hijo común menor no emancipado. Sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas n.º 327/2004, de 15 de abril y de la Audiencia Provincial de Barcelona n.º 140/2004, de 3 de marzo.

⁴⁰ BOE de 8 de febrero de 2023.

⁴¹ SANTOS MORÓN, M.J (2002). “Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la STC 154/2002, de 18 de julio”, *La Ley, Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 7, pp. 1632-1638.

⁴² STS de 17 de junio de 1995, RJ 1995, 5304.

⁴³ LACRUZ BERDEJO, J.L. (1997)., *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de Familia*, 4.ª Edc. Bosch, Barcelona, p. 574. SEISDEDOS MUIÑO, A. (1988), *La patria potestad dual*, Bilbao, pp. 35 y 36.

⁴⁴ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de diciembre de 1988 (RJ 1988, 9944) y de 30 de noviembre de 1989, RJ 1989, 9719. YZQUIERDO TOLSADA, M.(2011), “Art. 156”, *Código Civil Comentado*, Vol. I (Coord. De Pablo Contreras, P. y Valpuesta Fernández, R.), Civitas, Thomson Reuters, Navarra, pp. 773 y ss., considera que “así ha de suceder, y con más razón, cuando la doctrina de los propios actos acompaña a casos tan cotidianos como que sea uno de los padres el que procede a matricular al menor en el mismo centro docente que aquel en el que se ha estudiado durante los años anteriores a su inscripción en las mismas actividades extraescolares, etc. Distinto será el escenario si se trata de matricular al niño en un nuevo colegio con distinto ideario o método de enseñanza, inscribirle en nuevas actividades deportivas que entrañan cierto riesgo (v.gr. cambiar el tenis por el kárate), cambiarle de sociedad médica, decidir un determinado tratamiento para combatir la obesidad etc.”

⁴⁵ Artículo 6.2 Código Civil.

⁴⁶ YZQUIERDO TOLSDA, M.(2011), “Art. 156”, *Código Civil Comentado*, Vol. I (Coord. De Pablo Contreras, P. y Valpuesta Fernández, R.), Civitas, Thomson Reuters, Navarra,, pp. 774, considera “poco coherente que en situaciones de crisis matrimonial puedan los padres pactar en convenio regulador las medidas que tengan por conveniente sobre el cuidado de los hijos y, de manera general, sobre el ejercicio de la patria potestad (art. 90.1.a) CC) y no puedan hacer lo mismo en situaciones de completa normalidad. Incluso, cabe pensar en las capitulaciones matrimoniales como sede posible para este tipo de pactos, pues por más que el contenido de este negocio jurídico tenga carácter fundamentalmente patrimonial, el art. 1325 permite que los otorgantes estipulen “cualesquiera otras disposiciones” en la escritura pública que las formalice”.

⁴⁷ FUENTE NORIEGA, M. (1986), *La patria potestad compartida en el Código Civil Español*, Madrid, p. 231.

⁴⁸ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (1984), Comentario a los artículos 154-161 y 164-168, en *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, Vol. II, Tecnos, Madrid, p. 1063.

⁴⁹ DE PADRA GONZÁLEZ, J. M. (1982),” La patria potestad tras la reforma del Código Civil”, *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo, pp. 253-325, en concreto p. 275.

⁵⁰ SEISDEDOS MUIÑO, A. (1988), *La patria potestad dual*, Universidad del País Vasco, 420 p.

⁵¹ GORDILLO CAÑAS, A. (1982), “La protección de los terceros se buena fe en la reciente reforma del Derecho de Familia”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, pp. 1111-1160.

⁵² YZQUIERDO TOLSDA, M. (2011), “Art. 156”, *Código Civil Comentado*, Vol. I (Coord. De Pablo Contreras, P. y Valpuesta Fernández, R.), Civitas, Thomson Reuters, Navarra, pp.779.

⁵³ DíEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (1997), *Sistema de Derecho Civil IV*, Tecnos, Madrid, p.298 y ss. la consideran una norma confusa. Para LACRUZ BERDEJO, J. L., Elementos de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia, 4.ª edc. Bosch, Barcelona, 1997, p. 580, entraña una presunción “iuris et de iure” que no se refiere sólo a los supuestos de los dos párrafos anteriores —art. 156.3 CC— siendo posible la aplicación analógica a otros supuestos de actuación individual, que entraña una presunción de consentimiento del no actuante.

⁵⁴ Ante un desacuerdo o ante los constantes desacuerdos que entorpezcan el ejercicio de la patria potestad, durante un tiempo superior a dos años, el Juez atribuye que todas las decisiones sean tomadas por uno solo de los progenitores o que uno tome un tipo de decisiones y otro tome otras.

⁵⁵ Resolución de 20 de enero de 1989 de la Dirección General de los Registros y del Notariado en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Barcelona don Luis Pérez —Ordoyo Cillero, contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 10 de Barcelona a inscribir una escritura de compraventa, en virtud de apelación del recurrente. BOE, núm. 15, viernes 10 de febrero de 1989, pp. 4105.

⁵⁶ El artículo 39 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y violencia doméstica —Convenio de Estambul—, prohíbe expresamente las esterilizaciones forzadas.

La Ley orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal, deroga el párrafo segundo del art. 156 de este texto legal, dejando sin efecto la posibilidad legal de practicar esterilizaciones forzosas que afectan mayoritariamente a las mujeres.

⁵⁷ Disfunción que no siempre obedece a un componente genético heredado, sino que puede ser sobrevenida para cualquier persona física.

⁵⁸ STS de 22 de febrero de 2017 y 9 de marzo de 2016.

⁵⁹ SAP Badajoz, Secc. 3.ª, 11-xII-2018, JUR 2019, 30717. Por otra parte, en el Auto del TS de 27 de marzo de 2019 (JUR 2019, 1421167) se refiere a un trastorno bipolar que padece una madre, solicitando el padre la custodia individual. El Juzgado de 1.ª Instancia concedió la custodia al padre por entender que daba mayores garantías de bienestar el menor, a pesar de que la madre estaba estabilizada al seguir el tratamiento prescrito, lo que le permitiría el cuidado del hijo menor. La Audiencia Provincial otorgo la custodia compartida al entender que la madre estaba estabilizada y debía presentar en el juzgado cada trimestre un informe de psiquiatría sobre el seguimiento y control de su enfermedad. El padre recurrió en casación alegando que la sentencia recurrida vulneraba el interés superior del menor al establecer la custodia compartida. El TS no admitió el recurso porque entendió que la Audiencia había resuelto en atención al interés superior del menor, ya que en los informes sobre la discapacidad intelectual de la madre dejaba claro que podía hacerse cargo de su hijo.

⁶⁰ STS de 20 de enero de 1993, RJ 1993, 4781.

⁶¹ CASTÁN VAZQUEZ, J. M.ª (1993), “Comentarios a los artículos 154-171”, en *Comentarios del Código Civil*, T. I Ministerio de Justicia, Madrid, p.553, entiende que la ausencia puede ser declarada o de hecho. RUBIO SAN ROMÁN, J. I. (2000), “Comentario a los artículos 154-161 y 169-171”, en *Comentarios al Código Civil*, II, vol. 2 (Coord. Rams Albesa y Moreno Flores), J.M. Bosch, Barcelona, pp. 1492 y ss., solo admite la ausencia de hecho.

⁶² La RDGRN de 3 de octubre de 1990, RJ 1990, 8342, establece que al estar los cónyuges separados de hecho y convivir el hijo con la madre, ha de prevalecer el nombre elegido por esta.

⁶³ Sentencias del TS de 28 de febrero de 1984 y 8 de octubre de 1994. RDGRN de 8 de septiembre de 2001 y también de 3 de octubre de 1990. MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2024), *Curso de Derecho Civil*, Vol. IV, Derecho de Familia, 7.ª Edc., EDISOFER S.L. p. 407.

⁶⁴ STS 10 de octubre de 1994, RJ 1994, 10616 y de 28 de febrero de 1984, RJ 1984, 814.

⁶⁵ YZQUIERDO TOLSDA, M. (2011), “Art. 156”, *Código Civil Comentado*, Vol. I (Coord. De Pablo Contreras, P. y Valpuesta Fernández, R.), Civitas, Thomson Reuters, Navarra, pp.782.

Hipervulnerabilidad de las personas
mayores tras la transformación
digital (también) del sector bancario:
automatización (crédito scoring),
datificación y daños por productos
inteligentes defectuosos a personas
vulnerables

*Hypervulnerability of elderly people
after the digital transformation (also)
of the banking sector. automation,
datification and damage from defective
smart products to vulnerable people*

por

INMACULADA SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA*

Directora del Departamento de Derecho civil

Catedrática de Derecho Civil

Universidad de Granada

RESUMEN: El proceso de digitalización y de transformación digital (sin alternativas) en sectores tan esenciales como el sistema sanitario, bancario y financiero está provocado que las personas mayores (con o sin discapacidad) —que no son población vulnerable de manera intrínseca (*per sé*)—, estén siendo puestas «en situación de vulnerabilidad/hipervulnerabilidad». Consciente de ello y, también, de que la “discapacidad digital” de las personas mayores constituye un tér-

mino «relacional» con el entorno, los productos y los servicios digitales que no están adaptados a sus necesidades debido a la “falta de accesibilidad”, “falta de alfabetización digital”, “brecha digital” y a los “sesgos algorítmicos discriminatorios” que se evidencia en las “decisiones automatizadas basadas en IA” (*credit scoring*) en los que se invisibiliza y prejuzga a las personas mayores por razón de su edad. Su autora da la bienvenida a la Ley Europea de Accesibilidad (2025), el Reglamento (UE) 2024/1689 de Inteligencia Artificial y al nuevo régimen de responsabilidad por productos defectuosos, contenido en la Directiva 2024/2853 así como, también, a la Ley 4/2022 en virtud de la cual se incluyó en el TRLG-DCU el concepto de personas consumidoras vulnerables. Reivindica, además, que en el contexto digital y en el propio de la transformación digital del sector bancario y financiero las personas consumidoras mayores son “personas hipervulnerables” dada su “vulnerabilidad digital”. Celebra, también, que se imponga, con carácter obligatorio, la accesibilidad digital, y que en el nuevo régimen de responsabilidad por productos defectuosos aplicable a los daños y perjuicios ocasionados por sistemas de IA *amplíe el concepto de producto* (incluyendo bienes intangibles y servicios digitales), *incluya nuevos tipos de daños indemnizables e identifique nuevos operadores económicos responsables* (como las plataformas en línea o los prestadores de servicios logísticos) facilitando, desde el punto de vista probatorio, la carga de la prueba e incorporando *presunciones iuris tantum* dirigidas a facilitar el acceso a la indemnización por parte de las personas perjudicadas: entre las que, previsiblemente, se encontrarán, en calidad de “personas consumidoras vulnerables”; “hipervulnerables, diría yo, dada la especial hipervulnerabilidad digital de las personas mayores, con o sin discapacidad.

ABSTRACT: The process of digitalization and digital transformation (without alternatives) in sectors as essential as the health, banking and financial system is causing older people (with or without disabilities) —who are not an intrinsically vulnerable population (per se)— to be placed “in a situation of vulnerability/hypervulnerability.” Aware of this and, also, that the “digital disability” of older people constitutes a “relational” term with the digital environment, products and services that are not adapted to their needs due to the “lack of accessibility”, the “digital divide” and the discriminatory biases that are evident in “automated decisions based on AI” (credit scoring) in which older people are made invisible and prejudged due to their age. Celebrate that UNESCO, since 2023/2024, has proclaimed October 29 as World Codification Day; convinced of the need to promote digital literacy and digital codification skills (typical of a data-enabled society) seeking equity and inclusion in the digital age of older people and people with disabilities. Furthermore, it welcomes the European Accessibility Law (2025), Regulation (EU) 2024/1689 on Artificial Intelligence and the new liability regime

for defective products, contained in Directive 2024/2853, as well as Law 4/2022 by virtue of which the concept of vulnerable consumers was included in the TRLGDCU. It also claims that in the digital context and in the digital transformation of the banking and financial sector, older consumers are hypervulnerable given their digital vulnerability. It also celebrates that accessibility is being imposed on a mandatory basis and that the new product liability regime applicable to damages caused by AI systems expands the concept of product (including intangible goods and digital services), includes new types of compensable damages and identifies new responsible economic operators (such as online platforms or logistics service providers), facilitating, from an evidentiary point of view, the burden of proof and incorporating iuris tantum presumptions aimed at facilitating access to compensation by injured persons: among whom, foreseeably, will be found, as vulnerable/hypervulnerable consumers, older persons, with or without disabilities.

PALABRAS CLAVE: Persona mayor, accesibilidad, vulnerabilidad, persona consumidora, transformación digital, sesgos algorítmicos, inteligencia artificial, dataficación, crédito scoring, tecnologías de vanguardia, daños, productos defectuosos, inteligencia artificial

KEYWORDS: *Abstract elderly, accessibility, vulnerability, consumer, digital transformation, algorithmic biases, artificial intelligence, datafication, credit scoring, cutting-edge technologies, damage, defective products, artificial intelligence*

Dedicado:

A mi marido, Francisco de Asís Sicilia Gutiérrez

“Longevidad compartida”

Contigo crucé mares, cielos y estaciones, dejando atrás rutinas, relojes y razones.

Japón nos recibió con su alma mileraria, y tú, mi compañero, fuiste luz en cada jornada.

Entre templos de Kyoto y luces de Shibuya, tu mano fue abrigo, tu risa, mi brújula.

Bajo cerezos tímidos y trenes veloces, descubrimos paisajes, sabores, colores, silencios y voces. Y en cada rincón, desde Osaka a Nara, sentí que el amor también se reencarna.

Días contigo, viajando sin mapas, fueron mas que un viaje: fue alma que escapa, que escapa a un mudo de sueños, de paz y de arte, del que tú y yo formamos desde hace años ya, formamos parte.

Gracias por estar, por ser y por quedarte, por hacer de esta vida un estandarte, de lo somos y de lo que seremos, porque contigo amor siempre seremos eternos.

Gracias por compartir conmigo la vida, porque la longevidad compartida no es contar años a la vida, sino sumar experiencias, estar sin promesas, es compartir un amor que es eterno porque no lleva cuentas.

La longevidad no es medida, es un pacto con lo eterno, es lograr que dos almas se confundan en lo mas simple, en lo mas verdadero.

Es agradecerte, sin medida, lo vivido porque es y será eterno.

ISRdV.

*A mis padres, Miguel Sánchez García
y Mari Flor Ruiz de Valdivia Girela*

“Ecos de Sabiduría”

En el silencio tibio de la tarde, susurran sus voces como brisa antigua,
faros de luz y temple, que el tiempo no borra ni su ausencia mitiga,
Sus manos, curtidas por los años, tejieron amor, esfuerzo y paciencia,
y en su andar pausado y firme, no sólo había verdades impagables sino lecciones de vida
con las que vivir una vida plena.

Hoy que ya no están en cuerpo presente, los siento en la calma de cada aurora, en el
consejo que brota sin querer, en la paz que atesora mi memoria en cada gesto y recuerdo
compartido porque están siempre en mi corazón y en mi mente.

La longevidad no siempre fue su corona de oro, la sabiduría sí que fue su legado eterno,
y yo, humilde heredera de su esencia, camino con ellos día a día, poco a poco y dentro,
muy adentro.

ISRdV.

SUMARIO: PREFACIO. FELICITACIÓN, AGRADECIMIENTO.—I. INTRODUCCION.—II. LA DATIFICACIÓN DE LA POBLACIÓN MAYOR: EL NUEVO “PETRÓLEO” DE LA SOCIEDAD DIGITAL: RIESGOS EMERGENTES: 1. EL PROCESO DE RATIFICACIÓN EN LA SOCIEDAD DATIFICADA. 2. LA DATIFICACIÓN APLICADA AL ENVEJECIMIENTO POBLACIONAL 3. BONDADES QUE OFRECE LA DATIFICACIÓN PARA LAS PERSONAS MAYORES, CON O SIN DISCAPACIDAD. 4. DESAFÍOS QUE OFRECE LA DATIFICACIÓN PARA LAS PERSONAS MAYORES, CON O SIN DISCAPACIDAD. 5. DESAFÍOS QUE OFRECE LA DATIFICACIÓN PARA LAS PERSONAS MAYORES, CON O SIN DISCAPACIDAD. 6. CRÍTICAS A LA VISIÓN PATERNALISTA Y PEYORATIVA QUE TIENE LA HUMANIDAD DE LA VEJEZ. 7. CRÍTICAS A LA FALTA DE TRANSPARENCIA Y EXPLICABILIDAD DE LAS DECISIONES AUTOMATIZADAS. 8. CORRESPONDE A LA HUMANIDAD Y NO A LOS SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL, CORREGIR LAS VISIONES ESTEROTIPADAS EN CONTRA DE LA EDAD Y DE LA DISCAPACIDAD. 9. LA CODIFICACIÓN DIGITAL O TECNOLÓGICA QUE IMPULSA LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL DE LA SOCIEDAD DATIFICADA.—III. HIPERVULNERABILIDAD DIGITAL DE LAS PERSONAS MAYORES TRAS LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL DE AMBITO BANCARIO. 1. LAS PERSONAS MAYORES DEBEN SER MÁS PROTEGIDAS POR SER MÁS VULNERABLES TRAS LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL DEL ÁMBITO FINANCIERO Y BANCARIO. 2. PERSONAS MAYORES EN RIESGO DE EXCLUSIÓN FINANCIERA TRAS EL CIERRE DE OFICINAS Y SUCURSALES. 3. EL AUGE DE LA BANCA-ONLINE Y LOS CAJEROS AUTOMÁTICOS EXCLUYE A LAS PERSONAS MAYORES. 4. LAS PERSONAS MAYORES SON PERSONAS CONSUMIDORAS VULNERABLES, TAMBIÉN, EN LO DIGITAL. 5. LA “HIPERVULNERABILIDAD” DE LAS PERSONAS MAYORES COMO PERSONAS CONSUMIDORAS EN EL ENTORNO DIGITAL. 6. LA ACCESIBILIDAD OBLIGATORIA EN EL SECTOR FINANCIERO PARA LOGRAR LA INCLUSIÓN DIGITAL, TAMBIÉN, DE LAS PERSONAS MAYORES: 6.1. *Introducción.* 6.2. *Los nuevos cajeros automáticos serán accesibles (inclusivos), también, para las personas mayores.* 7. MAYORES Y TIMOS: EL FISHING INMOBILIARIO. 8. MAYORES Y DECISIONES AUTOMATIZADAS: EL CRÉDITO SCORING. 8.1. *Sesgos algorítmicos por razón de la edad en el crédito socoring*

8.2. *Causas y origen de los sesgos algorítmicos discriminatorios y cómo prevenirlos y evitarlos*: 8.2.1. Introducción. 8.2.2. Sesgos en los datos de entrenamiento y falta de diversidad de los equipos que los desarrollan. 8.2.2.1. La calidad de los datos. 8.2.2.2. La calidad de los datos medida desde el punto de vista técnico. 8.2.2.3. La calidad de los datos, desde el punto de vista jurídico. 8.3. SESGOS DE CONFUSIÓN Y VARIABLES PROXY.—IV. DAÑOS POR PRODUCTOS INTELIGENTES DEFECTUOSOS. A. PERSONAS VULNERABLES.—V. CONCLUSIONES.

PREFACIO. FELICITACIÓN, AGRADECIMIENTO

Poder celebrar el centenario de la publicación de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, es un lujo y un privilegio. Por esta razón, quisiera felicitar a D. Joaquín Rams Albesa, D. Francisco Javier Gómez Gállico, y D. Basilio Aguirre Fernández, por el éxito que supone dicho logro y agradecerles, también, que me permitan publicar, una vez más, en la revista y en este número tan especial dedicado al centenario de la misma. Durante estos años, he tenido ocasión de compartir, gracias a la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, ideas, historias, saberes y sueños. Quienes que he tenido ocasión de participar en ella me he sentido muy honrada porque considero que es una revista que año tras año se consolida como una de las publicaciones jurídicas más prestigiosas en el ámbito del derecho civil y, especialmente, del derecho inmobiliario registral. Durante un siglo de historia, esta revista que es, ha sido y será referencia obligada no sólo para el ámbito académico, sino, también, para el registral, notarial, judicial y la abogacía destaca por su rigor y enfoque práctico y ha sido testigo de aportaciones doctrinales y jurisprudenciales que evidencian el protagonismo y la evolución del derecho inmobiliario español, desde la codificación hasta las reformas contemporáneas no sólo en materia de vivienda, hipoteca, crédito inmobiliario, propiedad horizontal sino, también, de propiedad intelectual, protección de datos, privacidad, responsabilidad, y un largo etc. en esta ocasión tan especial, me siento muy honrada por darme la oportunidad de participar en este número con el que se celebra su centenario. Un éxito más de la Revista y de sus fundadores, que se suma a los logros ya alcanzados y que reafirma el valor de la comunidad que hemos construido juntos, basada en el respeto, la cultura y el compromiso con la palabra escrita.

I. INTRODUCCION

La población mundial está envejeciendo a un ritmo, sin precedentes y la transformación digital sin alternativas en sectores tan esenciales como el sistema sanitario, bancario y financiero está provocado que las personas mayores (con o sin dis-

capacidad), que no son población vulnerable de manera intrínseca (*per se*), estén siendo puestas «en situación de vulnerabilidad», “hipervulnerabilidad” diría yo.

La digitalización de las entidades financieras y la reducción de la atención presencial a su clientela, tras el cierre de sucursales y oficinas, la reestructuración bancaria y el proceso de transformación digital; ha terminado situando, a las personas mayores (de edad avanzada), en una situación de hipervulnerabilidad. Consciente de ello, centraré mi atención en la especial vulnerabilidad digital de las personas mayores como personas consumidoras, tras la transformación digital que ha experimentado el sector bancario². Me referiré, también, a los riesgos emergentes que, en plena era digital, están exponiendo a las personas mayores a decisiones automatizadas (crédito scoring) propias de una sociedad datificada en la que en el proceso de datificación de la sociedad, personas mayores, lamentablemente, están saliendo muy mal paradas. Y es que, en efecto, están saliendo muy mal paradas, no sólo en las decisiones automatizadas derivadas de los sesgos algorítmicos discriminatorios sino además, por el hecho de que en la era digital las personas mayores están resintiéndose en “su conectividad”, “su inclusión” y “su accesibilidad digital”. Trataré de demostrar que la datificación (que es un concepto emergente propio de la sociedad digital y que es el proceso mediante el cual aspectos de la vida cotidiana se están transformando en datos digitales —proceso en el que se basa la actual “sociedad datificada”—) está “invisibilizando” a la población mayor. También demostraré, que las personas mayores están saliendo muy mal paradas (e injustamente valoradas) en las decisiones automatizadas, como las que se utilizan para analizar la solvencia (o no) en la concesión de créditos bancarios —el crédito scoring—. También demostraré que los “sesgos algorítmicos, en contra de la edad (y en contra de la discapacidad) las están “discriminando” y “excluyendo”. Defenderé que “su discapacidad digital” es un término «relacional» con el entorno, los servicios y los productos digitales que, hasta que no ha entrado en vigor la Ley de Accesibilidad el pasado 28 de junio de 2025 no son inclusivos ni accesibles condenando a las personas mayores a una soledad que no desean, en plena era de la conectividad.

II. LA DATIFICACIÓN DE LA POBLACIÓN MAYOR: EL NUEVO “PETRÓLEO” DE LA SOCIEDAD DIGITAL. RIESGOS EMERGENTES

1. EL PROCESO DE DATIFICACIÓN EN LA SOCIEDAD DATIFICADA

La “datificación” es un concepto, muy potente, que está emergiendo en la era digital que es la era de la inteligencia artificial. La sociedad se esta datificando: es decir, la sociedad, actual, se esta convirtiendo en una “sociedad datificada”. Una sociedad que depende de datos para tomar decisiones políticas, económicas, educativas o jurídicas, de todo tipo³.

Las personas, en general, y las personas mayores (con o sin discapacidad) son vistas, en la sociedad (datificada), como sujetos datificables —es decir, como fuentes constantes de datos— que pueden ser analizados, monetizados o controlados a través del *proceso* (datificación) mediante el cual todos los aspectos de la vida cotidiana se transforman en datos digitales. Así, por ejemplo, cuando una persona mayor utiliza un reloj inteligente, está participando en la datificación de la salud. Y cuando solicita un crédito al banco y se somete a un sistema automatizado (crédito scoring) que se basa en datos (previamente datificados) para tomar decisiones está participando en la “sociedad datificada”. A través de la recopilación de nuestros datos, por medio de sistemas basados en Inteligencia artificial, se analizan y utilizan los datos provenientes de actividades humanas, como por ejemplo, nuestra navegación por internet o por una web determinada, el uso de nuestros dispositivos móviles, nuestra participación en redes sociales, o la instalación de sensores o cámaras inteligentes que recopilan todo tipo de datos, etc. La “datificación” implica una lógica algorítmica que convierte nuestras acciones, emociones, decisiones y comportamientos en una información digital cuantificable.

2. LA DATIFICACIÓN APLICADA AL ENVEJECIMIENTO POBLACIONAL

Aplicada al envejecimiento poblacional, la datificación consiste en “convertir en dato” cualquier aspecto de la vida de las personas mayores —historial médico, navegación por internet, interacción en redes social, datos de la salud, etc.) con el objetivo de aplicar sistemas basados en inteligencia artificial (IA)— con cara, por un lado, a prevenir, curar o diagnosticar (tempranamente) cualquier tipo de enfermedad de la que adolezcan las personas mayores y de otro, para tomar decisiones automatizadas que les afectan (por ejemplo, autorizar o denegar un crédito —crédito scoring—). Pero los riesgos y desafíos son enormes: está en juego la privacidad, la invasión de la intimidad, la vigilancia constante y la manipulación algorítmica por medio de sesgos discriminatorios en contra de las personas mayores y de las personas con discapacidad.

El proceso de datificar la sociedad, que no es sino recabar todo tipo de datos cuantificables que sirven para datificar nuestra sociedad en la era digital, supone convierte en “dato digital” todos los aspectos de la vida cotidiana de las personas (en general) y de las personas mayores (en particular) incluyendo desde “hábitos de consumo”, “actividad física”, “patrones de sueño”, hasta “interacciones sociales y emocionales”. Estos “datos digitales” son recabados (nutridos) por los sensores o cámaras inteligentes, dispositivos inteligentes como teléfonos, pulseras, relojes inteligentes, apps y plataformas on-line que registran, continuamente, nuestras acciones e interacciones y que alimentan el internet de las cosas (IoT).

Los “datos digitales” recabados, gracias al uso de la IA⁴, IoT⁵, Blockchain⁶ y de las tecnologías emergentes aplicadas al envejecimiento poblacional como la

gerontotecnología, biotecnología y neurotecnología⁷ son, en mi opinión, el nuevo “petróleo” que nutre la economía de la era digital. Su objetivo, entre otras cosas, es redefinir, en la nueva “sociedad datificada” la ciudadanía “perfilándola”, “midiéndola” y “encasillándola” como si se tratase de simples o posibles productos más o menos apetecibles e interesantes para el mercado de la salud, de la economía, del consumo, del seguro, y del estado del bienestar.

La recabación de nuestros datos digitales, realizada por medio del arsenal de herramientas digitales que ofrece disciplinas tecnológicas emergentes como la gerontotecnología, la biotecnología y la neurotecnología mediante la aplicación de sistemas basados en Inteligencia Artificial; sistemas interconectados con el entorno físico y digital (IoT) y registrados y transferidos por tecnología blockchain están ofreciendo y generando información útil dirigida a personalizar la atención y el cuidado de las personas mayores así como, también, dirigida a prestar servicios y tomar decisiones automatizadas en las que se basan las entidades financieras para conceder o denegar un crédito o las aseguradoras para valorar la concesión o no del seguro solicitado o las empresas que contratan personal para trabajar. Sin embargo, aún y a pesar de las bondades que ofrecen los desafíos éticos y legales son enormes porque se ha constatado ya que la invisibilidad y los sesgos algorítmicos discriminatorios en contra de las personas de edad y de las personas con discapacidad son una realidad que la IA está perpetuando. También, se ha denunciado ya que está en juego su privacidad, su manipulación, su exclusión de la sociedad digital.

3. BONDADDES QUE OFRECE LA DATIFICACIÓN PARA LAS PERSONAS MAYORES, CON O SIN DISCAPACIDAD

Entre las bondades que ofrece la datificación para las personas mayores, cabría destacar el hecho de que está revolucionando el campo de la salud, del ámbito financiero y bancario y está afectando positiva (y negativamente) a la población mayor:

- (i) Ofreciendo, una *medicina más personalizada*, porque los datos biométricos permiten tratamientos adaptados a cada individuo, mejorando la prevención y el manejo de enfermedades crónicas.
- (ii) Aportando, un *seguimiento de su salud, más continuo*: wearables y apps que permiten monitorizar, en tiempo real, signos vitales, actividad física y calidad del sueño, ayudando a detectar problemas antes de que se agraven.
- (iii) Garantizando, modelos predictivos y preventivos de enfermedades, por medio de algoritmos pueden anticipar riesgos de salud basados en patrones de comportamiento y genética.
- (iv) A veces, incluso, ofreciendo sistemas basados en inteligencia artificial, alimentados por los datos digitales que son recabados por las

apps, wearables o plataformas, gracias a los cuales se “recomiendan” cambios de estilo de vida en las personas mayores, dirigidos a optimizar y mejorar su longevidad.

- (v) Automatizando la concesión o denegación de préstamos (crédito scoring) o de seguros o la preselección de personal a contratar.

Siendo incontestables las bondades que ofrece la datificación y los sistemas de inteligencia artificial (IA) lo cierto, en muchas ocasiones (la mayoría) a través de este proceso (ratificación) que hay detrás de la sociedad datificada lo cierto es que se está “invisibilizando”, “sesgando” y “discriminando” aún más si cabe que en la era analógica, en la era digital a la población mayor —tal y como he tenido ocasión de demostrar en otro lugar⁸—. Y es que, la visión de la vejez ha sido desdibujada a través del refranero español, del arte pictórico y de la literatura en la que no solo representa la vejez, sino que se la interroga, se la problematiza, se la crítica y hasta se la reivindica. También se la estereotipa como una etapa que repleta fragilidad, enfermedad, carencia de memoria y hasta de deseo condenando a las personas que se encuentran viviendo esa etapa de la vida a una lamentable situación de exclusión social. Lamentablemente, los refranes españoles tienden a reflejar una mezcla de respeto, resignación y humor hacia la vejez. Aunque hay refranes que reflejan respeto y admiración por la etapa de la vejez y, por tanto, por las personas mayores, también los hay en los que se refleja con tono irónico o crítica la falta de las capacidades o deterioro cognitivos que conlleva esta etapa de la vida. Los hay que reflejan (i) sabiduría y experiencia: (ii) respeto y humor. Pero la gran mayoría de refranes traslada una visión de la vejez más peyorativa y negativa. Con un tono irónico y crítico, se refiere a esta etapa de la vida con términos como “decadencia”, “coste”, “muerte”, “enfermedad”, etc. en este sentido, los hay que reflejan (iii) deterioro físico y humor resignado. También, (iv) resignación y una evidente visión negativa.

4. CRÍTICAS A LA VISIÓN PATERNALISTA Y PEYORATIVA QUE TIENE LA HUMANIDAD DE LA VEJEZ

Resulta criticable el concepto de vejez que ofrece la Real Academia Española (RAE). Un concepto que, en mi opinión habría de ser redefinido, porque parte de definir dicha etapa de la vida como: (1) *cualidad de viejo*, (2) *edad senil, senectud*, (3) *achaques, manías, actitudes propias de la edad de los viejos* (4) *dicho o narración de algo muy sabido y vulgar; justica el edadismo analógico y digital que hoy la IA eleva de forma exponencial*. Por esta razón, me he sumado a las denuncias formuladas en torno a una definición que hace flaco favor a esta etapa de la vida y que perpetúa el edadismo digital y generativo que hoy inunda internet y las redes sociales. Por esta razón, he propuesto una redefinición que

espero y deseo sirva para dignificar esta etapa de la vida a la que todos vamos a llegar, algún día. En poco ha ayudado a mejorar dicha visión la literatura, el arte o el cine dirigidos a estereotipar, inadecuadamente, esta etapa a la que todos llegaremos algún día. He tratado de demostrar que la visión que sobre la población mayor en el arte pictórico (una imagen vale más que mil palabras), la literatura y el cine ha ayudado, también, a estereotipar esta etapa de la vida. De hecho, el carácter peyorativo con el que se define la vejez a lo largo de la historia, calificando dicha etapa como estado senil, con achaques, con manías, etc., evidencia y justifica los estereotipos y sesgos con el que la era digital está tratando esta etapa de la vida. La vejez en el arte pictórico, según el catálogo la vejez como experiencia humana promovido por la fundación notariado y presentado en el museo nacional del prado, la etapa de la vejez se representa en el arte español aporta una mirada renovada y rica, transmite: (i) dignidad y sabiduría, (ii) fragilidad y vulnerabilidad, (iii) crudeza por el paso del tiempo; así como, también, (iv) convivencia intergeneracional. Me he sumado al acierto de releer el arte pictórico español desde la gerontología y el psicoanálisis.

De hecho, parte de la crítica literaria propone “ver”, “entender”, “leer” y “vivir” la etapa de la vejez no como el final de la vida, sino como una etapa repleta de oportunidades y de posibilidades. Sin embargo, en muchas obras literarias, lamentablemente la vejez ha sido maltratada en la literatura española de forma crítica. Ha pasado a ser un símbolo de decadencia en lugar de una etapa de sabiduría. Ha invitado a convertirse en un conflicto familiar en el que se resisten todos a participar. Sin embargo, y tal y como he podido demostrar, en la narrativa española sucede, en la mayoría de las ocasiones, que las personas mayores no sólo no son visibles sino que, al menos, no lo son por sí solos. Los conflictos que suscita la vejez y que han sido magistralmente radiografiados no sólo al (i) explicitar los conflictos interiores, referido a la transformación del cuerpo, la enfermedad, la memoria y el la muerte así como, también, (ii) los conflictos exteriores: una óptica en la que se reflexiona sobre cómo concibe la sociedad la vejez, cómo y quién aborda los cuidados, y cómo en esta etapa de la vida, se sobre lleva el amor, el sexo, el miedo, la exclusión y el miedo al deterioro cognitivo, con enfermedades como el Alzheimer.

Consciente de esta realidad, y de que los sistemas basados en Inteligencia Artificial están recabando estas visiones peyorativas que de la vejez tiene la humanidad; resulta imprescindible que en el proceso de ratificación o codificación la humanidad supervise que no sean replicados estos estereotipos edadistas en contra de la edad y en contra de la discapacidad. Y es que, los datos sobre las personas mayores son extraídos por medio de sistemas basados en inteligencia artificial que están reflejando la pésima visión que la humanidad tiene sobre la vejez —un hecho que está influyendo en modelar escenarios de envejecimiento poblacional, diseñar políticas públicas y privadas basadas en “evidencias” científicas (a veces, sesgadas, dada la invisibilidad de la población mayor en los datos recabados) e incluso, ayu-

dando a crear entornos urbanos que promuevan la salud en el envejecimiento— es momento de que la humanidad (re)defina las bondades que ofrece la longevidad y trate de mitigar los desafíos que conllevan los sesgos y la falta de accesibilidad en contra de la edad y en contra de las personas con discapacidad. Por esta razón, y en mi opinión, detrás de las bondades que ofrecen las nuevas tecnologías emergentes dirigidas a mejorar la calidad de vida y ofrecer un trato más personalizado y continuo capaz de prevenir o predecir o tratar de mitigar el deterioro cognitivo propio de la edad; lo cierto es que, en realidad, las *implicaciones éticas y legales* son enormes, desde el punto de vista del respeto a la garantía de los derechos fundamentales de las personas, en general, y de las personas mayores, en particular. Porque, desde el punto de vista de su privacidad... ¿quién controla dichos datos?, ¿qué uso se les da?, ¿quién responde ante un posible hacheo o ciberataque de los mismos? cuestiones, todas ellas y muchas más sobre las que habrá que reflexionar.

5. CRÍTICAS A LA FALTA DE TRANSPARENCIA Y EXPLICABILIDAD DE LAS DECISIONES AUTOMATIZADAS

Las decisiones automatizadas en ámbitos tan importantes como la salud, el sistema financiero o bancario están en manos de sistemas automatizados que no siempre son “transparentes”, “explicables” ni “revisados por el ser humano”. Sistemas que no permiten la “trazabilidad”, en las decisiones automatizadas, necesarias a mi juicio; lo que hace que aumente la situación de *vulnerabilidad digital* en la que se encuentran las personas mayores invisibilizadas o sesgadas en los sistemas de IA. Prueba de ello, es que, en muchas ocasiones (en la mayoría), las personas mayores suelen salir muy mal paradas de las decisiones automatizadas basadas en IA (sucede así, por ejemplo, en el *crédito scorign* o en la preselección de personal). No sólo, porque la humanidad parte de una “visión sesgada” —de la que aprenden los sistemas basados en IA, sino porque, además, son “invisibles” las bondades y valores (de sabiduría, madurez y experiencia) que aportan las personas mayores o de edad avanzada a la sociedad.

En la era digital, que es la era de la inteligencia artificial, las personas mayores están siendo invisibilizadas y sesgadas como consecuencia de las visiones peyorativas de la propia humanidad. Resulta evidente que, detrás de estas visiones existen todo tipo de prejuicios en contra de esa etapa de la vida que todas y todos estamos llamados a vivir, tarde o temprano: la vejez. Por tanto, la contravención de los derechos fundamentales de las personas mayores, de su dignidad, de sus derechos como personas consumidoras se debilitan cada día más: situándolas en una posición de clara vulnerabilidad frente a la transformación digital (sin alternativas) y frente a la datificación de la sociedad, cada vez más presente en la era digital.

La sociedad digital conforme avanza y amparada en facilitar y mejorar la calidad de vida de las personas mayores, cada día más, está recabando todo tipo de datos convirtiendo en digital todo cuanto nos acontece a la población (en general) y a la población mayor (de manera particular). Y la única realidad es que, somos plenamente conscientes de que, conforme avanza la sociedad, la población cada día es más y más mayor (y por tanto, estás más expuesta y es más vulnerable) por lo que cada día está resultando más “apetecible” “digitalizar” sus datos de carácter (o no) personal. De hecho, y tal y como se anuncia, para el 2050, la población mayor superará a la población joven porque las sociedades, en la era digital, tienden a la longevidad. Un hecho del que cada día son mas conscientes, los gobiernos, las empresas y la propia universidad. También de que la edad conlleva, en numerosas ocasiones, dependencia y discapacidad y de que en 2050 la población mayor que envejecerá exponencialmente adolecerá de enfermedades y dolencias que habrá que tratar por medio del uso de herramientas tecnológicas que tratarán de mejorar su calidad de su día a día y la de quienes están llamados a atenderlas y cuidarlas con carácter (o no) profesional. Por esta razón, el desafío de la era digital para que la humanidad lograr (re)diseñar, adecuadamente, los desafíos que conlleva la longevidad, por medio del uso de disciplinas tecnológicas (como la gerontotecnología, la biotecnología o la neruotecnología), a fin de que la humanidad sea lo más humana posible resulta enormemente enorme y muy loable. Pero, también, la expone a riesgos de vulnerabilidad. Riesgos nuevos que emergen día a día de formas más o menos visible.

6. CORRESPONDE A LA HUMANIDAD Y NO A LOS SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL, CORREGIR LAS VISIONES ESTEROTIPADAS EN CONTRA DE LA EDAD Y DE LA DISCAPACIDAD

Corresponde a la humanidad ofrecer a las personas mayores, con o sin discapacidad, no sólo que “vivan más años” (esto es, que sean más longevas) sino, también, que los “años de vida añadidos sean de mayor calidad”. Pero esta calidad debe ser medida en accesibilidad, inclusión, no discriminación y atención personal. En mi opinión, estas nuevas tecnologías emergentes junto a la datificación y la IA no garantizan adecuadamente (o al menos, no lo hacen por sí solas), la privacidad de datos sino, por el contrario, “aumentan” y “amplifican” los riesgos de privacidad y de seguridad, por vía de los sesgos algoritmos, la exclusión y discriminación aumentando su vulnerabilidad digital. En mi opinión, la humanidad, con el uso de estas herramientas tecnológicas emergentes pueden terminar “deshumanizando” el cuidado y atención de las personas mayores, con o sin discapacidad, por mucho que crea que lo que en realidad ofrecen estas herramientas tecnológicas es echar una mano, de acero, a la humanidad. Y es

que, detrás de la datificación de la sociedad digital (fenómeno por el cual se logra convertir en dato digital cualquier aspecto de la vida humana de la población mayor) y, en particular, de la población mayor están emergiendo riesgos y desafíos “invisibles” para las personas mayores condenándolas, una vez más a situaciones de vulnerabilidad que derivan no de sólo, o no al menos únicamente, por razón de su edad sino, también (y, fundamentalmente) derivan del proceso de digitalización y de la transformación digital que no sólo se está produciendo sin alternativas sino que se está utilizando, además, para sesgar, discriminar y excluir a la población mayor de la era digital. Debemos estar atentos, por tanto, y encender todas las alarmas y luces rojas a fin de salvaguardar la privacidad de datos, la seguridad, el consentimiento informado, la transparencia, trazabilidad, explicabilidad así como, también, atentos a salvaguardar principios y derechos tan fundamentales como la no discriminación, la no exclusión social y la accesibilidad (una obligación que ha de ser ética para pasar a ser una obligación legal). El objetivo fundamental es garantizar la inclusión universal de las personas, en general, y de las personas mayores, en particular a fin de que se logre garantizar su dignidad y sus derechos más fundamentales.

7. LA CODIFICACIÓN DIGITAL O TECNOLÓGICA QUE IMPULSA LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL DE LA SOCIEDAD DATIFICADA

En una sociedad cada vez más datificada, entender cómo se crean y manipulan los sistemas digitales resulta, a mi juicio, clave para: (i) proteger la privacidad y los derechos digitales, (ii) para propiciar que participen activamente en la economía digital así como, también, (iii) ejercer una ciudadanía más inclusiva y más informada. Por esta razón, me parece un enorme acierto que la UNESCO haya proclamado, en 2023, el Día Mundial de la Codificación se celebra el 29 de octubre, proclamado oficialmente por la UNESCO en 2023 y celebrado por primera vez en 2024. La codificación, o programación, es el proceso de transformar información en un formato comprensible para sistemas digitales o para la memoria humana.

En personas mayores, este proceso de codificación puede tener implicaciones tanto cognitivas como sociales, dependiendo del contexto en que se utilice:

1. La *codificación cognitiva (memoria)*, es el proceso mental mediante el cual convertimos “experiencias”, “pensamientos” o “estímulos” en recuerdos. En personas mayores, este proceso puede verse afectado por el envejecimiento cerebral, lo que dificulta el aprendizaje de nueva información o de recuerdos (frente a lo cual, la neurotecnología trata de ofrecer las herramientas tecnológicas que permitan mitigar los efectos propios de la edad).

2. La *codificación tecnológica o digital*, se refiere a la traducción en datos (datificación) las acciones humanas. O lo que es lo mismo, en convertir en lenguaje computacional o en código binario una imagen, una acción o una vivencia—. En el ámbito bancario o financiero, la codificación permite la automatizaciones de decisiones para facilitar la gestión de la concesión de un crédito, por ejemplo (crédito scoring). En el ámbito sanitario, la codificación permite la transformación de diagnósticos o tratamientos médicos en códigos estandarizados para facilitar la gestión del sistema de salud.

Convencida de la necesidad de promover la alfabetización digital y las habilidades de la codificación digital (propias de la *sociedad datificada*) buscando la equidad y la inclusión en la era digital de las personas mayores y de las personas con discapacidad, me parece un enorme acierto que cada 29 de octubre la UNESCO proclame como día mundial ese día para reconocer la importancia de la codificación en el mundo digital.

La codificación —o programación— es una habilidad fundamental que impulsa la innovación tecnológica, la transformación digital y el desarrollo sostenible. Y, entre los objetivos (necesarios) que persigue, cabría destacar los siguientes: (i) promover la alfabetización digital desde edades tempranas, (ii) fomentar el pensamiento computacional como herramienta para resolver problemas, (iii) reducir la brecha digital entre personas mayores y jóvenes, (iv) e impulsar la inclusión digital de personas mayores, de personas con discapacidad y de mujeres y grupos subrepresentados en el ámbito tecnológico.

Sin embargo, la “brecha tecnológica” de las personas mayores que no están familiarizadas con todo lo digital es enorme. Su dificultad a la hora de poder acceder a servicios esenciales en línea (bancarios, financieros o de salud), unido a la “dependencia de sistemas codificados”, en los que se basa, en la actualidad, la atención bancaria o sanitaria, que requieren de una comprensión básica en interfaces que resulta en la mayoría de las ocasiones inaccesibles para las personas mayores dependientes necesitadas de un necesario acompañamiento digital (del que no siempre disponen); está exponiendo a las personas mayores y a las personas con discapacidad en “riesgo de exclusión digital”. En tanto en cuanto las interfaces que se utilicen no resulten accesibles con carácter universal —una obligación que ha dejado de ser recomendación desde el 28 de junio de 2025— seguirán condenándolas, discriminándolas y obligándolas a una soledad que no desean. Una exclusión social que resulta, absolutamente, contrarias a sus derechos más fundamentales. Creo imprescindible, por tanto, destacar el el valor de las personas mayores como sujetos activos en la sociedad digital tienen y la necesidad de que la inteligencia artificial y la digitalización reflejen valores humanos de inclusión y accesibilidad.

En este sentido, creo oportuno conceptualizar el concepto de hipervulnerabilidad digital como una categoría jurídico-social emergente, en la sociedad

digital, cada día mas datificada, tal y como se ha hecho en Argentina (tal y como desarrollaré en el epígrafe siguiente (III) en el apartado 5). Y es que, en nuestra sociedad digital resulta imprescindible reivindicar la accesibilidad tecnológica como un derecho fundamental transversal.

III. HIPERVULNERABILIDAD DE LAS PERSONAS MAYORES TRAS LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL DE SECTORES ECONOMICOS COMO EL SECTOR FINANCIERO Y BANCARIO

1. LAS PERSONAS MAYORES DEBEN SER MÁS PROTEGIDAS POR SER MÁS VULNERABLES TRAS LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL DEL ÁMBITO FINANCIERO Y BANCARIO

Si unimos a la condición de consumidora o consumidor, la condición de persona mayor y si, a la vez, le añadimos otros factores como la transformación digital, el comercio electrónico o la digitalización (sin alternativas) de sectores como el financiero o hipotecario; el resultado final es convertir a las personas mayores en personas especialmente vulnerables, también, en lo digital. Su edad, unida a su falta de destrezas en el entorno digital junto a la falta de accesibilidad digital del entorno, productos y servicios digitales y su falta de educación financiera las está situando en una clara indefensión, exclusión, e inferioridad. De ahí que, desde el punto de vista contractual y del derecho de consumo, en particular, se les considere como personas consumidoras vulnerables. Yo diría, como pronto trataré de demostrar, hipervulnerables en lo digital.

La digitalización de las entidades financieras y la reducción de la atención presencial a su clientela, tras el cierre de sucursales y oficinas, la reestructuración bancaria y el proceso de transformación digital; ha terminado situando, a las personas mayores (de edad avanzada), en una situación de mayor vulnerabilidad. En una situación es hipervulnerabilidad. El proceso de transformación digital se ha convertido en un proceso que, inevitablemente, las ha hecho sentir, aún más mayores y más dependientes. El hecho de que se hayan ido cerrando más oficinas bancarias y de que hayan ido en aumento el número de cajeros automáticos en poblaciones donde no hay sucursales abiertas (en zonas rurales, donde había más personas mayores) ha terminado condenando a miles de personas mayores a verse excluidas de los servicios financieros y expuestas a nuevas vulnerabilidades digitales sobre las que me propongo reflexionar.

En Argentina, las leyes que abordan la hipervulnerabilidad son principalmente dos: la Resolución 139/2020, de la Secretaría de Comercio Interior, en la que se define y establece quién se considera un consumidor/a hipervulnerable y la Resolución N° 11 del 26 de agosto de 2021 del MERCOSUR y la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, que proporciona el marco general.

El prefijo “hiper” deriva del griego para designar algo que excede la medida estándar y, cuando se suma la palabra vulnerabilidad, se obtiene la representación de intensa fragilidad, que supera los límites de lo que sería una situación común de debilidad. Su especial fragilidad en ámbitos como el comercio electrónico y el bancario y financiero resulta evidente. Su edad, su falta de destrezas en lo digital, su falta de familiaridad con productos financieros complejos, unida a la brecha digital y a su posible disminución de capacidades cognitivas los expone a engaños y abusos que hay que evitar. Además, los expone y condena a una discriminación y exclusión que los condena a una situación de clara inferioridad al contratar. Su discapacidad digital, está estrechamente relacionada con su falta de accesibilidad en productos, entornos y servicios digitales; lo que las expone a una inevitable soledad en la era digital. También, a ser víctimas de abuso en la contratación electrónica siendo presa fácil de ciberdelincuentes. Sus vulnerabilidades asociadas al desfase generacional, al nivel sociocultural y a las barreras respecto al consumo online ha que resulte preciso un tratamiento diferenciado por la situación de desequilibrio que ostentan frente a los proveedores de bienes y servicios relacionados a bienes en el entorno digital donde su vulnerabilidad se agrava. Normativa que me he ocupado de desarrollar en el capítulo cuarto, apartado 2, de mi monografía relativa a la (de)protección de las personas mayores: personas consumidoras vulnerables (también) en lo digital (ISBN 978-84-1095-473-4).

El envejecimiento poblacional, unido a la despoblación rural ha influido en la menor demanda de servicios bancarios; lo que ha dado pie a la digitalización del sector financiero convirtiendo, de un plumazo, a las personas de edad avanzada en personas más vulnerables, digitalmente hablando. La vulnerabilidad de las personas mayores, o si se prefiere de personas de edad avanzada, unida a su bajo nivel de formación o educación financiera o su pertenencia a alguna zona rural junto a la inaccesibilidad y falta de inclusión en el entorno digital; termina condenándolas a una situación de vulnerabilidad. Y es que, aun y a pesar de que la ley 4/2022 no reconoce, de manera explícita, esta situación de hipervulnerabilidad en el ámbito digital; lo cierto es que el hecho de haber logrado incorporar en el TRLGDCU la definición de personas consumidoras vulnerables ya supuso un hecho sumamente favorable en beneficio de reequilibrar el desequilibrio contractual existente, no sólo por razón de su edad sino por su falta de destrezas y por la falta de accesibilidad y alternativas no digitales. Sin embargo, y a pesar de que la ley 8/2021 garantiza que las personas mayores puedan recibir el apoyo sin perder su capacidad jurídica y existen delitos penales tipificados en los que se contempla como agravante específico el maltrato a las personas mayores; lo cierto es que, en la era digital se ha evidenciado ya que las personas mayores están especialmente expuestas a ser víctimas de abusos, estafas o fraudes. Abusos, que a veces, son cometidos por ciberdelincuentes que se aprovechan, además, de su falta de destrezas en todo lo digital para lograr su objetivo; su especial situación de vulnerabilidad propia de la edad. La falta de accesibilidad

digital unida a su falta de educación en sectores como el financiero y el digital, junto, también, a la carencia de una atención personalizada, así como a la existencia de prácticas abusivas y la falta de transparencia en productos financieros agrava su situación de vulnerabilidad exponiéndolas aún más si cabe.

Las personas mayores, en mi opinión, merecen una protección reforzada porque su vulnerabilidad no es solo es física, sino también social, económica, jurídica y digital. Esta idea no sólo está respaldada en leyes en Argentina, tal y como he explicado páginas atrás, sino que además, cuenta con el respaldo de programas públicos y organismos internacionales que reconocen su situación de *hipervulnerabilidad* porque, tal y como he explicado, en otro lugar: (i) están expuestas a un mal trato no sólo físico, psicológico, económico, familiar e institucional, sino, también, digital. La falta de alternativas a lo digital unida a la falta de accesibilidad de los productos, bienes y servicios (hasta que el pasado 28 de junio de 2025 entrase en vigor, felizmente, la obligación legal de accesibilidad) les ha situado en una clara posición de indefensión e inferioridad, (ii) por su mayor dependencia funcional, a veces necesitan ayuda, hasta para realizar las actividades básicas de la vida diaria para las que necesitan tener destrezas digitales. También, las ha condenado a una flagrante (iii) exclusión social (especialmente, en el ámbito digital) lo que las ha llevado a vivir en situación de (iv) soledad (impuesta y forzada). Todo ello, unido a (iv) su situación de desigualdad económica (pensiones bajas, riesgo de pobreza y de sufrir fraudes financieros, etc.) así como (v) dificultad en el acceso a los servicios básicos esenciales digitalizados (debido, con toda probabilidad), a su falta de destrezas en todo lo digital y su falta de formación y acompañamiento digital; las ha condenado en plena era digital a resulta “invisibles” y “desconectadas” en la era de la conectividad.

2. PERSONAS MAYORES EN RIESGO DE EXCLUSIÓN FINANCIERA TRAS EL CIERRE DE OFICINAS Y SUCURSALES

El proceso de digitalización en el sector financiero ha contribuido, en parte, al cierre de oficinas bancarias y de cajeros automáticos en los últimos años; lo que ha provocado que algunas personas usuarias de estos servicios (especialmente la población mayor); se hayan visto afectadas por este proceso de transformación tecnológica de forma muy negativa. La digitalización de las entidades financieras y la reducción de la atención presencial en sucursales y oficinas ha condenado a miles (millones) de personas mayores a una situación de exclusión financiera. Con el cierre de muchísimas oficinas y sucursales de cajas y bancos (a nivel nacional), especialmente en aquellas zonas rurales o ciudades en las que existe una importante cantidad de personas mayores (precisamente) la población mayor está corriendo el riesgo de ser excluidos, financiera y digitalmente hablando, tras el cierre de oficinas y sucursales. La transformación digital del sector unido a la carencia de

conocimientos tecnológicos de las personas mayores los ha condenado a depender de que el empleado de banca o su hijo o su nieto les ayude a realizar tales consultas: una dependencia que impacta en su autoestima personal.

La instalación de cajeros automáticos en municipios que no disponen de oficinas bancarias no reduce, de forma significativa, los riesgos de exclusión financiera de la población mayor para sus habitantes si estos no están habituados o no tienen las competencias necesarias para usar con la tarjeta bancaria y los cajeros automáticos porque terminan dependiendo del familiar o del amigo que les saque del apuro en cuestión. Depender de saber o poder acceder a utilizar el cajero automático más próximo, como una medida adecuada, dependerá de la habilidad, la movilidad y de la posibilidad de que las personas mayores o las personas con discapacidad continúen teniendo la sensación, real, de que son expuestas a exclusión financiera o presas de abuso y engaño real. El hecho de que se haya reducido la atención presencial por parte de las entidades bancarias a sus clientes ha situado a la población mayor que no es per se intrínsecamente vulnerable, en una situación de vulnerabilidad estando más expuestas a sufrirá riesgos de exclusión financiera, riesgos de robo y fraude por vía digital. De hecho, en la actualidad, los cajeros son ya automáticos y las citas telefónicas se han convertido en la única alternativa a lo presencial para realizar un simple movimiento en sus cuentas corrientes o una simple transferencia; lo que ha provocado que aumente en ellas y ellos la sensación de exclusión de las personas mayores en el ámbito financiero. La única posibilidad con la que cuentan es solicitar una cita presencial.

3. EL AUGE DE LA BANCA-ONLINE Y LOS CAJEROS AUTOMÁTICOS EXCLUYE A LAS PERSONAS MAYORES

Con la llegada de internet y la transformación digital de las entidades financieras, el uso de la banca online está cada vez más extendido y la brecha digital por edades tiene visos de reducirse. No obstante, para ciertas personas, sobre todo las de mayor edad, la digitalización bancaria y el menor número de sucursales pueden suponer una limitación para relacionarse con su banco y obtener efectivo. En la era digital se ha convertido en algo usual realizar digitalmente todo tipo de operaciones bancarias: pagar y hacer transferencias, gestionar recibos, consultar movimientos de cuentas y tarjetas. Incluso, podemos y solemos contratar productos financieros (préstamos personales) con tan un solo clic, sin visitar la oficina o sucursal. De hecho, en los últimos años, se ha observado una clara preferencia de los clientes/usuarios por interactuar con su banco de forma on-line, por la inmediatez que ofrece y porque es posible hacerlo desde cualquier ubicación y en cualquier momento, a través banca *online* o aplicaciones móviles lo que exige memorizar las claves de seguridad (como pin o la firma digital) y saber realizar operaciones on-line. A partir

de la pandemia del covid-19 y del proceso de restructuración bancaria, se han terminado cerrando numerosas oficinas y sucursales; provocando que el acceso de las personas mayores a los servicios bancarios básicos en España exija conocimientos digitales que, lamentablemente, no todos tienen y que tampoco son acordes a su edad. El declive físico, cognitivo y su menor o nula capacidad digital les expone, les excluye y los convierte en presa fácil de ciberdelincuentes.

Ante esta realidad, las personas mayores se sienten excluidas, en el ámbito financiero debido no sólo a su falta de conocimientos en educación financiera sino, también, y fundamentalmente debido a su falta de destrezas en todo lo digital. Vulnerables/hipervulnerables, por razón de su edad y por su desconocimiento en todo lo digital y en lo financiero se encuentran condenados a una situación de soledad (no deseada) en la sociedad de la hiperconectividad. El hecho de que hayan aparecido nuevos productos y servicios on-line, nuevos modos de relación cliente-banco alejado del trato personal en la oficina y sucursal; ha provocado que las personas mayores se sientan excluidas, desatendidas, desinformadas y expuestas a desinformación, fraudes, robos, extorsión, manipulación y exclusión en el sector financiero. El colectivo de las personas de edad avanzada es, sin duda, uno de los más afectados por la digitalización y la reducción de la atención presencial en oficinas y sucursales bancarias. En este sentido, me parece un acierto el hecho de que para pedir cita en la administración pública aunque, en un principio, se establecía que tenía que ser de manera online, sin embargo, y a partir de la Orden PCM/466/2022, de 25 de mayo, por la que se publica el acuerdo del consejo de ministros de 24 de mayo de 2022, por el que se aprueba el plan de medidas de ahorro y eficiencia energética de la administración general del estado y las entidades del sector público institucional estatal, en su anexo indica que “será preferente la atención a las personas mayores de 65 años, sin necesidad de cita previa”. Este hecho pone de manifiesto que es importante que se fomenten iniciativas de este tipo para que las personas mayores no se sientan excluidas, de un plumazo, de todo lo digital.

4. LAS PERSONAS MAYORES SON PERSONAS CONSUMIDORAS VULNERABLES, TAMBIÉN, EN LO DIGITAL

Según la normativa vigente, las personas consumidoras vulnerables son aquellas personas físicas que, por sus características personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran en una situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide ejercer sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad. Esto incluye tanto a individuos como a colectivos vulnerables, de forma temporal, territorial o sectorial. La ley 4/2022 y el TRLGDCU, exige que se les proporcione: (i) *información clara, accesible y comprensible*, adaptada a sus capacidades, (ii) *apoyo específico* para entender contratos y condiciones (iii) pro-

tección reforzada frente a *cláusulas abusivas o prácticas engañosas* así como (iv) *facilidad para ejercer el derecho de desistimiento en compras a distancia*.

Las personas mayores de 65 años tienen menor capacidad para comprar, elegir o acceder a productos digitales y tienen mayor susceptibilidad a dejarse influir por prácticas comerciales abusivas. Un hecho que resulte evidente. Es consciente, el legislador, que la vulnerabilidad puede derivarse, a veces no sólo a circunstancias estrictamente personales, derivadas de la edad, sino que, además, hay que considerar otros aspectos de origen demográfico, social e, incluso, relacionados con el entorno digital. Un entorno digital que se convierte en inaccesible y poco inclusivo para las personas mayores, tengan o no discapacidad.

Pero lo cierto es que las personas mayores *encajan, perfectamente, en dicha definición porque no solo son personas vulnerables*: (i) por razón de su edad avanzada suelen tener dificultades cognitivas, visuales o auditivas, (ii) por la brecha digital, porque están menos familiarizadas con tecnologías; lo que dificulta el acceso a servicios online. Su falta de destrezas en lo digital las sitúa en posición de vulnerabilidad, (iii) por el desfase generacional, frente a nuevas formas de contratación (apps, plataformas, contratos electrónicos), (iv) por su mayor exposición a fraudes o prácticas abusivas, especialmente en ventas domiciliarias o telefónicas, (v) con el consiguiente aislamiento social que suele aumentar la dependencia de terceros para adoptar sus decisiones en materia de consumo. Los *importantes riesgos a que están puestas*: (i) estafas y fraudes (especialmente, en ventas puerta a puerta o en comercio electrónico), (ii) contratos abusivos o confusos (debidos a la utilización de letra pequeña, falta de información clara o inclusión de cláusulas abusivas o poco claras), (iii) publicidad engañosa y (iv) exclusión financiera, tras el cierre de oficinas bancarias y su dificultad para utilizar los cajeros automáticos o apps, resulta real y evidente. Entre las medidas legales de protección, las personas mayores como consumidoras pueden alegar en su favor (i) el reconocimiento legal de las personas consumidoras vulnerables, (ii) que la información sea clara y accesible —en cuanto al tamaño de la letra, formato y claridad de las cláusulas—, (iii) la prohibición de ventas agresivas, (iv) la atención más personalizada y preferente, (v) el acompañamiento digital y la educación en consumo responsable. Junto a las personas mayores, también puede ser considerados personas consumidoras vulnerables: las personas con discapacidad o dependencia, las personas con bajo nivel adquisitivo, las personas que habitan en zonas rurales o con difícil acceso a los servicios, las personas con bajos ingresos o en situación de exclusión social.

La ley reconoce que la vulnerabilidad no es estática ni exclusiva de ciertos colectivos, sino que puede ser contextual y cambiante, especialmente en un entorno digital cada vez más complejo. En el caso de las personas mayores, la edad, la soledad, el edadismo, la discapacidad digital, la digitalización sin alternativas, la falta de inclusión y falta de accesibilidad constituyen (entre otros) serios proble-

mas de salud pública —problemas como lo son el tabaquismo o la obesidad—. Problemas que, por tanto, deberían ser tratados por las instituciones públicas con la importancia que merecen y con la contundencia necesaria; lo que no está sucediendo y es, a mi juicio, impropio del estado de bienestar en el que las personas mayores se encuentra en una clara situación de vulnerabilidad por razón de su edad y por lo digital. En la era de la hiperconectividad, estas vulnerabilidades a las que están expuestas las personas mayores en el entorno digital constituyen un hecho, incontestable, al que aún hay que dar una respuesta adecuada. Así ha sido reconocido, recientemente, en el manifiesto por los derechos de las personas consumidoras y usuarias en el entorno digital, que constituye una acertada iniciativa del consejo de consumidores y usuarias, hecha pública el pasado 18 de marzo de 2025⁹. En su introducción, el manifiesto por los derechos de las personas consumidoras y usuarias en el entorno digital, reconoce los indudables beneficios individuales y sociales derivados del entorno digital aporta para la ciudadanía, pero también los riesgos derivados para la seguridad, la privacidad y la protección de los consumidores, especialmente de los más vulnerables, dada la enorme desigualdad en el mercado entre las personas y las empresas tecnológicas.

5. LA “HIPERVULNERABILIDAD” DE LAS PERSONAS MAYORES COMO PERSONAS CONSUMIDORAS EN EL ENTORNO DIGITAL

El entorno digital constituye, a día de hoy y tal y como ha sido diseñado, un entorno ajeno absolutamente al envejecimiento poblacional. La inclusión de las personas mayores invita, en la actualidad, a un debate sobre su *hipervulnerabilidad* porque las expone a situaciones de fragilidad que exceden la vulnerabilidad común (especialmente) en las relaciones de consumo.

Aunque dicho término, hipervulnerabilidad, no está formalizado en la legislación europea, sí se reconoce la necesidad de garantizar una protección reforzada para personas mayores en entornos digitales y de consumo. De hecho, el comité económico y social europeo (cese) ha impulsado una futura estrategia europea para las personas mayores, que incluye medidas contra el edadismo, exclusión digital y desigualdad en el acceso a servicio. Me parece un acierto, también, que en el libro verde sobre el envejecimiento y la estrategia europea de cuidados también abordan la necesidad de adaptar políticas públicas a las nuevas formas de fragilidad asociadas a la edad. Por tanto, europa avanza hacia una estrategia integral que reconoce la fragilidad múltiple de las personas mayores, aunque aún sin usar el término “hipervulnerabilidad” de forma oficial. Además, en países como argentina, se han desarrollado leyes específicas para concebir a las personas mayores como personas consumidoras hipervulnerables. El prefijo hiper deriva del griego para designar algo que excede de la medida estándar y, cuando se suma la palabra vulnerabilidad, se obtiene la representación de intensa fragilidad, que supera los

límites de lo que sería una situación común de debilidad. También, la convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores establece pautas para garantizar su pleno ejercicio de derechos.

Su especial fragilidad en ámbitos como el comercio electrónico y el bancario y financiero resulta evidente. Y es que, aunque la Ley 4/2022 reconoce la figura de las personas *consumidoras vulnerable*, y no menciona, explícitamente, la figura de las personas consumidoras “hipervulnerabilidad”; la realidad es que las personas mayores en el derecho de consumo, en el entorno digital se encuentran en una especial situación de fragilidad y vulnerabilidad. Junto a su edad, existen otros factores como la brecha digital, el edadismo digital, discapacidad, dependencia, brecha digital, etc.). Y es que, son varias las razones que se acumulan en una persona mayor y que la hacen ser una persona vulnerable en una relación de consumo: (i) su edad avanzada, (ii) a veces, sus condiciones físicas o cognitivas, (iii) la complejidad contractual o digital, (iv) su falta de educación financiera y digital, por ejemplo.

Su edad, su falta de destrezas en lo digital, su falta de familiaridad con productos financieros complejos, unida a la brecha digital y a su posible disminución de capacidades cognitivas los expone a engaños y abusos que hay que evitar. Además, los expone y condena a una discriminación y exclusión que los condena a una situación de clara inferioridad al contratar. Su discapacidad digital, está estrechamente relacionada con su falta de accesibilidad en productos, entornos y servicios digitales; lo que las expone a una inevitable soledad en la era digital. También, a ser víctimas de abuso en la contratación electrónica. Están expuestos a ser presa fácil de ciberdelincuentes. Por esta razón, la Ley 4/2022, que tiene como objetivo mejorar la protección de los consumidores más vulnerables y asegurar que puedan ejercer sus derechos en condiciones de igualdad. Es consciente de que hay que garantizar sus derechos como personas consumidoras mayores. Es consciente el legislador de que las personas consumidoras vulnerables requieren una especial protección al objeto de contrarrestar la situación de inferioridad en la que se puedan encontrar a la hora de contratar. Por esta razón, se propone modificar el TRLGDCU (aprobado por el real decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre) incorporando la noción de personas consumidora vulnerables en nuestro ordenamiento jurídico en virtud de una ley, que entró en vigor el pasado 1 de junio de 2022 (salvo en lo referente a las cláusulas no negociadas individualmente (ex art. 80.b) TRFLGU).

6. LA ACCESIBILIDAD OBLIGATORIA EN EL SECTOR FINANCIERO PARA LOGRAR LA INCLUSIÓN DIGITAL, TAMBIÉN, DE LAS PERSONAS MAYORES

6.1. Introducción

En España, la nueva ley de accesibilidad, Ley Europea de Accesibilidad (European Accessibility Act-EAA) —fruto de la directiva 2019/882 que obliga a que

productos y servicios digitales sean accesibles— felizmente entró en vigor el pasado 28 de junio de 2025 estableciendo que la accesibilidad más que un derecho es una obligación legal para empresas públicas y privadas. Esta ley afecta no solo a las plataformas de vendedores, al comercio electrónico, a bancos, aseguradoras y entidades financieras, servicios de transporte, empresas tecnológicas y medios de comunicaciones on-line sino que se aplica, también, a todas las empresas privadas que presten servicios al público y a todas las empresas públicas.

Esta ley obliga a que las entidades financieras y bancarias (también) garanticen la accesibilidad de sus productos y servicios a todas las personas, independientemente de su edad y de sus capacidades. Exige que los servicios financieros digitales sean accesibles para todas las personas usuarias; lo que significa que, las aplicaciones móviles y las plataformas web de las entidades financieras (bancos y cajas de ahorros) deberán cumplir con criterios de accesibilidad, garantizando que nadie quede excluido por motivos de edad o discapacidad. El objetivo final no sólo es cumplir una normativa sino eliminar las barreras tecnológicas existentes para construir un ecosistema digital más justo y garantizar que absolutamente nadie quede fuera del sistema financiero por motivos de edad o discapacidad.

Pero la accesibilidad universal no significa que el producto, servicios o entornos resulten accesible (únicamente) para “algún grupo concreto de personas”. Accesibilidad universal significa que todas las personas, sin excepción pueden acceder y sentirse integradas en la sociedad digital: sea cual sea, insisto, su edad y sus capacidades. El reto de lograr la accesibilidad en la sociedad digital es, sin duda, enorme porque ha de tener en cuenta la diversidad y pluralidad que existe entre las personas con discapacidad y las personas mayores. Era hora ya, de que la accesibilidad se convirtiera en una realidad. Por esta razón, me parece un enorme acierto que, a partir del 28 de junio de 2025, no sólo para las empresas públicas sino, también, para las empresas privadas que diseñen productos, entornos o servicios digitales estén obligadas a que resulten accesibles a todas las personas.

Dicha ley, obliga, acertadamente en mi opinión, a que las entidades bancarias adapten sus cajeros automáticos, para eliminar barreras físicas y digitales, a las personas mayores, con o sin discapacidad y a las personas con discapacidad, mayores o no. Las mejoras que se producirán resultan evidentes. La accesibilidad financiera se refiere a la capacidad de todas las personas para utilizar productos y servicios financieros sin barreras, en igualdad de condiciones.

Entre los desafíos, en materia de accesibilidad bancaria, se persigue identificar y corregir las barreras que pueden dificultar el uso por parte de usuarios con distintas necesidades:

- a) *Autenticación inaccesible*. uno de los retos más significativos son los métodos de autenticación (inicio de sesión), que pueden dificultar el acceso si se basan en recordar contraseñas complejas, resolver puzles o interactuar con elementos inaccesibles.

- b) *Barreras visuales*, como, por ejemplo, falta de contraste adecuado entre texto y fondo, tamaños de fuente no ajustables, imágenes sin texto alternativo o interfaz no compatible con lectores de pantalla.
- c) *Barreras auditivas*, como, por ejemplo, videos sin subtítulos ni transcripciones o alertas sonoras sin alternativas visuales.
- d) *Barreras motrices*, como, por ejemplo, botones demasiado pequeños o difíciles de pulsar, requisitos de gestos complejos (como doble toque o arrastre con dos dedos) o, navegación que no permite el uso de teclado o dispositivos de asistencia.
- e) *Barreras cognitivas*, derivadas del lenguaje excesivamente técnico o confuso en absoluto pensado para que sea entendido por las personas mayores y menos, aún, por las personas que tienen cualquier tipo de discapacidad.

En definitiva, la accesibilidad incluye tanto el acceso físico a sucursales y oficinas como el acceso digital a través de cajeros automáticos, páginas web o aplicaciones móviles.

6.2. Los nuevos cajeros automáticos serán accesibles (inclusivos), también, para las personas mayores

A partir del 28 de junio de 2025, los nuevos cajeros automáticos de las entidades financieras deberán cumplir con la normativa sobre accesibilidad; lo que producirá una transformación importante para la red de cajeros automáticos de toda España. A partir de esa fecha, entrará en vigor la ley 11/2023, que obliga a las entidades financieras a garantizar que sus terminales de autoservicio sean plenamente accesibles para todas las personas, especialmente para aquellas con discapacidad física, visual, auditiva o cognitiva¹⁰, así como para las personas mayores.

La Ley introduce mejoras concretas que afectarán a todos los cajeros automáticos de todo el país (más de 47.000). Los cambios están diseñados para garantizar la accesibilidad universal y mejorar la experiencia de todos los usuarios:

- a) *Mejoras visuales y táctiles, es decir (i) textos más grandes y con alto contraste, (ii) botones físicos con relieve y disposición de la botones más intuitiva y, (iii) ajustes de brillo en pantalla e iconos más comprensibles para personas mayores.*
- b) *Soporte auditivo, es decir, conexión con auriculares para dar instrucciones sobre cómo utilizar los cajeros automáticos por medio de audio. Estas guías por voz resultarán accesibles mediante auriculares, pensadas*

para personas con discapacidad visual o dificultades de lectura (lo que suele suceder en las personas de edad avanzada).

- c) *Interfaz simplificada, es decir:* (i) menús de navegación más claros, que facilitan el uso a personas mayores y a quienes no están familiarizados con la tecnología digital e, (ii), implementación de tales medidas de accesibilidad a favor de las personas con discapacidad y las personas mayores ser realizará de forma gradual. En este sentido, para los nuevos cajeros será obligatorio a partir del 28 de junio de 2025, mientras que los *cajeros actuales*, podrán mantenerse hasta el final de su vida útil económica, con un plazo máximo de diez años, es decir, hasta junio de 2035.
- d) *Información accesible. es decir*, las entidades deberán informar claramente a sus clientes sobre qué cajeros ya son accesibles y cuáles están pendientes de adaptación. La Ley 11/2023 no se limita únicamente a los cajeros automáticos. También impone obligaciones de accesibilidad en otros sectores clave: (i) productos y servicios financieros y aseguradoras, (ii) comercio electrónico, (iii) transporte, (iv) suministros esenciales (agua, luz, gas), (v) agencias de viajes y, (vi) servicios turísticos.
- e) *Atención inclusiva*, existe el compromiso de que las entidades financieras formen a su personal en atención inclusiva; lo que mejorará la experiencia dentro de las oficinas físicas y en otros canales de atención al cliente. Entre los beneficios empresariales de cumplir con la accesibilidad no sólo radica el hecho de que las entidades financieras o bancarias (también cualquier empresa) cumpla con la legalidad (con la eaa). Implica una profunda transformación cultural y tecnológica que, bien gestionada, se convierte en una ventaja competitiva. Cuando una entidad financiera apuesta por la accesibilidad digital, suele obtener resultados como los siguientes: (i) mayor fidelización de clientes, al ofrecer experiencias más inclusivas y usables, (ii) acceso a nuevos segmentos de mercado, como personas mayores o con discapacidad, (iii) mejora de la reputación corporativa, al posicionarse como líderes responsables e innovadores, (iv) reducción de costes a largo plazo, al evitar rehacer productos y prevenir quejas o litigios y (v) fomento de la innovación y mejora continua, al incorporar prácticas de diseño universal.

Ahora bien, el hecho de que haya que esperar otros diez años más, hasta 2035, para que los cajeros automáticos que existen en España resulten accesibles me parece un desacierto. Este dato, unido al hecho de que la mayoría de las sucursales y oficinas han cerrado, fundamentalmente en las zonas rurales donde hay más personas mayores requiere de medidas complementarias para dar servicio a una población cada vez mayor y más vulnerable.

7. MAYORES Y TIMOS: EL FISHING BANCARIO

Para muchas personas mayores el teléfono móvil o el correo electrónico (utilizado, a través de la tablet o el ordenador) han supuesto dos excelentes medios de comunicación para defenderse del aislamiento social y de la soledad no deseada. Les ha permitido, además, estar en contacto permanente con sus seres queridos, con total independencia de la distancia que les separa de ellos. Las bondades que les ofrecen estas herramientas tecnológicas son indiscutibles. Pero también son las especiales vulnerables a las que exponen a las personas mayores ponen de manifiesto su “vulnerabilidad digital”¹¹: una vulnerabilidad que, tal y como he expuesto páginas atrás, termina convirtiendo a las personas mayores en presa fácil de *fraudes, engaños, amenazas y manipulación como o el phishing bancario*¹² —un abuso/delito/fraude en el que centraré mi atención.

Aunque existen otros muchos delitos, propios de la era digital como el cibercoso¹³, sexting¹⁴, cyberbullying¹⁵, grooming¹⁶, suplantación de identidad¹⁷, *trolismo digital*¹⁸ o *moobing digital*¹⁹; *pretendo centrar mi atención en el phishing bancario* por ser el más común que afecta al colectivo de personas mayores. La vulnerabilidad no sólo en lo *digital sino, también*, económica de las personas mayores, (porque, por razón de su edad, cuentan tan sólo con una pensión (la mayoría de las veces, muy baja) razón por la cual terminan obsesionándose con el dinero y convirtiéndose en presa fácil de falsos chollos por internet y en potenciales víctimas de engaños cuando realizan compras en sitios web (que, realmente, no existen); es lo que se conoce con el nombre de fraude e-commerce—, o productos o servicios muy económicos que resultan fraudulentos; les condena a ser presa fácil de este delito penal²⁰.

La palabra “phishing”, que significa, “pesca” (en inglés), consiste en un fraude digital cuyo objetivo es obtener información confidencial (como contraseñas, datos bancarios o números de tarjetas) mediante engaños. La/os delincuentes digitales simulan ser entidades legítimas y les lanzan el “anzuelo”, mediante el envío de whatsapp o de correos electrónicos que simulan ser de familiares en apuros pidiendo dinero, mensajes de texto (sms) o llamadas de teléfono de falsos empleados que les alertan sobre supuestos problemas en la cuenta y solicitan datos personales. Este tipo de engaños, fraudes y estafas, a raíz de la pandemia del covid-2019 se ha agravado, hasta el punto de que, de hecho, y en la práctica, hay organizaciones criminales especializadas en realizar este tipo de engaños dirigiendo su atención a las personas mayores. Por razón de su edad, de la brecha digital y del alfabetismo digital que padecen las convierten en presa fácil de ciberdelincuentes quienes no dudan en aprovecharse de su falta de habilidad digital²¹. Su credulidad, su desconocimiento, su soledad, su empatía y el exceso de confianza, incluso, también, su propio deterioro cognitivo e intelectual les

convierte en presa fácil. El impacto negativo que tales actos delictivos causan en su autoestima personal es lamentable e incalculable²². Conscientes de lo que está sucediendo y en la lucha, en favor de la prevención y el abuso financiero que sufren las personas mayores en la era digital; una de las grandes preocupaciones que tiene, en la actualidad, la fiscalía coordinadora de sala de atención a las personas con discapacidad y las personas mayores, es reeditar los acuerdos con las entidades bancarias a fin de mantener una fluida comunicación con el sector, que permita detectar movimientos sospechosos en las cuentas y revelar voluntades cautivas, abusos y fraudes.

8. MAYORES Y DECISIONES AUTOMATIZADAS: EL CRÉDITO SCORING BANCARIO.

8.1. *Sesgos algorítmicos por razón de la edad en el crédito scoring*

El crédito scoring bancario es un sistema automatizado que evalúa el perfil financiero de una persona para decidir si se le concede (o no) un préstamo. En el caso de las personas mayores, este sistema suele generar desventajas estructurales, incluso cuando tienen solvencia económica y capacidad financiera suficiente. La razón por la que esto sucede es evidente: la edad no ayuda, en absoluto. A mayor edad, peor será la valoración crediticia que se realice de nuestro scoring, y es que los años son un factor de riesgo crediticio para las entidades bancarias y financieras. Este sistema de evaluación de la solvencia bancaria funciona analizando datos como ingresos, historial crediticio, bienes, tipo de contrato laboral, estado civil, y (por supuesto) “la edad”. El hecho de que use algoritmos que compartan su perfil con otros clientes y asigne una puntuación determinada, cuando el cliente evaluado es una persona mayor el banco si aprueba la aprobación del crédito suele fijar unas condiciones del mismo más exigentes. Este sistema de análisis automático mide una serie de parámetros objetivos con el fin de otorgar a una persona una puntuación. Entre ellos, la edad. Actúa a modo de examen en el que, tras analizar un gran número de variables, otorga una nota a la persona que ha pedido un crédito en el banco. Aprobar o suspender significará, con toda probabilidad, que el banco da el visto bueno al crédito o, por el contrario, lo deniegue.

Lamentablemente, se ha comprobado ya (en numerosas ocasiones) que dicho sistema automático *penaliza* a las personas mayores, aunque tengan solvencia y capacidad financiera para devolver el crédito. Normalmente, a mayor edad, se le otorga peor puntuación porque se considera un mayor riesgo de impago por factores como la mortalidad o la jubilación. Y es que, es un hecho, constatado ya, que los algoritmos de evaluación crediticia que toman en cuenta la edad (o la discapacidad) están discriminando a las personas mayores. A quienes tienen una edad

avanzada. Estas decisiones algorítmicas suponen, indudablemente, una mayor desventaja para determinados colectivos que estadísticamente disponen de menor nivel de ingresos, como, por ejemplo, los pensionistas, o las personas con discapacidad (también, para las mujeres, las personas trabajadoras jóvenes o las personas inmigrantes). Cualquier selección inadecuada o errónea de datos personales durante el entrenamiento de un sistema de IA puede dar lugar a que el algoritmo tome decisiones injustas substantiadas en creencias preconcebidas, —o incluso en estereotipos sociales— que conduzcan inevitablemente a la estigmatización de grupos, minorías o personas vulnerables. Junto a la edad, el estado civil, o si tienen o no hijos, el sistema analiza, también, la capacidad financiera: los ingresos que tenemos cada mes, la estabilidad de dichos ingresos; si somos trabajadores por cuenta ajena o autónomos, qué trabajo tenemos, desde hace cuánto tiempo y con qué tipo de contrato, pero también cuánto dinero y qué patrimonio tenemos. Otros tienen que ver con nuestro historial crediticio, para saber si ya tenemos otros préstamos pendientes de amortizar y cuánto representan las cuotas respecto a nuestros ingresos; si hemos sido buenos pagadores en el pasado o si, por el contrario, hemos tenido retrasos o estamos incluidos en algún registro de morosos.

Según el sistema, cuanto más avanzada es la edad de una persona, mayor es el riesgo de impago, dado que el riesgo de mortalidad es mayor. Y, por otro lado, pese a que las pensiones son un ingreso seguro y predecible, suelen estar por debajo de los ingresos de un trabajador en activo; por lo que para la entidad bancaria o crediticia, las personas mayores no suelen tener mucha capacidad de mejorar en su situación laboral. Es más que probable que, finalmente, la pierdan por jubilación por edad, por jubilación anticipada o por razón de su enfermedad. En la práctica resulta lamentable comprobar, el hecho de que, aunque una persona sea mayor y tenga *ingresos estables* (pensión, propiedades); el sistema puede y suele penalizarle por razón de su edad; lo que la lleva a sufrir una clara y evidente discriminación financiera indirecta, dificultando el acceso a préstamos, hipotecas o tarjetas. El *scoring bancario* puede ser útil, pero también injusto si no se adapta a la realidad de las personas mayores.

Frente a estos hechos que están sucediendo en la realidad, lo que hay que hacer es (i) complementar el scoring bancario con un “análisis humano”. De hecho, así ha sido propuesto ya por el tribunal de justicia de la unión europea, en fallos judiciales que han marcado un antes y un después, y algunas entidades están revisando ya, con acierto, a mi modo de ver; algunos casos manualmente para evitar sesgos algorítmicos que discriminan a las personas por razón de la edad o de su discapacidad. Incluso, están (ii) revisando el diseño de los algoritmos para evitar sesgos edadistas que penalicen automáticamente a los clientes de mayor edad, sin considerar otros factores para tratar de (iii) ofrecer productos financieros adaptados, como préstamos con garantía hipotecaria o seguros de vida asociados.

8.2. CAUSAS Y ORIGEN DE LOS SESGOS ALGORÍTMICOS DISCRIMINATORIOS Y CÓMO PREVENIRLOS Y EVITARLOS

8.2.1. *Introducción*

El edadismo —término “edad-ismo” (Age-Ism)²³, acuñado por vez primera hace 56 años (en 1969), por el gerontólogo estadounidense Robert N. Butler (psiquiatra y ganador del premio Pulitzer²⁴, por ser autor del aplaudido ¿por qué sobrevivir? envejecer en EEUU), es el “proceso de estereotipación y discriminación sistemáticas de las personas por el hecho de ser viejos, al igual que el racismo y el sexismo lo hacen con el color y el género”²⁵, se está replicando, lamentablemente, en las bases de datos de las que se nutren los sistemas basados en inteligencia artificial. Con toda probabilidad, las visiones sesgadas en contra de la edad (o la discapacidad, la raza o el sexo) han saltado de la era analógica a la digital y se han instalado en los patrones de los que parten los algoritmos matemáticos basados en recopilar datos (a veces sesgados) —y por tanto falsos— que ponen en tela de juicio del cumplimiento del principio de igualdad: reconocido como uno de los valores fundamentales en la carta de los derechos fundamentales de la unión europea.

En mi opinión, la humanidad es la verdadera responsable de que la digitalización siga perpetuando los sesgos, prejuicios y estigmas que la humanidad y la sociedad, desde hace tiempo, ha tenido en contra las personas mayores (también, en contra las personas con discapacidad). Debemos ser conscientes, por tanto, del desafío que comportan los sesgos algorítmicos y el principio de privacidad y seguridad de datos en la era digital²⁶.

Los sesgos algoritmos discriminatorios contra las personas mayores y contra las personas con algún tipo de discapacidad (sean mayores o no) son una forma de exclusión digital que puede tener consecuencias graves en ámbitos como el empleo, la salud, el consumo y el acceso a servicios públicos. Mediante la aplicación de sistemas basados en IA basados en algoritmos sesgados se pueden perpetuar desigualdades sociales y generar discriminación de forma sistemática y exponencial. También, he demostrado que dañan la imagen de las empresas y de las decisiones automatizadas basadas en IA. Y es que, aunque los algoritmos se perciben como neutrales, en realidad pueden producir, perpetuar y amplificar prejuicios sociales si no son diseñados bajo criterios inclusivos. También ha quedado demostrar, páginas atrás que la humanidad está sesgada y que, por tanto, la IA reproduce nuestros sesgos amplificándolo y duplicándolos de manera exponencial. Los algoritmos aprenden sobre los datos disponibles y es necesario remarcar que en los datos existe invisibilidad de las personas mayores y de las personas con discapacidad. Aún más. De la selección de datos se evidencia que

existen sesgos racistas, misóginos, binarios, es decir no son objetivos. Que los datos no son neutros. En este sentido, si somos capaces de entender cuál el origen de los sesgos algoritmos seremos capaces, también, de saber (o al menos intentar saber) cómo prevenirlos.

Para comprender mejor esta debilidad de las decisiones basadas en IA, creo importante analizar “las fuentes” a las que se pueden deber los sesgos algorítmicos discriminatorios. Los sesgos pueden producirse en cualquiera de las etapas de desarrollo, diseño y creación del algoritmo. En cualquier fase del diseño del sistema, recopilación de datos o implementación del modelo IA. Es importante comprender qué hace el aprendizaje automático (machine learning en inglés) con nuestros datos. Porque los algoritmos aplican cálculos estadísticos sobre los datos para encontrar patrones que puedan proporcionar información, identifican tendencias y hacen predicciones. No son un oráculo. No son magia. No son cajas negras incomprensibles: son (solo) matemáticas, pero a una velocidad que el cerebro humano no podría procesar jamás.

La IA basa sus conclusiones en los datos de entrenamiento que se les facilita (*data-driven ai*)²⁷, para, a continuación, aprender de dichos datos: es lo que se conoce como aprendizaje profundo (el conocido Machine Learning) ofreciendo (a cambio) una velocidad de procesamiento de datos incomparablemente mejor a la que ofrecería el ser humano (de hecho, la velocidad de procesamiento de datos jamás podrá ser alcanzada por el ser humano). El objetivo es hacer una llamada de atención al hecho de que los sistemas de IA, con la *necesaria supervisión y control humanos, deben de ser diseñados, corregidos y entrenados en los valores instaurados*, por vía legal, en la era analógica. Es importante que el ingeniero o creador de los datos prevenga el sesgo y controle, en la medida de lo posible, el riesgo de los vicios que, en las decisiones totalmente automatizadas, o en el diseño de patrones algorítmicos se realicen. También es fundamental controlar la calidad de los datos de donde se extraigan porque de los mismos después aprende la IA y si dichos datos contienen sesgos algorítmicos habrá que podarlos para evitar su contagio con el resto de los datos.

8.2.2. Sesgos en los datos de entrenamiento y falta de diversidad de los equipos que los desarrollan

8.2.2.1. La calidad de los datos

La calidad de los datos que alimenta un algoritmo es absolutamente crucial para su rendimiento, precisión y utilidad. Esta calidad depende de varios factores clave que pueden marcar la diferencia entre un modelo confiable y uno que genera resultados erróneos o sesgados. Si los algoritmos se entregan con datos que

excluyen o infrarrepresentan a las personas mayores o a las personas con discapacidad no cabe duda que las decisiones que, finalmente, adopten estarán sesgadas. Resultarán discriminatorias y, por tanto, serán menos precisas y erróneas. A veces, la falta de diversidad en los equipos de desarrollo de los algoritmos puede ser la causa a la que se debe la implementación de sesgos algorítmicos. Porque la ausencia de personas mayores o personas expertas en envejecimiento o personas con discapacidad y organizaciones que representen y conozcan sus necesidades, en la fase de diseño del sistema, puede llevar a ignorar sus necesidades. De hecho, a la hora de que un sistema basado en IA tome una determinada decisión, o sirva para realizar un análisis estadístico o una investigación resulta imprescindible analizar si los datos de los que ha partido son “datos calidad”. En torno a dicha cuestión gira o pivota la calidad del resultado final.

Los sistemas informáticos dirigidos a predecir el comportamiento humano por medio del *machine learning*, se basan en predicciones en las que se ignoran, por un lado, a una buena parte de la población de personas mayores (o de personas con discapacidad) que no están suficientemente representadas porque no están presentes en las redes sociales o se registra poca actividad en las mismas, creando de esta forma un diagnóstico inexacto que luego exacerba los diferentes tipos de discriminación presentes en las redes, como el edadismo y, por otro, demuestras ser carentes de valores que se infieren de los cambios normativos relativamente recientes. Estas predicciones no están tomando en cuenta los importantes cambios legislativos que a favor del respeto a la igualdad y no discriminación se han producido, desde hace algunos años ya, en la sociedad. Me refiero: (i) al valor de la *igualdad y no discriminación*, introducido en nuestra sociedad, a través de la Ley 15/2022, de 12 de julio, igualdad de trato y la no discriminación (una ley que tiene por objeto garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, respetando la igual dignidad de las personas y protegiendo de manera efectiva a las víctimas en todos los ámbitos de la sociedad —también digital, entiendo—), (ii) el valor a la accesibilidad —introducido, por la ley 11/2023, de 8 de mayo, relativa a la accesibilidad de los productos y servicios y que, entrará en vigor en lo relativo a dicha accesibilidad el próximo 28 de junio de 2025—, (iii) el valor que se infiere del nuevo paradigma de la discapacidad, contenido en la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica *donde las personas “no son discapacitadas” sino que “tienen discapacidad” y es que es la social (también la digital) la que debe hacerles accesible su participación social (también en la digital) así como*, (iv) el valor al respeto a la autonomía personal de las personas dependientes, promoviendo su autonomía y el respeto a su voluntad, preferencias y deseos, introducidos por la ley 2/2021 y la ley 39/2006, de dependencia (una ley que aunque no ha tenido

la implementación práctica adecuada en la sociedad porque las ayudas a la dependencia llegan con al menos dos años de retraso), al menos sí que es cuanto proyecta el valor de potenciar y promover la autonomía personal *en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria*” de las personas dependientes—).

No profundizaré aquí sobre la importante cuestión de cómo evitar o mitigar los sesgos algoritmos discriminatorios, porque lo he hecho ya en mi monografía sobre Inteligencia Artificial, Robótica Asistencial y tecnologías emergentes al servicio y atención de las personas mayores²⁸. En esta ocasión y después de que explique los requisitos de calidad de los datos, analizados desde un punto de vista jurídico y técnico, pasaré a reflexionar sobre cómo dicho incumpliendo legal puede causar daños (denegando el sistema automatizado el crédito, injustificadamente, por ejemplo) lo que activará el régimen de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos inteligentes contenido en la Directiva 2024/2853 —cuestión a la que dedicaré, brevemente, alguna reflexión al final de este trabajo y sobre la que me propongo profundizar en un próxima publicación—.

8.2.2.2. La calidad de los datos medida desde el punto de vista técnico

La calidad técnica de los datos debe ser medida en términos objetivos y cuantificables, según establecen las directrices de calidad de datos de la que —que agrupan las dimensiones de calidad conforme al modelo fair (findability, accessibility, interoperability, reusability)— y que contiene el artículo 10 del Reglamento de inteligencia artificial (RIA). Las directrices de calidad de datos de la unión europea se configuran como una herramienta clave para cumplir los principios del RGPD y el reglamento de IA, y constituyen una referencia obligada para cualquier sistema de toma de decisiones automatizada que aspire a ser jurídicamente seguro y éticamente responsable.

Según las directrices de calidad de la que adoptan el enfoque del “modelo FAIR” (findability, accessibility, interoperability, reusability), —que es un marco ampliamente reconocido para garantizar que los datos sean útiles, accesibles y confiables—, los datos han de ser (1) encontrables, (2) accesibles, (3) interoperables y (4) recuperables. Me explico, más desarrolladamente, lo que significa el “modelo FAIR”: a) F-findability (encontrables). Los datos deben poder localizarse fácilmente. Esto implica el uso de identificadores únicos y persistentes, metadatos ricos y registro en repositorios accesibles, b) A-accessibility (accesibles). Los datos deben poder recuperarse mediante protocolos abiertos, incluso si requieren autenticación. Los metadatos deben seguir siendo accesibles, aunque los datos ya no lo sean, c) I-interoperability (interoperables). Los datos deben estar

en formatos estándar y utilizar vocabularios controlados para facilitar su integración con otros sistemas o conjuntos de datos y, d) Reusability (reutilizables). Los datos deben estar bien documentados, con licencias claras y condiciones de uso que permitan su reutilización en distintos contextos.

Estas son las cuatro dimensiones (FAIR) que han de tener los datos, para que sean datos de calidad. Es decir, para que sean: (1) *precisos, completos y actualizados*, (2) *libres de sesgos* que puedan afectar decisiones automatizadas, (3) cumplan con *normativas de protección de datos* como el RGPD y, (v) sean *auditables y trazables* (especialmente en los sistemas de IA de alto riesgo que son aquellos en los que está expuesta la salud y seguridad de las personas consumidoras vulnerables. Este enfoque no solo mejora la calidad técnica, sino que también promueve la *confianza, transparencia y responsabilidad* en el uso de datos.

8.2.2.3. La calidad de los datos, desde el punto de vista jurídico

La calidad de los datos se mide en función del respeto a los derechos fundamentales: en concreto, a los que se refieren al tratamiento de los datos personales contenido en virtud del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD, ex art. 5) y, en nuestra legislación nacional: en la ley orgánica de protección de datos (LOPD). El reglamento general de la protección de datos entiende los datos como una proyección de la personalidad. Tras esta concepción reconoce que el tratamiento de datos puede afectar a la privacidad, la identidad, la dignidad y la autonomía de las personas. Lo que significa que del hecho de que los datos sean exactos depende que se les garantice a las personas su representación digital exacta, completa y contextualizada. Según el marco legal, europeo y español, la calidad de los datos implica (según el art. 5 del RIA) que deben estar sometidos a los siguientes principios: (i) “exactitud”, “actualización y “veracidad” (lo que significa, que el dato sea correcto, actualizado y que refleje fielmente la situación del titular —lo que significa, que el responsable del dato debe corregir y eliminar los datos inexactos o incorrectos, respetando los derechos de cancelación y rectificación de su titular—: (1) “adecuación”, “pertinencia” y “no excesividad” (lo que significa, que sólo pueden recopilarse datos para la finalidad específica del tratamiento. Por ejemplo, no se puede pedir la ideología política de un paciente, si no resulta un dato relevante para su atención médica), (2), “finalidad específica y legítima” (lo que significa, que los datos deben usarse exclusivamente para el propósito para que fueron recogidos). También es preciso que se determine o fije la (3) “limitación temporal” (lo que significa, que los datos han de conservarse únicamente durante el tiempo necesario para cumplir con la finalidad específica para la cual fueron captados lo que, a su vez significa, que después de su utiliza-

ción ha de ser cancelados y minimizados) y, (4) “transparencia y consentimiento informado” (lo que significa, que el titular debe conocer quién recoge sus datos, para qué se usan y, cómo puede ejercer sus derechos. Esto refuerza, también, (5) la trazabilidad y la confianza en el tratamiento de los datos.

El respeto a estos cinco principios resulta fundamental para que proteger a las personas frente a decisiones automatizadas injustas o discriminatorias, para reformar la seguridad jurídica en entornos digitales, especialmente, en entornos donde las decisiones sean tomadas por medio de sistemas basados en IA y big data y para evitar sanciones y permitir auditar y responsabilizar a quienes gestionan los datos personales por su mal uso. De entre todos ellos, el “principio de exactitud y actualización”, constituye uno de los pilares fundamentales del derecho a la protección de datos (contenido en el 5.1.d). El principio de exactitud tiene una doble función. Por un lado, cumple una función preventiva ya que trata de evitar que el tratamiento de información incorrecta pueda producir efectos negativos injustificados sobre el interesado. Por otro lado, la función correctiva garantiza el derecho a la rectificación (Art. 16 RGPD) cuando la información resulte errónea o engañosa o, también, el derecho al olvido²⁹.

Pero la calidad de los datos no debe concebirse (o no al menos únicamente) como una mera cuestión técnica, sino como una exigencia jurídica estrechamente vinculada al “principio de exactitud” contenido en el artículo 5.1.d) del reglamento general de protección de datos y a los estándares establecidos por el reglamento de inteligencia artificial, cuyo artículo 10 (Anexo III, punto 5, RIA) impone “requisitos específicos de calidad” para los sistemas de IA de alto riesgo, entre los que se encuentran expresamente los utilizados en el ámbito del credit scoring. Este principio impone a los responsables del tratamiento la obligación de garantizar que los datos tratados sean “exactos y “actualizados”; así como de tomar “todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan”. Por ejemplo, en el ámbito del credit scoring, este principio significa que los datos deben describir con precisión la situación económica actual del solicitante de crédito: ingresos reales, deudas vigentes, historial de pagos, cargas familiares, entre otros. La presencia de errores, omisiones, desactualizaciones o simplificaciones indebidas puede alterar gravemente la evaluación de la solvencia y dar lugar a decisiones injustas, especialmente cuando los modelos no permiten intervención humana significativa. Por ejemplo, una deuda ya saldada que aún figura como activa puede alterar significativamente la puntuación de un consumidor de manera injustificada. Un dato erróneo, incompleto, desactualizado o descontextualizado puede conducir a una decisión injusta, desproporcionada o incluso discriminatoria. En este sentido, y tal y como está sucediendo, en la realidad, con las personas mayores que son evaluadas y analizadas sin

supervisión humana por este tipo de sistemas automatizados. Además, resulta fundamental, también, que los datos, una vez captados sean “revisados” y, por tanto, que resulten “revisables”. La actualización de la información que ofrece el dato de forma periódica de la información, en función del contexto económico y del uso previsto del sistema; lo que significa, que un dato, inicialmente correcto, puede volverse inexacto si no se revisa a tiempo. Por ejemplo, en el sector salud o en el sector bancario, un cambio reciente en la edad o un cambio en la situación laboral del solicitante, si no ha sido incorporado al sistema; pueden llevar a la concesión o denegación indebida de un crédito.

8.3. SESGOS DE CONFUSIÓN Y VARIABLES PROXY

A menudo, los algoritmos no discriminan de manera directa y explícita por razón de la edad (ni la discapacidad, ni el sexo). Tampoco por razón de la enfermedad o de la discapacidad. Porque, de hacerlo, de forma directa estaría directamente prohibido. Normalmente, los algoritmos no “marcan” la edad de manera directa, pero sí que son programados para utilizar variables indirectas, como la ubicación geográfica, el historial de trabajo o el consumo de tecnología. Otras veces, el padecer o haber padecido una enfermedad, como el cáncer, aunque directamente no son variables que el sistema automatizado de inteligencia artificial puede tomar en consideración para destacar, por ejemplo la concesión de un crédito financiero; lo cierto es que, dichos factores, la edad o la enfermedad, indirectamente sí que pueden correlacionarse con la evaluación de solvencia y finalmente con la consiguiente denegación de un crédito por crédito scoring. Los sesgos de confusión y las variables proxy son conceptos clave en estadística, epidemiología y ciencia de datos, especialmente cuando se busca establecer relaciones causales o evitar errores en modelos predictivos.

Una “variable proxy”, es una variable que no mide directamente lo que se quiere estudiar, pero se usa como sustituto porque está correlacionada con la variable real. Si una variable proxy está correlacionada con una característica sensible (como raza, género o nivel socioeconómico), puede introducir discriminación indirecta en modelos algorítmicos. Por ejemplo, usar el código postal como proxy del nivel de ingresos puede terminar discriminando a comunidades marginadas si el modelo asocia ciertos códigos con menor solvencia, sin considerar la diversidad real. Otro ejemplo sería, usar dirección de la calle del solicitante de un préstamo podría servir como proxy para etnia. El sesgo se puede reflejar en índices de aprobación negativos si las prácticas crediticias de una institución son discriminatorias. Estas *variables proxy* (la mayoría), no aparecen relacionadas directamente en contra de la edad, la raza o el sexo, pero indirectamente.

tamente pueden funcionar como “proxy”. Por ejemplo, la experiencia laboral o el uso de tecnología digital podría estar correlacionada con la edad; lo que lleva a que las personas mayores sean tratadas de manera diferente por la IA. Probar que estas variables sirven como “proxy” de la edad, de la enfermedad (como el cáncer) o del género es, sin duda, un desafío ético, técnico, jurídico y legal. Y es que, aunque normalmente, las variables de las que parten los algoritmos deben ser “neutrales”, experiencia laboral, fecha de graduación, el género, la edad... estas variables, aparentemente neutras pueden conllevar sesgos discriminatorios actuando se utilizan variables proxy (de forma confidencial) para correlacionar y, de paso, sesgar y discriminar.

La IA posee, en la actualidad, una gran capacidad de “inferencia”. La “capacidad de inferencia” de la inteligencia artificial (ia) es lo que permite a los modelos automatizados tomar decisiones, hacer predicciones o sacar conclusiones a partir de datos que no han visto antes. Es el momento en que la ia deja de “memorizar” y empieza a “razonar” con lo aprendido. Para que un modelo tenga buena capacidad de inferencia, necesita (i) entrenamiento robusto con datos diversos y representativo, (ii) arquitectura neuronal avanzada, como redes profundas o modelos de lenguaje y, (iii) optimización de hiperparámetros para mejorar precisión y velocidad. La capacidad de inferencia es lo que permite usar información no tradicional o variables proxy para burlar las prohibiciones de uso de cierto tipo de datos. Por ejemplo, el uso de datos relativos a cáncer está prohibido en las evaluaciones de solvencia (crédito scoring). En este sentido, ciertos comportamientos de navegación en internet, redes sociales o plataformas de contenidos, podrían generar una inferencia algorítmica de que una persona ha padecido o padece cáncer. Así por ejemplo, un dato no sensible en sí mismo (el historial de visionado) se puede transformar en una inferencia sobre un dato sensible. Estas inferencias, si se integran en modelos de credit scoring³⁰; suponen una forma indirecta de tratamiento de datos sensibles lo cual vulneraría los principios de licitud, minimización y limitación de la finalidad. Además, plantea serias dudas desde la perspectiva de la prohibición del tratamiento de categorías especiales de datos establecida en el artículo 9 del RGPD, especialmente si tales variables influyen negativamente en los derechos del interesado sin su conocimiento ni su consentimiento. El hecho, además, de que muchas empresas mantengan sus algoritmos “en secreto” dificulta a los demandantes entender exactamente cómo operan y demostrar que existe un sesgo que les discriminó. Las demandas colectivas, a menudo, necesitan acceso a grandes cantidades de datos y análisis complejos para identificar patrones discriminatorios; lo que aumenta los costos y la complejidad del litigio.

IV. DAÑOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS INTELIGENTES A PERSONAS VULNERABLES

Es un hecho incontestable que en los últimos años los productos y servicios médico-sanitarios (como, por ejemplo, los robots quirúrgicos, los implantes tecnológicos en el cuerpo o en el cerebro o los órganos artificiales inteligentes) y los productos de carácter asistencial (como por ejemplo, los robots conversacionales) están incorporando sistemas de Inteligencia Artificial (IA) que dificultan delimitar quien o quienes son los sujetos responsables (es decir, quien o quienes entran dentro del ámbito subjetivo del nuevo régimen de responsabilidad por productos defectuosos) y si se produce (o no) la relación de causalidad, entre el defecto y el daño producido³¹.

Una de las razones por las que se produce esta dificultad es porque el sistema de IA incorpora, a los productos inteligentes, cierto grado de autonomía, opacidad e interconectividad que dificulta imputar (con cierto grado de claridad) quien o quienes son los responsables de indemnizar los daños y perjuicios que ocasionen.

Un sistema de inteligencia artificial (IA) se define, legalmente según la Unión Europea —según el art. 3 del Reglamento de Inteligencia Artificial (UE) 2024/1689, también conocido como la Ley de Inteligencia Artificial de la UE (que entró en vigor el 2 de febrero de 2025)— como un software diseñado para generar resultados como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyen en entornos físicos o virtuales, utilizando técnicas como el aprendizaje automático (*machir Learnin*), o el aprendizaje automático profundo (*Deep learning*) o la lógica basada en conocimientos.

El hecho de que, en la actualidad, los “productos” incorporen sistemas de IA los dota, hasta cierto punto de “un grado de autonomía”, de “opacidad” así como, también, de “interconectividad de estos sistemas inteligentes” capaces de recabar todo tipo de datos de Internet de las cosas (IoT) —usando tecnologías como blockchain (tecnologías que permiten registrar el uso y el trasvase de datos sin costes de intermediación y con cierto grado de seguridad)— puede comportar también que sea muy difícil determinar cuál de los diversos actores intervinientes causó el daño y, por tanto, está llamado a responder frente a las personas vulnerables/hipervulnerables como son las personas mayores, con o sin discapacidad.

1. Los sistemas basados en IA son, hasta cierto punto, “autónomos”, porque incorporan un software autónomo (a veces, semiautónomo), capaz de tomar sus propias decisiones (mediante aprendizaje automático profundo), sin requerir intervención humana de manera constante. Lo que significa, que la elección de una opción específica por parte del sistema de IA (por ejemplo, la concesión o denegación de un crédito o de un seguro o de un

puesto de trabajo) esté predeterminada por los datos proporcionados por su diseñador, por lo que, al actuar de manera autónoma resulta controvertido determinar a quien debe atribuírseles los daños que causan.

2. El grado de “opacidad” de los sistemas de IA, dificulta, también, la imputación sobre la responsabilidad porque resulta difícil comprender y explicar cómo ha tomado el sistema inteligente sus propias decisiones basadas en técnicas específicas (basadas, en aprendizaje automático — machine Learning— o aprendizaje profundo —Deep Learning—); por lo que con las reglas tradicionales de la causalidad actuales, resulta difícil determinar quién causó un el daño (o no) así como determinar quién está llamado a responder.
3. La “interconectividad” de estos sistemas, basados en IA y su interacción con otros elementos tecnológicos inteligentes de los que pueden recabar datos, a través del IoT y Blockchain, o a través de robots de carácter asistencial puede comportar, también, que sea muy difícil determinar cuáles de los diversos actores intervinientes causaron el daño y, por tanto, están llamados a responder e indemnizar.
4. Los sistemas inteligentes, además, generan resultados funcionales, de contenidos (como texto, imágenes, audio), predicciones (por ejemplo, sobre enfermedades, comportamientos, o eventos), recomendaciones (como sugerencias de productos o decisiones médicas) o decisiones que pueden afectar a los derechos, generar oportunidades y exponer a riesgos). Además, los sistemas en IA influyen en entornos físicos o virtuales; lo que significa que estos sistemas inteligentes incorporados en robots de carácter médico o asistencial no sólo pueden recabar todo tipo de información sino exponer en su privacidad y seguridad de los daños a las personas mayores situándolas en una posición de hipervulnerabilidad.

Teniendo, en cuenta, además, las características propias de estos sistemas, como su carácter abierto, su vulnerabilidad, la necesidad de recopilar constantemente datos de los que aprende para poder funcionar, predecir, recomendar y automatizar los procesos; las reglas contenidas en la Directiva 85/374/CEE, y en general, las tradicionales contenidas en nuestro Código Civil (ex art. 1902 y 1111) y en el TRLGDCU (ex arts. 148 y 149) resulten “inapropiadas” e insuficientes para dar respuesta a los daños y perjuicios ocasionados³². Porque (i) el régimen de responsabilidad subjetiva tradicional (por culpa) en los que se exige que la víctima pruebe la culpa del agente productor del daño y la relación de causalidad entre ambos; resultaría excesivamente costoso y difícil de probar en el caso de los productos que incorporen sistemas basados en IA debido a su complejidad, opacidad interconectividad y su autonomía, (ii) el régimen de responsabilidad objetiva, en el que basta que exista un daño y relación de causalidad,

sin necesidad de que sea valorada la diligencia empleada; lo que desincentivaría el progreso tecnológico y los avances tecnológicos sanitarios y asistenciales y, (iii) además, la Directiva 85/374/CEE, cuya vigencia data de más de 30 años, se remonta a cuando el comercio electrónico era todavía inexistente —incluso antes de que existiera internet—) por lo que la nueva Directiva por productos Defectuosos inteligentes se propone, entre otras cosas, no sólo realizar una armonización máxima sino: (i) adaptar la responsabilidad por productos defectuosos a las necesidades impuestas por el desarrollo tecnológico, (ii) al cambio de una economía alineada a una economía circular (en donde los productos se diseñan para ser más duraderos, reparables y reutilizables —en lugar de ser desechados—) así como, también, (iii) constatar la ampliación de las cadenas de suministro —un aspecto que constituyen pieza clave del ámbito reparador—.

La Comisión Europea ha publicado directrices para facilitar la interpretación de esta definición, especialmente en casos donde no está claro si un software debe considerarse un sistema de IA o no. Estas directrices ayudan a determinar si un sistema entra dentro del ámbito regulado por la Ley de IA o no. Además, el Reglamento establece obligaciones diferenciadas según el nivel de riesgo del sistema de IA (mínimo, limitado, alto o inaceptable); lo que influye en los requisitos legales que deben cumplir los desarrolladores y usuarios antes de que procedan o no a su comercialización. Lo que significa, que los productos inteligentes defectuosos (es decir, las herramientas tecnológicas en las que se basa la gerontotecnología, biotecnología y la neurotecnología y que son aplicadas a las personas mayores) se clasifican en la categoría de sistemas de “sistemas de alto riesgo” por afectar a la seguridad y salud de las personas. Por esta razón, están llamados a cumplir y superar exhaustivos controles *ex ante* (por medio de una “evaluación de conformidad” antes de que sean comercializados en la UE —para la cual han de cumplir, no sólo el Reglamento de productos sanitarios de 2017 (para el caso de que se trate de productos sanitarios) y sino, también, las obligaciones del RIA de 2024—) y *ex post* (dirigidos a dar respuesta a los daños y perjuicios causados por los productos defectuosos con arreglo a la Directiva 2024/2853). Sin embargo, y aún y a pesar de los controles *ex ante* y *ex post* es posible que tras la comercialización de estos productos puestos en contacto con las personas usuarias (muchas veces, personas mayores); se puedan causar daños y perjuicios debidos: (i) o bien a que el producto no haya sido fabricado con arreglo a las especificaciones previstas para su diseño (convirtiéndose en un producto defectuoso), (ii) o bien, a que su uso sea incorrecto, por falta de la necesaria información que garantice el uso correcto de los mismos.

El uso de sistemas de inteligencia artificial (IA) comporta una serie de riesgos que, a grandes rasgos, se han clasificado como “riesgos de seguridad” (o “riesgos físicos”) y “riesgos para los derechos fundamentales”, entendidos en

un sentido muy amplio. El Reglamento (UE) 2024/1689 de inteligencia artificial (RIA), tiene por objeto garantizar “un elevado nivel de protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales consagrados en la Carta, incluidos la democracia, el Estado de Derecho y la protección del medio ambiente, frente a los efectos perjudiciales de los sistemas de IA...” (art. 1.1 RIA), y lo hace mediante un sistema de gestión de riesgos que establece deberes de seguridad y de calidad, especialmente para los sistemas de IA de alto riesgo, mecanismos de vigilancia y control del cumplimiento de tales deberes, y sanciones para el caso de incumplimiento.

La normativa, recientemente aprobada por la UE en la Directiva de 2024/2853), se caracteriza por “aliviar” de la carga de la prueba mediante la regulación de presunciones iuris tantum a través de las cuales se facilita determinar que los sistemas de IA de alto riesgo. También, se basa en un sistema de responsabilidad solidaria que permite exigir responsabilidad a “cualquier operador” que haya contribuido a causar el daño. Daños que puede derivar de la decisión automatizada, del robot médico o asistencial o de la recabación de datos por medio de sensores o cámaras inteligentes violando su privacidad o poniendo en riesgo la seguridad de sus datos personales.

Convencida de la necesidad de clarificar y profundizar sobre la estructura del nuevo régimen de responsabilidad que contiene la Directiva 2024/2853 (aún pendiente de trasposición a nuestro ordenamiento español, cuya fecha tope es el 9 de diciembre de 2026) me he propuesto de dar respuesta a tres importantes interrogantes: ¿QUÉ? (ámbito objetivo) —es decir, qué tipo de daños están cubiertos y cuales no, que tipo de productos defectuosos entra dentro del ámbito de aplicación, y cuales no, y qué remedios o acciones se pueden ejercitar (reparación, sustitución, indemnización, etc.) y por qué orden—, ¿QUIÉN? (ámbito subjetivo) —es decir, quienes son los legitimados activos (personas físicas) y pasivos (fabricante, distribuidor, productos, (operadores económicos), plataformas on-line, etc. y bajo qué reglas civiles y procesales se les imputará responsable)—, y ¿TIEMPO? (Ámbito Temporal, durante el cual se puede exigir y reclamar responsabilidad por daños) —es decir, cual/les es/son el/los plazo/s de prescripción y garantía—. En mi opinión, este nuevo régimen de responsabilidad, contenido en la Directiva (UE) 2024/2853, debería ser traspuesto (antes del próximo 9 de octubre de 2026) debería ser traspuesto a nuestro ordenamiento jurídico español, a través de una ley civil extrajudicial capaz de modernizar las reglas tradicionales contenidas en nuestro Código civil, al estilo de cómo lo haría el legislador Alemán (reinterpretando, por tanto, las reglas sobre responsabilidad ya existentes y zanjando, por tanto, de un plumado las dudas que podrían surgir a la hora de coordinar y reordenar los distintos regímenes de responsabilidad que existen y que pueden servir para dar respuesta a los daños y perjuicios no cubiertos por la Directiva (como, por ejemplo,

los daños morales puros, excluidos del ámbito de aplicación de la misma, según el Considerando núm. 24 (entre otros). Además, creo preciso y necesario que el legislador, en la trasposición, aclare si el nuevo régimen de responsabilidad —más bondadoso a la hora de facilitar la carga probatoria— resulta aplicable (o no) a la acción de regreso. Incluso, sería conveniente precisar y clarificar las consecuencias que produce, en nuestro ordenamiento jurídico, la falta de armonización en materia de prescripción (en orden a aclarar el ámbito temporal del nuevo régimen de responsabilidad). Tengamos en cuenta que la principal diferencia en este sentido, entre nuestro Código Civil y el Código Catalán es que el Código Civil español estableció un plazo general de prescripción de 5 años para las acciones personales (tras la reforma de 2015), mientras que el Código Civil de Cataluña tiene un plazo general de 10 años, salvo excepciones específicas. Además, el Código de Cataluña, también, contempla otros plazos más cortos, como el de 3 años; por lo que, en mi opinión, sería preciso que en la trasposición de (re)ordenara esta cuestión de tanta importancia práctica y de la que depende que prospere o no la acción³³.

La trascendencia no sólo teórico sino práctica de este nuevo régimen de responsabilidad que deberá ser traspuesto a nuestro ordenamiento español antes del próximo 9 de diciembre de 2026, unida a la necesidad de dar respuesta a los posibles daños y perjuicios a colectivos especialmente vulnerables (hipervulnerables en lo digital) como están siendo, tras la transformación digital (sin alternativas) las personas mayores y las personas con discapacidad; justifica, en mi opinión, que, desde el Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (que represento), nos hayamos sumado a participar en el necesario debate y oportuna reflexión que dicha trasposición requiere. En este sentido, y al cierre de este trabajo aún no se ha celebrado el “Congreso Internacional sobre Daños por productos inteligentes defectuosos a personas vulnerables”, organizado por el Departamento de Derecho Civil, que celebraremos los próximos días 30 y 31 de octubre de 2025³⁴. Este segundo congreso, no es sino la continuación del primero que celebramos el pasado año, sobre “Era Digital y Personas Mayores, Con discapacidad y menores”³⁵, así como, también, la continuación de las numerosas Jornadas organizadas por el Proyecto sobre Robótica, Inteligencia Artificial y Personas Mayores³⁶ y el seminario de actualización permanente del Derecho Civil “Sánchez Román” del Departamento de Derecho Civil³⁷. Próximamente, ya está prevista la organización del III Congreso Internacional, organizado por el Departamento de Derecho Civil, que versará sobre “Neuromarketing y Longevidad: implicaciones éticas y jurídicas”, que celebraremos los próximos días 30 de septiembre y 1 de octubre de 2026³⁸, a fin de seguir reflexionando sobre el impacto que la tecnología y la transformación digital está causando en las personas especialmente vulnerables (hipervulnerables, diría yo).

V. CONCLUSIONES

I. Uno de los principales cambios de nuestra sociedad no está siendo el cambio climático, ni la globalización sino el envejecimiento poblacional unido a la transformación digital de sectores tan importantes como el médico-sanitarios, bancario o asistencial. La población mundial está envejeciendo a un ritmo sin precedentes y la transformación digital sin alternativas está provocado que las personas mayores, que no son población vulnerable de manera intrínseca (per se), estén siendo “puestas en situación de vulnerabilidad».

II. Que la tecnología no tenga barreras, que resulte accesible o que pase desapercibida para las personas usuarias (para la población, en general, y la población mayor o con discapacidad, en particular) constituye, sin duda, uno de los retos más importantes de la era digital. Las tensiones causadas por la desigualdad, la falta de accesibilidad y la falta de inclusión digital en el entorno digital de las personas mayores derivadas de una transformación digital sin alternativas, unidas a la falta de acompañamiento digital y la brecha digital; están sobreexponiendo a las personas mayores, con o sin discapacidad, a una situación de “hipervulnerabilidad” en el entorno digital.

III. La transformación digital está haciendo que las personas se sientan aún más mayores. La tecnología digital y la inteligencia artificial están presentes en casi todos los ámbitos y sectores, afectando no sólo a personas jóvenes (para la que está diseñada) pero el impacto que está causando la revolución tecnológica en la población mayor, también en niñas, niños, jóvenes y adolescentes es desigual.

IV. El reto marcado por Agenda 2030 de Naciones Unidas es muy claro: “no dejar a nadie atrás”. Y para lograrlo, resulta esencial que la tecnología resulte accesible: que no resulte ni exclusiva ni excluyente. La accesibilidad tecnológica es un derecho que tiene todo ser humano, con independencia de su edad y de su capacidad. Las herramientas tecnológicas deben promover y lograr facilitar mayor independencia, mejorar la inclusión social, educativa, cultural, de ocio y económica, y permitir a todas las personas (también a las personas con discapacidad) desarrollar sus habilidades y participar activamente en la sociedad. Además, muchas veces los avances en accesibilidad benefician, también, a otras personas, como, por ejemplo, a las personas mayores en entornos donde ciertas capacidades las limitan (por el ruido, por la poca luz, etc.). La tecnología accesible es, pues, un derecho de todas las personas: también de las personas mayores, tengan o no discapacidad.

V. Felizmente, ha entrado en vigor, en España, La ley Europea de Accesibilidad, el 28 de junio de 2025: una ley que obliga a fabricantes y desarrolladores a incorporar herramientas que simplifiquen el uso (desde el tamaño de letra, los colores hasta la configuración de menús y botones), las empresas lanzarán al

mercado productos y servicios innovadores pensados y previstos para hacer más accesible la tecnología a personas mayores y personas con discapacidad. Pero este reto no sólo es empresarial.

VI. Expresiones como “nuestros mayores”, “nuestros ancianos”, “nuevos viejos” o “nuestros jubilados”, son expresiones que reflejan que reflejan el paternalismo y la incorrecta visión (esteriotipada y edadista) que la humanidad tiene, respecto de la vejez. El desacierto de las mismas es indiscutible. Considero, por tanto, que debemos de huir de tales expresiones, porque las palabras, los términos y las definiciones sobre la vejez si importan. Porque reflejan nuestra consideración hacia las personas mayores y porque ponen en valor y evidencia nuestra mirada y nuestro trato hoy replicado por los sistemas basados en IA. Además, creo imprescindible destacar el valor de las personas mayores como sujetos activos en la sociedad digital y, también considero necesario que la necesidad inteligencia artificial y la digitalización reflejen valores humanos de inclusión y accesibilidad.

VII. La ley 4/2022, en España, por la que se modifica el TRLGDCU, reconoce la figura de “personas consumidora vulnerable”, pero carece de mecanismos específicos de protección frente a los riesgos derivados del entorno digital, tales como: (i) interfaces manipuladoras (dark parnnets), (ii) contratación algorítmica opaca, (iii) recogida masiva de datos sesgados, sin contrastar, (iii) exclusión de colectivos vulnerables ante la complejidad tecnológica, (iv) obsolescencia programada, (v) algoritmos opacos, (vi) patrones oscuros que ocupan un papel especialmente importante en la existencia de cláusulas abusivas en contratos electrónicos. En este sentido, creo oportuno conceptualizar el concepto de hipervulnerabilidad digital como una categoría jurídico-social emergente y necesaria en nuestra sociedad digital. Una sociedad cada día mas datificada. Una sociedad en la que considero imprescindible, también, reivindicar la accesibilidad tecnológica como un derecho fundamental transversal que tienen, también, las pesronas mayores (tengan o no discapacidad).

VIII. Si unimos a la condición de “persona consumidora” la de “persona mayor “y si, a la vez, le añadimos otros factores como la “transformación digital”, el “comercio electrónico” o la “digitalización, sin alternativas” en sectores como el financiero o hipotecario; el resultado final es convertir a la persona mayor en una persona hipervulnerable: lo que significa que requiere de mayor protección porque es más vulnerable. Su edad, unida a su falta de destrezas en el entorno digital junto a la falta de falta de accesibilidad digital del entorno, productos y servicios digitales y su falta de educación financiera sitúa a las personas mayores, con o sin discapacidad; en una clara indefensión, exclusión, e inferioridad contractualmente hablando.

IX. La digitalización de las entidades financieras y la reducción de la atención presencial en sucursales y oficinas ha condenado a miles de personas mayores a una situación de exclusión financiera. Con el cierre de muchísimas oficinas y sucursales de cajas y bancos (a nivel nacional), especialmente en aquellas zonas rurales o ciudades en las que existe una importante cantidad de personas mayores (precisamente) la población mayor está corriendo el riesgo de ser excluidos, financiera y digitalmente hablando, tras el cierre de oficinas y sucursales. La transformación digital del sector unido a la carencia de conocimientos tecnológicos de las personas mayores los ha condenado a depender de que el empleado de banca o su hijo o su nieto les ayude a realizar tales consultas: una dependencia que impacta en su autoestima personal.

X. Me parece un acierto que, recientemente, algunas entidades bancarias hayan decidido implementar oficinas bancarias móviles en pueblos pequeños en los que no hay bancos. Ofrecen una atención presencial prestando servicios básicos, como la retirada de efectivo, ingresos y la realización de pagos. Mediante horarios programados, las personas residentes de pueblos y zonas rurales saben los horarios y días en los que estas oficinas móviles les visitarán. Gracias a esta medida, algunas entidades ya han implementado modelos de atención móvil. Las oficinas compartidas por diferentes entidades financieras constituyen, también, otra alternativa para facilitar pagos y transacciones de dinero.

XI. El nuevo régimen de responsabilidad contenido en la Directiva (UE) 2024/2853, en mi opinión, debería ser traspuesto por medio de una ley civil extrajudicial capaz de (re)integrar, (re)adaptar y modernizar nuestro código civil y nuestro TRLGDCU —al estilo de lo que haría el legislador Alemán—. En mi opinión, tras la trasposición de dicha directiva se debería no sólo derogar los arts. 148 y 149 del TRLGDCU³⁹ sino que sería conveniente, también, aclarar si las bondades civiles y procesales que ofrece este nuevo régimen de responsabilidad son aplicables (o no) a la acción de regreso prevista. Incluso, sería conveniente, entre otros extremos, precisar y clarificar las consecuencias que produce, en nuestro ordenamiento jurídico, la falta de armonización en materia de prescripción (en orden a aclarar el ámbito temporal del nuevo régimen de responsabilidad).

En conclusión y a modo de recapitulación, “Las personas de edad son fuentes inestimables de conocimientos y experiencias y tienen mucho que aportar a la paz, al desarrollo sostenible y a la protección de nuestro planeta”, tal y como, en su día expresó Antonio Gutiérrez⁴⁰ (secretario general de naciones unidas). Corresponde a la humanidad (i) prevenir, evitar y reparar los daños y perjuicios que ocasiona el edadismo digital. También, (ii) supervisar la humanidad (con el uso de su inteligencia natural) el proceso de datificación y automatización de decisiones basadas en IA. Incluso, (iii) controlar que se cumplen todas las garantías

legales y *ex antes* y *ex post* dirigidas a preservar la seguridad de los productos inteligentes, la comercialización de los mismos, así como, también, (iv) el respeto a derechos tan fundamentales como la igualdad de trato, la privacidad, la seguridad de sus datos y el derecho a obtener reparación o indemnización por los daños y perjuicios que sufran. Tengamos en cuenta que quedan fuera de su ámbito de aplicación importantes daños y perjuicios muy comunes en el caso de los colectivos, especialmente vulnerables, como los daños morales puros; por lo que habrá que coordinar los distintos regímenes de responsabilidad previstos y contenidos en el Código Civil a fin de dar respuesta a esos otros daños no cubiertos por el nuevo régimen de responsabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

- COTINO HUESO, L. (2024). “La primera sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre decisiones automatizadas y sus implicaciones para la protección de datos y el Reglamento de inteligencia artificial”, *Diario La Ley*, Sección Ciberderecho, núm.80. Disponible en la siguiente URL: <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2024/01/17/la-primera-sentencia-del-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea-sobre-decisiones-automatizadas-y-sus-implicaciones-para-la-proteccion-de-datos-y-el-reglamento-de-inteligencia-artificial> (fecha de consulta: 10 diciembre 2024).
- COTINO HUESO, L. (2022), “Nuevo paradigma en las garantías de los derechos fundamentales y una nueva protección de datos frente al impacto social y colectivo de la inteligencia artificial”, en COTINO HUSO, L.; (ed.), *Derechos y garantías ante la inteligencia artificial y las decisiones automatizadas*, Aranzadi, Navarra, pp. 17-36.
- COTINO HUESO, L. (2022). “Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial y “compañía” (comunicación, interpretabilidad, inteligibilidad, auditabilidad, testabilidad, comprobabilidad, simulabilidad). Para qué, para quién y cuánta”, en Cotino Hueso, L.; Castellanos Claramunt, J. (ed.), *Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MARTÍN CASALS, Miquel (2023). “Las propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial”, *InDret*, núm. 3, pp. 55-100.
- PÉREZ GARCÍA, M. (2025). “La responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos: análisis de la Directiva (UE) 2024/2853 y una propuesta de lege ferenda de incorporación al Ordenamiento español”, *Revista InDret*, núm. 3, pp. 206-239). Disponible en la siguiente URL: <https://indret.com/wp-content/uploads/2025/07/1957.pdf> (fecha de consulta: 10 junio 2025).
- RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F. (2023). “El delito de estafa informática.: ¿es posible determinar la responsabilidad civil de la entidad financiera en base al artículo 120.3 del código penal como consecuencia del «phishing»?”. *Revista De Derecho Penal Y Criminología*, núm. 30, junio, pp. 284 y ss.

- RUIZ TARRIAS, S. (2025). La protección de datos personales en la sociedad: el dilema de la Unión Europea entre el derecho fundamental y el mercado, Aranzadi La Ley, 2025, ISBN 978-84-1085-407-9.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2025). *La (des) protección de las Personas Mayores: personas consumidoras vulnerables (también) en lo digital*, Aranzadi LA LEY, Madrid. (ISBN versión impresa: 978-84-1085-473-4/ISBN versión digital: 978-84-1085-474-5).
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2025, dir.). *Era digital y personas mayores, con discapacidad y menores: vulnerabilidades y oportunidades*, ed., Aranzadi LA LEY, Madrid, 2025. (ISBN versión impresa: 978-84-1085-004-0/ ISBN versión digital: 978-84-1085-005-7).
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2025). *Inteligencia Artificial, Robótica Asistencia y Tecnologías inclusivas en la atención y Cuidado de las Personas Mayores, con o sin discapacidad: gerontotecnología, biotecnología, neurotecnología, ratificación y longevidad*, ed., Aranzadi LA LEY, Madrid, 2025. ISBN versión impresa: 978-84-1085-477-2/ISBN versión digital: 978-84-1085-478-9).
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2025), “Personas con Alzheimer: oportunidades que ofrece la inteligencia artificial y la robótica asistencia en la era digital”, en *Era Digital y Personas Mayores, Con discapacidad y Menores* (dir. SANCHEZ RUIZ DE VALDIVIA), ed., Aranzadi LA LEY, Madrid, 2025, pp. 67-118. (ISBN versión impresa: 978-84-1085-004-0/ ISBN versión digital: 978-84-1085-005-7).
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2020, dir). *Blockchain: impacto en los sistemas financiero, notarial, registral y judicial*, Ed., Thomson Reuters Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra). (ISBN versión impresa: 978-84-1346-594-4/ ISBN versión digital: 978-84-1346-596-8).
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I (2020). “Blockchain e Inteligencia artificial: dos tecnologías que convergen e impactan en la economía y el Derecho”, en *Blockchain: impacto en los sistemas financiero, notarial, registral y judicial*, Sánchez Ruiz de Valdivia, I. (dir.). Ed., Thomson Reuters Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 55-157. ISBN: 978-84-1346-594-4/ISBN versión digital: 978-84-1346-596-8.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I (2019). “Blockchain y Plataformas de Financiación Participativa: dos retos del Mercado Único Digital”, en *Las relaciones contractuales en la economía colaborativa: un acercamiento jurídico multidisciplinar*, García González, G., y Redinha, M.^a R. (dirs.), ed., Dykinson, 2019, pp. 353-374. ISBN: 978-84-1324-306-1.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2025). “El Derecho al Olvido en las búsquedas en Google y la carga de la prueba de la faKe News”. STJUE (Gran Sala), 08.12.2022, TU, RE y Google LLC, C-460/20 (ECLI:EU:C:2022:962), en Abert Ruda, ELI Spanich Hub, ed., Tirant lo Blanch, pp. 1-20 (en prensa).
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2025). “Inteligencia Artificial y Personas con discapacidad: algunos retos y logros pendientes”, en *Retos pendientes de la discapacidad* (A. Castro Girona Martínez y F. Cabello de Alba Jurado (Coordinadores), Ed., Fundación Notariado y Fundación Aequitas, pp. 286-30.

NOTAS

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de I+D+I financiado por el MICIN: “Robótica, Inteligencia Artificial y Mayores: oportunidades y desafíos” (PID2023-1514410B-I00).

² Algunas de las reflexiones y afirmaciones que sostendré en este trabajo de investigación están desarrolladas con mayor profundidad en dos monografías previas: SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2025). *La (des) protección de las Personas Mayores: personas consumidoras vulnerables (también) en lo digital*, Aranzadi LA LEY, Madrid. (ISBN versión impresa: 978-84-1085-473-4/ISBN versión digital: 978-84-1085-474-5) —monografía que se la he dedicado a mi padre, Miguel Sánchez García y a mi hijo mayor, Enrique Mirasol Sánchez— y, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2025). *Inteligencia Artificial, Robótica Asistencia y Tecnologías inclusivas en la atención y Cuidado de las Personas Mayores, con o sin discapacidad: gerontotecnología, biotecnología, neurotecnología, ratificación y longevidad*, ed., Aranzadi LA LEY, Madrid, 2025. ISBN versión impresa: 978-84-1085-477-2/ISBN versión digital: 978-84-1085-478-9) —monografía que se la he dedicado a mi madre, Mari Flor Ruiz de Valdivia Girela y a mi hijo menor, Juan Miguel Mirasol Sánchez—.

³ Sobre el particular, vid., RUIZ TARRIAS, S. (2025). La protección de datos personales en la sociedad: el dilema de la Unión Europea entre el derecho fundamental y el mercado, Aranzadi La Ley, 2025, ISBN 978-84-1085-407-9.

⁴ Sobre el particular, vid., mis trabajos: Vid., también, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2025), “Personas con Alzheimer: oportunidades que ofrece la inteligencia artificial y la robótica asistencia en la era digital”, en *Era Digital y Personas Mayores, Con discapacidad y Menores* (dir. SANCHEZ RUIZ DE VALDIVIA), ed., Aranzadi LA LEY, Madrid, 2025, pp. 67-118. ISBN versión impresa: 978-84-1085-004-0/ ISBN versión digital: 978-84-1085-005-7 y SANCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2025). “Inteligencia Artificial y Personas con discapacidad: algunos retos y logros pendientes”, en *Retos pendientes de la discapacidad* (A. Castro Girona Martínez y F. Cabello de Alba Jurado (Coordinadores), Ed., Fundación Notariado y Fundación Aequitas, pp. 286-30.

⁵ Sobre el particular, vid., mis trabajos: SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2020, dir). *Blockchain: impacto en los sistemas financiero, notarial, registral y judicial*, Ed., Thomson Reuters Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra). (ISBN versión impresa: 978-84-1346-594-4/ ISBN versión digital: 978-84-1346-596-8) y, SANCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I (2019). “Blockchain y Plataformas de Financiación Participativa: dos retos del Mercado Único Digital”, en *Las relaciones contractuales en la economía colaborativa: un acercamiento jurídico multidisciplinar*, García González, G., y Redina, M.^a R. (dirs.), ed., Dykinson, pp. 353-374. ISBN: 978-84-1324-306-1.

⁶ SANCHEZ RUIZ DE VALDIVIA; I (2020). “Blockchain e Inteligencia artificial: dos tecnologías que convergen e impactan en la economía y el Derecho”, en *Blockchain: impacto en los sistemas financiero, notarial, registral y judicial*, Sánchez Ruiz de Valdivia, I. (dir.). Ed., Thomson Reuters Aranzadi, S.A. Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 55-157. ISBN: 978-84-1346-594-4/ISBN versión digital: 978-84-1346-596-8.

⁷ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2025), *Inteligencia Artificial, Robótica Asistencial y tecnologías emergentes...*, cit., pp. 30 y ss.

⁸ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2025), *La (des)protección de las personas mayores...* cit., 40 y ss.

⁹ Vid., información disponible en la siguiente URL: <https://consumo-ccu.consumo.gob.es/sites/default/files/documentos/NdPManifiesto.pdf>

(fecha de consulta: 18 marzo 2025).

¹⁰ Esta normativa forma parte del cumplimiento de compromisos internacionales adquiridos por el Estado, como la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2021-2030.

¹¹ SANTANA NEGRÍN, L. (2023). “*Vulnerabilidad digital: Desafíos y amenazas de la sociedad hiperconectada*”, pp. 541-544.

¹² RODRÍGUEZ ALMORÓN, F. (2023). “El delito de estafa informática: ¿es posible determinar la responsabilidad civil de la entidad financiera en base al artículo 120.3 del código penal como consecuencia del «phishing»?”. *Revista De Derecho Penal Y Criminología*, núm. 30, junio, pp. 284 y ss.

¹³ Consiste en un comportamiento reiterado de hostigamiento en internet que busca intimidar o humillar a la víctima, por lo que afecta a cualquier persona en internet, mientras que el mobbing ocurre, fundamentalmente, en el ámbito laboral.

¹⁴ Consiste en la difusión de contenido íntimo sin permiso de la persona afectada. Por lo que, el mobbing no necesariamente involucra la difusión de contenido íntimo. En cambio, el sexting no consentido se centra en la divulgación sin permiso de imágenes privadas, lo que vulnera la intimidad de la víctima

¹⁵ Consiste en un acoso entre menores en entornos digitales mediante insultos, amenazas, difusión de rumores o humillaciones en entornos educativos.

¹⁶ Estrategia usada por adultos para ganarse la confianza de un menor en internet con el fin de abusar sexualmente de él (en cambio, el mobbing no necesariamente tiene connotaciones sexuales).

¹⁷ Agencia Española de Protección de Datos (AEPD). (2021). *Protección de datos y derechos digitales en España*. AEPD. Disponible en la siguiente URL: <https://www.aepd.es/> (fecha de consulta: 25/03/2025).

¹⁸ Que persigue, fundamentalmente, generar polémica y molestar deliberadamente a otros sin buscar un daño sostenido-

¹⁹ Sobre el particular, sin ánimo exhaustivo, pueden consultarse los siguientes trabajos: BARROSO OSUNA, J., & AGUILAR GAVIRA, S. (2015). “Las personas mayores y las redes sociales. Estudio de sus percepciones”. *Revista científica electrónica de Educación y Comunicación en la Sociedad del Conocimiento*, vol. 15, n.1, p.16-36 y, RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F. (2023). “El delito de estafa informática...”, *cit.*, pp. 284 y ss.

²⁰ Para protegerse es recomendable: (i) no compartir datos bancarios por teléfono o internet, (ii) verificar siempre la identidad de quien solicita información, y (iii) consultar con familiares antes de realizar transferencias sospechosas.

²¹ Las personas mayores, que muchas veces no cuentan con una formación adecuada en competencias digitales, también pueden convertirse en víctimas de engaños, fraudes y acoso. Vid., sobre el particular, MARTÍNEZ HEREDIA, N., & RODRÍGUEZ-GARCÍA, A. M. (2018). “Alfabetización y competencia digital en personas mayores: el caso del aula permanente de formación abierta de la Universidad de Granada (España)”. *Revista Espacios*, 2018, vol.39, n.10, p.37 y ss.

²² Pifarré, M. J. (2013). “Internet y redes sociales: un nuevo contexto para el delito”. *Revista de Internet, derecho y política*, vol.16, n.4, p. 40 y ss.

²³ *Discrimination fondée sur l'âge*, en francés y *altersdiskriminierung*, en alemán.

²⁴ BUTLER ROBERT, N (1969). “Ageism: another form of bigotry”, en: *The Gerontologist*. vol. 9, 1969, págs. 243-246 y, BUTLER ROBERT, N (1987). “Ageism”, en MADDOX, George L. (ed.). *The Encyclopedia of Aging*. New York: Springer, pág. 22.

²⁵ El norteamericano definió formalmente, por primera vez, en los años 60 lo que era la discriminación por razón de edad, utilizando el vocablo *ageism*, traducido al castellano como “edadismo”, como el “proceso de estereotipación sistemática, y de discriminación, de las personas porque son mayores, al igual que el racismo y el sexismo lo hacen por el color de la piel y el género”.

²⁶ ESPÍN ALBA, I., (2024). “Sesgo discriminatorios en la toma automatizada de decisiones en la contratación y protección de datos”, *APDC, Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial*, Aranzadi, Madrid, pp. 129 y ss; DELLUNDE, P., PUJOL, O. & VITRIA, J. (2023). “Cerrando una brecha: una reflexión multidisciplinar sobre la discriminación algorítmica.”, Universidad de Murcia, Revista Internacional de Filosofía, núm. 90, pp. 63-80, y MANGAS MARTÍN, A. (2008). «Artículo 25», en Mangas Martín, A. (Coord.). (2008). *Comentarios a la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Fundación BBVA, pp. 455 y ss.

²⁷ Centro mi atención en el enfoque de la IA basada en datos y no en el enfoque de la IA basada en el conocimiento (*Knowledge-based AI*), que trabaja con una representación simbólica del conocimiento, siguiendo a Barrios Andrés, M. (2024). *Manuel de Derecho Digital*, 3.ª edición, pp. 75 y ss.

²⁸ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2025). *Inteligencia Artificial, Robótica Asistencia y Tecnologías... cit.*, pp. 230 y ss.

²⁹ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2025). “El Derecho al Olvido en las búsquedas en Google y la carga de la prueba de la faKe News”. STJUE (Gran Sala), 08.12.2022, TU, RE y Google LLC, C-460/20 (ECLI:EU:C:2022:962), en Abert Ruda, ELI Spanich Hub, ed., Tirant lo Blanch, pp. 1-20 (en prensa).

³⁰ COTINO HUESO, L. (2022). “Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial y “compañía” (comunicación, interpretabilidad, inteligibilidad, auditabilidad, testabilidad, comprobabilidad, simulabilidad). Para qué, para quién y cuánta”, en COTINO HUESO, L.; Castellanos Claramunt, J. (ed.), *Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia.

³¹ MARTÍN CASALS, Miquel (2023). “Las propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial”, *InDret*, núm. 3, pp. 55-100 y, PEREZ GARCÍA, M. (2025). “La responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos: análisis de la Directiva (UE) 2024/2853 y una propuesta de lege ferenda de incorporación al Ordenamiento español”, *InDret*, núm. 3, pp. 206-239). Disponible en la siguiente URL: <https://indret.com/wp-content/uploads/2025/07/1957.pdf> (fecha de consulta: 10 junio 2025).

³² En este sentido, MARTÍN CASALS, Miquel, (2024). «Líneas generales de la nueva Directiva europea de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos», *Actualidad Jurídica. Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo*, núm. 50, julio 2024, pp. 37 y ss. Disponible en <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2024/09/2-miquel-martin-casals.pdf> (Consulta: 21 abril 2025).

³³ Comparto que la trasposición no se debe realizar incorporándola en el TRLGDCU, tal y como ha advertido, acertadamente, PÉREZ GARCÍA, M. (2025). “La responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos: análisis de la Directiva (UE) 2024/2853 y una propuesta de lege ferenda de incorporación al Ordenamiento español”, *InDret*, núm. 3, pp. 206-

239). Disponible en la siguiente URL: <https://indret.com/wp-content/uploads/2025/07/1957.pdf> (fecha de consulta: 10 junio 2025). Ahora bien, en mi opinión, resulta preciso aclarar si el régimen de responsabilidad resulta de aplicación, también, a la acción de regreso así como, precisar cómo quedaría el plazo prescriptivo de la acción tomando en consideración que el legislador catalán tiene sus propias reglas —un aspecto crucial en la trasposición—.

³⁴ Información disponible en la siguiente URL: <https://derechocivil.ugr.es/informacion/noticias/congreso-danos-productos-inteligentes-defectuosos> (fecha de consulta: 13 octubre 2025).

³⁵ Información disponible en la siguiente URL: <https://derechocivil.ugr.es/informacion/noticias/call-papers-i-congreso-era-digital> (fecha de consulta: 13 octubre 2025).

³⁶ Información disponible en la siguiente URL: <https://derechocivil.ugr.es/informacion/noticias/robotica-inteligencia-artificial-y-personas-mayores> (fecha de consulta: 26 febrero 2025).³⁷ Información disponible en la siguiente URL: <https://derechocivil.ugr.es/informacion/documentos/noticias> (fecha de consulta: 13 octubre 2025).

³⁸ Información disponible en la siguiente URL: <https://derechocivil.ugr.es/informacion/noticias/congreso-neurotecnologia-longevidad> (fecha de consulta: 13 octubre 2025).

³⁹ Comparto con PÉREZ GARCÍA, M. (2025). “La responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos: análisis de la Directiva (UE) 2024/2853 y una propuesta de lege ferenda de incorporación al Ordenamiento español”, *InDret*, núm. 3, pp. 206-239). Disponible en la siguiente URL: <https://indret.com/wp-content/uploads/2025/07/1957.pdf> (fecha de consulta: 10 junio 2025), que la trasposición no se realice incorporándola en el TRLGDCU. Ahora bien, habrá que aclarar, si el régimen de responsabilidad resulta, también, de aplicación a la acción de regreso y advertir la dificultad de unificar el régimen del plazo prescriptivo —un aspecto crucial en la trasposición—.

⁴⁰ Antonio Gutiérrez, noveno secretario general de las Naciones Unidas, asumió el cargo el 1 de enero de 2017. Para más información, puede consultarse la siguiente URL: <https://www.un.org/sg/es/content/sg/biography> (fecha de consulta: 1 enero 2020).

Usufructo de disposición: un examen puntual al alcanzar el primer cuarto del siglo XXI

Usufruct of disposition: a special examination at the first quarter of the 21st century

por

ÁNGEL SERRANO DE NICOLÁS

Notario de Barcelona

Prof. Asoc. Dr. Derecho civil

Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1211-3016>

RESUMEN: Esta aportación estudia la centenaria figura del usufructo con facultad de disposición, conforme, básicamente, a la doctrina, jurisprudencia y resoluciones, de estos dos últimos decenios del siglo XXI, incidiendo en lo que es su estructura básica, o sea, sus facultades dispositivas, y cuándo puede disponer, y cómo, según sea *inter vivos* y a título oneroso o gratuito, y, a la vez, sin o con necesidad de asentimientos de terceros, sean o no los nudos propietarios.

El usufructuario de disposición, cualquiera que sea su modalidad (con libre disposición, solo para caso de necesidad, con o sin necesidad del asentimiento del nudo propietario o de terceros, deba restituir la misma cosa usufructuada o su *tantundem*), siempre es titular de un mero derecho real limitado de goce (por lo que nunca estará en situación de proindiviso con el nudo propietario, unido a que este será propietario, mientras que el usufructuario, aun tenga yuxtapuesta la facultad de disposición, solo será legatario), por tanto, al solo poder ser legatario, ni forma parte de la comunidad hereditaria (por lo que tampoco se da ningún retracto), ni puede intervenir en la partición, ni puede liquidar los gananciales, ni puede exigírsele que pague las legítimas, ni su titularidad usufructuaria puede

servir para pagarlas, pues se vulneraría —dado que un gravamen es lo que es siempre— la intangibilidad cualitativa de la legítima.

ABSTRACT: This contribution studies the centuries-old figure of usufruct with the power of disposal, basically in accordance with the doctrine, jurisprudence and resolutions of these last two decades of the 21st century, focusing on its basic structure, that is, its dispositive powers, and when it can be disposed of, and how, depending on whether it is inter vivos and for consideration or free of charge, and, at the same time, without or with the need for the consent of third parties, whether or not they are the bare owners.

The usufructuary of disposition, whatever its form (with free disposition, only in case of need, with or without the need for the consent of the bare owner or of third parties, must return the same usufructuary or its tantundem), is always the owner of a mere limited real right of enjoyment (for which reason he will never be in a situation of joint ownership with the bare owner; in addition to the fact that the latter will be the owner, while the usufructuary, even if he has juxtaposed the power of disposition, will only be a legatee), therefore, since he can only be a legatee, he is not part of the hereditary community (for which reason there is no redemption either), nor can he intervene in the partition, nor can he liquidate the joint property, nor can he be required to pay the legitimate shares, nor can his usufructuary ownership be used to pay them, since the qualitative intangibility of the legitimate share would be violated – given that a lien is what it always is.

PALABRAS CLAVE: Usufructo de disposición, pseudousufructo, cuasiusufructo, fideicomiso de residuo, asentimiento, situación de necesidad, *tantundem*, heredero, legatario

KEYWORDS: *Usufructuary of disposition, pseudousufruct, quasi-usufruct, residue trust, consent, situation of need, tantundem, heir, legatee*

SUMARIO: I. PRELIMINAR: ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES INICIALES. I.1. DISPOSICIÓN DE LA COSA USUFRUCTUADA VERSUS DISPOSICIÓN DEL MISMO DERECHO REAL DE USUFRUCTO O SOLO DE SUS FRUTOS. I.2. SUPERACIÓN ACTUAL DEL CARÁCTER PERSONALÍSIMO DEL USUFRUCTO Y NEGACIÓN DE SU CARÁCTER DE PROPIETARIO. I.3. RESEÑA DEL RECONOCIMIENTO HISTÓRICO Y POSITIVO DEL USUFRUCTO DE DISPOSICIÓN.—II. USUFRUCTO DE DISPOSICIÓN: CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y POSIBILIDAD DE DEVOLVER EL *TANTUNDEM*. II.1. CONCEPTO ACTUAL DEL USUFRUCTO DE DISPOSICIÓN. II.2. NATURALEZA JURÍDICA: DERECHO REAL LIMITADO DE GOCE EN COSA AJENA, EJERCICIO PERSONALÍSIMO Y APLICACIÓN DE LA SUBROGACIÓN REAL. II.3. POSIBILIDAD DE LOGRAR EL FIN DEL USUFRUCTO DE DISPOSICIÓN MEDIANTE DEVOLUCIÓN DEL *TANTUNDEM*, Y, PARA ELLO, REGULARLO COMO

CUASIUFRUCTO VOLUNTARIO. II.4. DIFERENTES FUNCIONALIDADES DEL USUFRUCTO DE DISPOSICIÓN FRENTE AL FIDEICOMISO DE RESIDUO. II.5. IMPOSIBILIDAD DEL USUFRUCTO DE DISPOSICIÓN EN COSA PROPIA Y PSEUDOUSUFRUCTO TESTAMENTARIO.— III. VÍAS DE CONSTITUCIÓN DEL USUFRUCTO DE DISPOSICIÓN Y MODALIDADES DE EJERCICIO DEL MISMO. III.1. CONSTITUCIÓN INTER VIVOS, ONEROSA O GRATUITA, O POR VÍA MORTIS CAUSA, COMO LEGATARIO. III.2. CONFIGURACIÓN DE LA FACULTAD DE DISPOSICIÓN: CASO DE NECESIDAD, CASOS CONCRETOS, CON LIBRE DISPOSICIÓN Y CON O SIN ASENTIMIENTO, ASISTENCIA O NOTIFICACIÓN A AJENOS. III.3. FACULTAD DE DISPOSICIÓN SOLO PARA CASO DE NECESIDAD O URGENCIA. III.4. EJERCICIO EXTRALIMITADO, DOLOSO O ABUSIVO, EN LAS FACULTADES DISPOSITIVAS POR EL USUFRUCTUARIO DE DISPOSICIÓN, INCLUSO CUANDO ES DE LIBRE DISPOSICIÓN.—IV. NOTA MÍNIMA SOBRE LA UTILIDAD DEL USUFRUCTO DE DISPOSICIÓN PARA INCORPORAR EL *TRUST*.—V. CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. PRELIMINAR: ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES INICIALES

La pretensión de la presente aportación es poner de relieve cuestiones puntuales que, en prácticamente toda la estructura del usufructo con facultad de disposición (en adelante, usufructo de disposición), todavía se suscitan, en estos últimos cinco lustros, en el ámbito del Código civil español (en adelante CC), aunque, ocasionalmente, también habrá referencias puntuales a los otros derechos civiles españoles, singularmente al catalán (por tener tipificada la institución, artículos 561-21 a 561-24 Código civil catalán, en adelante CCCat), y, puntualmente, al Derecho civil navarro (en adelante FNN).

Se trata de constatar cómo se vienen resolviendo, doctrinal y jurisprudencialmente, los principales problemas que se suscitan en la práctica diaria de esta vieja institución, como delata la jurisprudencia, bastante anterior al CC, citada por DE VERDA (2022, 472-473); LECIÑENA (2016, 124-125) y REPRESA POLO (2008, 33-34), cuando el usufructuario goza de la facultad de disposición, tanto si es por sí solo como si es con el necesario asentimiento de otras personas (sean o no los nudos propietarios). Todo ello, con indiferencia de que recaiga sobre bienes muebles o inmuebles usufructuados; como que sea temporal o vitalicio¹, e incluso referido a la vida de una tercera persona, como admite la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de noviembre de 2009 (en lo sucesivo RDG, con indiferencia de que se refiera a cuando tenía esta denominación, como a la ulterior de Seguridad Jurídica y Fe Pública). Este tercero (persona física necesariamente) cuya vida determinará la duración del usufructo, podrá ser el cónyuge, un hijo, o cualquier otra persona,

cabe entender que ya necesariamente viva o concebida, a fin de no perpetuar este gravamen, no en vano, aunque goce de libre facultad de disposición sigue siendo un usufructuario y no un propietario, por tanto, un gravamen es lo que sigue siendo, y, como tal, no puede ser perpetuo.

Es propicia la institución del usufructo a que se le yuxtapongan pactos atípicos, basados en el amplio juego que da la articulación de la facultad de disposición con las facultades de goce y uso, sea transmitiendo o reteniendo, una o alguna de ellas. Posible, todo ello, en base a la teoría del *numerus apertus* y al artículo 467 CC, de lo que son ejemplo, en orden a la distribución de facultades, la RDG de 8 de noviembre de 2018, en que se discute si se dona la facultad de disponer o un auténtico derecho real atípico, aunque sea solo de dicha facultad de disponer (que es lo que se hace y se admite)²; un año después, la RDG de 8 de noviembre de 2019 admite que la donante se reserve el usufructo con la facultad de disponer del mismo —o sea del usufructo— *mortis causa*; y, en lo que aquí interesa, la RDG de 25 de abril de 2022 al diferenciar entre la donación *mortis causa*, en la que el donante no solo no pierde su poder de disposición sobre lo donado sino que puede revocarla, a diferencia de la donación *inter vivos* con efectos *post mortem* (contemplada en el artículo 531-9.3 último inciso CCCat y admisible en el CC español), en que junto a ser irrevocable, si pierde la facultad dispositiva al haber transmisión de presente, aunque condicionada suspensivamente en sus efectos a la muerte del donante, y que es inscribible.

La donación *mortis causa* no está admitida en el CC español, así RDG de 27 de marzo de 2019, pues se le aplicaría el artículo 620 CC, respecto del que CASTILLO (2022, 5199), sostiene que es complementario al artículo 1271.2 CC, que no prohíbe la donación *mortis causa*, sino que se limitaría a remitirse al articulado regulador de la sucesión testamentaria (tal que la revocabilidad), para cualquier modalidad de disposición gratuita cuya eficacia se condicione al fallecimiento del donante, y, desde luego, entiendo, exige distinguir entre las *mortis causa* y las *post mortem* (que serían *inter vivos* y admisibles, como resuelven la RRDG de 20 de febrero de 2017 y 29 de octubre de 2020). Si se admite en el Código civil catalán, artículos 432-1 a 43-5. Desde luego, lo que no cabe en ninguno de los dos códigos —CC y CCCat— es *la promesa de donación*, para el CC español lo resuelve expresamente la STS 265/2019, de 10 de mayo.

Además, aprovecharé este Preliminar para diferenciar entre la disposición de la cosa usufrutuada y la disposición del derecho real de usufructo o solo de sus frutos; distinción en la que es básico resaltar el carácter patrimonial del derecho real de usufructo frente a su romanista concepción como derecho personalísimo y cuasi-familiar, sin perjuicio de que así se pueda configurar si es voluntad del constituyente, y debiéndose destacar que así lo sigue siendo en la práctica, pues raro es que se dé fuera del ámbito familiar, aunque es posible y admisible; para

las distintas posibles modalidades de configuración será determinante el que se constituya a título oneroso o gratuito; *inter vivos* o *mortis causa*; y, en todo caso, cualesquiera que sean sus facultades, incluso con la más amplia y libre facultad dispositiva (aunque siempre *inter vivos*), no se convierte en propietario, ni como tal se le puede tratar, ni en el ámbito familiar-sucesorio (como se verá en la liquidación de gananciales, pago de legítimas, etc.), ni en el patrimonial, aunque sí puedan exigírsele algunas obligaciones del propietario (cumplimiento de la función social de la propiedad, al ser él el legitimado para gozar y disponer, arrendar, etc.).

I.1. DISPOSICIÓN DE LA COSA USUFRUCTUADA VERSUS DISPOSICIÓN DEL MISMO DERECHO REAL DE USUFRUCTO O SOLO DE SUS FRUTOS

Supuesto distinto al usufructo de disposición —por lo que no se tratará sino ahora y tangencialmente— es la *posibilidad de enajenar o disponer del propio derecho real limitado de usufructo en cosa ajena*, rechazada por algunos por entender que solo cabría la *transmisión de su ejercicio o solo de los frutos*, así FUENTESECA (2020, *passim*, singularmente, 242-247, donde concluye que cuanto dice —del usufructo ordinario— es aplicable al usufructo con facultad de disposición, dado que su fuerza obligatoria está en el propio título constitutivo). Esta limitada posibilidad también se mantiene en el sector romanista (ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, 1996, 5026-5029), aduciendo —al examinar el artículo 480 CC— como principales argumentos los siguientes (que matizaré en lo no coincidente o para mejor entendimiento de lo que particularmente entiendo):

- a. ser un *ius in re aliena*, cuya función alimenticia y carácter personalísimo, propios del antiguo Derecho romano, ya habían sido superados por la jurisprudencia romana clásica una vez llegó a admitir que se podía vender, donar o alquilar, por lo que devino, en consecuencia, en nota esencial su temporalidad (que aún late en el art. 480 CC), y lo que no sería admisible es un usufructo sucesivo tras otro que deje sin contenido la propiedad (y tampoco, entiendo, lo sería actualmente, salvo para personas usufructuarias vivas sucesivas, art. 521 CC). Esto no quita que también entonces tuviese contenido patrimonial, y que pudiera darse la transmisibilidad, lo relevante es el cómo y con qué efectos, citando, al efecto FUENTESECA (2020, 78-91), múltiple doctrina, nacional y foránea, e incluso acudiendo, para buscar analogías, al mandato y la fianza;
- b. estar reconocido que todo titular de derechos subjetivos puede disponer tanto de su derecho como de alguna de sus facultades (*cfr.*, para ello, art. 1112 CC), pero eso sí, no puede olvidarse que, aunque transmitida una

facultad, vgr. la de goce o simple arriendo, su régimen es excepcional, pues siempre continúa vinculada a la inicial relación jurídica de usufructo (lo que, desde luego, así continúa en nuestro CC);

- c. ser opinión generalizada que la transmisión del íntegro derecho de usufructo o de una simple facultad no supone, en modo alguno, la extinción de la relación jurídica de usufructo inicial, de lo que es un ejemplo la RDG de 22 de agosto de 2011, que para FUENTESECA (2020, 62-64), y en orden a admitir la cesión, implica distinguir entre derecho real y derecho de crédito. En cualquier caso, entiendo que sí se podría contemplar en el título constitutivo (de ordinario sucesorio e inhabitual que se contemple) la cesión total con desaparición de la relación anterior de usufructo; de no contemplarse, que es lo habitual, será en el marco inicial —de la relación jurídica de usufructo— en el que seguirá desenvolviéndose el derecho de usufructo (y el derecho o facultades cedidas), aunque pueda ser otro el usufructuario que ejercite —durante el tiempo que aún quede de su duración— las facultades cedidas, pero, desde luego, no cabría si ya inicialmente nació como personalísimo (RDG de 26 de noviembre de 2019), pues no le es de esencia al usufructo su transmisibilidad, sino que incluso del propio contexto suele resultar manifiesto que es a favor de esa persona concreta y para sus concretas necesidades, sin perjuicio de que pueda arrendar o explotarlo en la mejor forma posible, sin causar perjuicios al nudo propietario, para lo que, por otra parte, ya existe también el *salva rerum substantia*, cfr. art. 467 CC (amplia y recientemente estudiado por MURILLO VILLAR, 2022, 36-77);
- d. estar claro que el artículo 480 CC respeta la temporalidad, y, sin duda, recoge el principio romano *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*, por tanto, la subordinación de lo nacido a lo originario es indiscutible (así la RDG de 21 de diciembre 2011);
- e. ser indiscutible que la transmisión, incluso de la plena titularidad usufructuaria, en modo alguno exime al usufructuario originario de su responsabilidad (la propia de un buen padre de familia), artículo 498 CC;
- f. estar consolidado que la transmisión, en todo caso, sería únicamente *inter vivos*, lo que también parece defender la RDG de 24 de enero de 1963; pero, sin embargo, en contra, justo por su posible carácter temporal³, está la RDG de 19 de abril de 1963, lo que entiendo que necesariamente tiene que ser así, por su patrimonialidad, como por ser admisible un usufructo temporal o incluso sobre la vida de un tercero (como reconoce la dicha RDG de 19 de noviembre de 2009), y, entonces, sí cabría que pudiera transmitirse *mortis causa*, por el tiempo que aún pudiese durar hasta extinguirse (lo trata, también, PÉREZ DE VARGAS, 1990, 1611-1612, para concluir

- que lo admiten todos quienes sostienen que lo que puede transmitirse es el derecho de usufructo y no solo el derecho a los frutos); y,
- g. concluir, con ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ (1996, 5029), que el “planteamiento de nuestro Código civil es inverso, esto es, consiente el desplazamiento de la titularidad del usufructo, pero los resultados prácticos no son muy distintos de los alcanzados por el Derecho romano, permitiendo sólo la cesión del ejercicio”, en lo que hay que coincidir.

I.2. SUPERACIÓN ACTUAL DEL CARÁCTER PERSONALÍSIMO DEL USUFRUCTO Y NEGACIÓN DE SU CARÁCTER DE PROPIETARIO

La superación de la arcaica concepción del usufructo como derecho personalísimo (aunque por el título constitutivo, sí se podría configurar como personalísimo), para llegar a su concepción patrimonial, y, por tanto, reconocer su transmisibilidad (conforme se acaba de ver *supra*), es ya algo indiscutido actualmente en nuestros derechos civiles. Cosa distinta es si solo puede transmitirse su ejercicio o la percepción de los frutos, o si, por el contrario, cabe transmitir el propio derecho real limitado de usufructo, apareciendo como muy mayoritaria esta opinión. La distinción llevará necesariamente a que los efectos sean distintos, según se defienda una u otra posición, como concreta PÉREZ DE VARGAS (1990, 1593-1615), al final de su estudio; en todo caso, ya la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1911 admitió que lo enajenable era el derecho de usufructo, como así también las RRDG de 1 de diciembre de 1896 y 8 de julio de 1912, e incluso la RDG de 31 de enero de 1979; no obstante, *el carácter personalísimo que le otorgó el Derecho romano* continúa en el BGB, al disponer su parágrafo 1059 que: “El usufructo no es transmisible”⁴.

Frente a la transmisibilidad hay argumentada posición, así FUENTESECA (2020, 68-123), que niega la transmisibilidad del derecho de usufructo, si nada contempla el título constitutivo, dado que no podrá por sí solo el usufructuario enajenar el derecho de usufructo a terceros, aunque sí al nudo propietario, y concluye FUENTESECA (2020, 122-123), tras amplio examen de posturas y jurisprudencia, que falta en el CC español la claridad —en un sentido u otro— del parágrafo 1059 BGB; del artículo 595 *Code civil* o 980 *Codice civil* italiano, e incluso la Ley 415.5 FNN y el artículo 561-9.1 *Codi civil* catalán. Sin que falte, además, algún supuesto en que se confunde la transmisibilidad del usufructo con la transmisibilidad de la cosa misma dada en usufructo (o usufructo con facultad de disponer), como sucede en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de julio de 2019, al entender de FUENTESECA (2020, 72-73 y 250-251), en que la titular del usufructo es, además, una persona jurídica.

En esta diferenciación, y al margen de la postura que se defienda, lo innegable es que una cosa es ceder o transmitir el derecho de usufructo, como admiten la STS de 27 de noviembre de 2016 y la RDG de 28 noviembre de 2012 (con enumeración de distintos supuestos de ganancialidad), y, otra distinta, que nadie niega, el poder ceder o transmitir el ejercicio, que sí puede ser cedido a otro, y, por ello, reconocida doctrina alemana, como WESTERMANN *et al.* (1998/2007, 1394) lo define —al usufructo— como “un derecho real no enajenable e intransmisible *mortis causa* que faculta al más amplio goce del objeto gravado”, definición no aceptable para nuestros Derechos civiles.

No puede, desde luego, mantenerse esta postura de intransmisibilidad en nuestro ordenamiento jurídico positivo, al efecto, basta relacionar el artículo 480 CC y el artículo 107 LH; de la misma forma que tampoco puede desconocerse la impronta que en la visión restrictiva, de su transmisibilidad, ha tenido la obra de ROCA SASTRE (1942, 575-587, recogida posteriormente en su célebre *Derecho hipotecario*)⁵; así como la distinción entre *la relación jurídica de usufructo* —que quedaría inalterable, como también afirma DE COSSÍO (1956, 762)— y, diferente, *el derecho subjetivo que de la misma deriva* (DE CASTRO, 1949/1984, 577-578, con referencia expresa al usufructo), que sí sería transmisible, cabe entender que igual que cualquier derecho patrimonial, y sujeto —en cuanto a las restricciones o prohibiciones⁶— a las reglas generales derivadas de la relación entre sí de los artículos 26 y 27 Ley Hipotecaria, y, en lo que aquí interesa, la RDG de 26 de noviembre de 2019.

El carácter patrimonial, del actual usufructo codicial, también influye en orden a *limitar o prohibir todos o concretos actos dispositivos* (esto último no cabe en las transmisiones onerosas, *cfr.* artículos 26-27 LH), no sería posible si fuese personalísimo (este carácter lo trata, con sus consecuencias, FUENTESECA(2020, 16-29); y, desde luego, no puede equipararse *la transmisión de concretas facultades* —como puede ser la de disposición e incluso por precio— con *la prohibición del ejercicio de alguna o algunas facultades dispositivas o de goce*, al margen de que el resultado práctico pueda ser equiparable. Así, en el primer caso —o de transmisión de facultades— no hay prohibición legal ninguna, dado que lo que hay —y se transmite— son concretas facultades que dan lugar a un nuevo derecho real atípico, en sí solas o incrementando las que ya pudiese tener el adquirente, pero, eso sí, continuará siendo un derecho real limitado de goce, y al margen de que se haga por vía de *translatio* o de *deductio*.

Además, y en cualquier caso, el usufructo (sea o no con facultad de disponer) y la nuda propiedad no pueden examinarse el uno por contraposición al otro, sino que cada uno nace o se tiene que considerar en relación al derecho real único, pleno y absoluto de dominio o propiedad (o *dominium*), por ser el único derecho real absoluto o con las más amplias facultades posibles y concebibles en cada

momento y regulación codicial, aunque condicionada —cada vez más— por la legislación especial administrativo-económica o de las llamadas propiedades especiales (intelectual, industrial, minas, montes, etc.).

En el CC español su posible estipulación —y admisibilidad de cuanto se acaba de decir— resulta de su artículo 467 *in fine*, al admitir la configuración del usufructo (incluso con facultad de disposición) mediante el propio título de constitución, sea oneroso o gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*, por este último título es, desde luego, la vía más habitual, y, en concreto, en forma de legado, dado que la atribución de *la facultad de disposición no lo convierte en propietario, sino que sigue siendo un simple titular de derecho real limitado de goce en cosa ajena*, en esta misma línea de que la atribución de la facultad dispositiva no lo desnaturaliza FUENTESECA (2020, 58), sino que continúa como derecho real limitado, que es lo que sigue siendo; así, también GOÑI (2008, 2186), con cita de jurisprudencia, más o menos reciente, como, entre otras, la STS de 9 de octubre de 1986 y la RDG de 2 de diciembre de 1986, para diferenciarlo del fideicomiso de residuo (en que hay o puede haber dos herederos, sino son legatarios), pues, siempre, hay un propietario tras otro, aunque los dos sucedan al causante, y, en el otro, también los dos suceden a la vez del causante, pero hay un (nudo) propietario, que si puede ser heredero o legatario, pero el usufructuario de disposición —cualquiera que sea su modalidad— siempre tendrá que ser legatario, pues siempre será mero titular de un derecho real limitado de goce, por amplias que sean sus facultades, que nunca podrán integrar la de disponer *mortis causa*, si quiere seguir siendo usufructuario.

Postura específica es la de LACRUZ (1985, 283-284), que concluye —con cita de las SSTs de 31 de octubre de 1903 y 14 de abril de 1905, de las que recuerda que le llaman heredero (al usufructuario de herencia y con facultad de disponer), cierto que, igualmente, reconoce que, sin abordar propiamente el tema, de si es heredero o legatario— que cuando el testador favorece de esta manera al llamado, parece quererle atribuir algo más que los frutos, y “asignarle la posición jurídica de heredero. Y, como consecuencia, si la facultad de disponer es plena, debe asimilarse a la sustitución fideicomisaria de residuo, y en otro caso, a una sustitución fideicomisaria con posibilidad de disponer en determinados supuestos”⁷. Lo que se acaba de afirmar con ser posición jurídica razonable, sin embargo, esta equiparación —por lo ya dicho y lo que se expondrá— no puede admitirse en el CC español, pues cualesquiera que sean las facultades de disposición del usufructuario siempre será titular de un simple derecho real limitado en cosa ajena, y, en consecuencia, meramente legatario, postura que el propio LACRUZ (1985, 287), sostiene que es la defendible para el derecho civil catalán entonces vigente, y que, desde luego, también lo sigue siendo para el vigente.

Admitido que el usufructuario de disposición no es un propietario (así, también REPRESA POLO, 2008, 47-50), tampoco es, ciertamente, un simple usufructuario, sin duda va más allá, y es por ello, y como consecuencia de su haz de facultades, que cabría pensar en exigirle el cumplimiento de *la función social de la propiedad*, así el arrendar, por corresponderle a él el uso y goce, los frutos, e incluso la disposición, por lo que mal puede exigírsele al nudo propietario, cuando puede incluso no tener legitimación para poder actuar, por eso cabe recalcar que no hay una contraposición usufructuario de disposición frente al nudo propietario, sino siempre —y ambos— respecto de la plena propiedad, y, por tanto, por razón de sus facultades a cada uno le será exigible lo que es ínsito al concepto de propiedad, aunque, sin duda, el usufructuario —sean cualesquiera que sean sus facultades— nunca llegará a ser propietario.

I.3. RESEÑA DEL RECONOCIMIENTO HISTÓRICO Y POSITIVO DEL USUFRUCTO DE DISPOSICIÓN

El usufructo de disposición está positivizado en el CCCat (última jurisprudencia al efecto, STSJC de 23 de noviembre de 2020, para negarle la condición de propietario y de que pueda disponer *mortis causa*), y es relevante, por ser su completa regulación completamente trasladable —eso sí, por vía dispositiva o negocial— al ámbito del CC español (aunque sea discutible en la subrogación real, si se considera que solo puede ser de origen legal). Para el ámbito del CC español, aunque como derecho real atípico, ya gozaba de amplio recorrido histórico, basta acudir a la ya lejana, e inmediata a la entrada en vigor del CC español, STS de 22 de marzo de 1890 e incluso, antes, SSTs de 24 de octubre de 1860 y 7 de marzo de 1876 (citadas por, entre otros, DE VERDA, 2022, 472, y otras más recientes, junto a resoluciones, por GOÑI, 2008, 2184).

Además, gozaba de amplio arraigo otra institución histórica en Cataluña, parecida por sus funciones dispositivas (aunque no pueda considerarse antecedente del usufructo de disposición), como es *el llamado usufructo de regencia o usufructo universal capitular*⁸, así denominado por constituirse en capítulos matrimoniales (necesariamente otorgados en escritura pública), que incluían no solo el régimen económico matrimonial sino también previsiones sucesorias para el cónyuge viudo, al efecto Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 1.ª, de 14 de junio de 2017, con cita de otras del órgano superior casacional (en materia de Derecho civil catalán) que es el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (en adelante, TSJC), como son las SSTSJCs de 22 de septiembre de 2003 y 24 de abril de 2006, que reseñaré *infra*; también en el Derecho castellano-leonés se le atribuyen amplias facultades a la viuda, y se contempla especialmente sus relaciones con los hijos (GACTO FERNÁNDEZ, 1975, *passim*).

No se trata, sin embargo, de considerar solo estos dos ordenamientos positivos (CC y CCCat), y alguna otra singularidad en las legislaciones civiles españolas (como la navarra, sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona de 11 de marzo de 1971), sino que se trata de indagar, a la vez y de forma específica, qué otras vías podrían utilizarse para conseguir fines prácticos equivalentes —al usufructo de disposición— en cualquier legislación que no lo prohíba expresamente (y ciertamente no la hay, otra cosa es que no lo regule como tal) y, siempre, conforme a su propia concepción del principio *salva rerum substantia*⁹.

Por todo lo que se acaba de anticipar, el usufructo con facultad de disposición —ya antiguamente tratado por CASTILLO DE SOTOMAYOR (1604, en lo que aquí interesa, el Libro I, cap. 20, núms. 11, 14 y 15)— fue y aún es de interés en la actualidad, no solo en la jurisprudencia, sino entre los autores, así SERRANO DE NICOLÁS (2005, *passim*); REPRESA POLO (2008, 31-64); NIETO ALONSO (2014, *passim*); LECIÑENA IBARRA (2016, 123-182), y, en su última edición, RIVERO (2024, 1205-1304), y, de forma compendiada, el propio RIVERO (2019, 207-220), todas editadas en los dos últimos decenios. Procuraré, no obstante, acudir más a monografías o artículos doctrinales, que no a estos estudios de pretensión omnicomprendensiva, cada uno, desde luego, en la extensión que lo conforma, pero siempre tratando las cuestiones que lo configuran y que aquí se tratan.

En el orden práctico también resulta de interés, singularmente, en orden a la planificación hereditaria (para el aspecto fiscal MELGUIZO GARDE, 2006, 61-116), tanto cuando cónyuge sobreviviente y sus hijos son comunes al fallecido; como, también, cuando hay segundas o ulteriores nupcias (WYLLEMAN, 2012, 1789-1791), para, sin tener que acudir a la conmutación del usufructo, poder articular las facultades de venta o goce, incluso temporal o hasta el fallecimiento de alguno de los beneficiados, sea el cónyuge, hijos o terceros; o, igualmente, en el testamento del cónyuge divorciado (ampliamente en SERRANO DE NICOLÁS, 2023, 855-872). En nuestro ordenamiento jurídico es innegable la ductilidad y versatilidad del título de constitución, en orden a la amplísima posible configuración de las facultades dispositivas y de goce, incluso ya en vida, o como sucesión anticipada, unido a las facultades de control —a la hora de administrar, enajenar o ceder facultades— que pueden otorgarse al cónyuge sobreviviente, hijos, hermanos, abuelos o tíos, asesores fiscales, gerentes, CEO u otros cargos u órganos de la sociedad (cuyas acciones o participaciones sociales se legan), etc.

II. USUFRUCTO DE DISPOSICIÓN: CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y POSIBILIDAD DE DEVOLVER EL *TANTUNDEM*

Cinco son las cuestiones que examinaré en este epígrafe, así:

- a. El propio concepto de usufructo de disposición (en tanto que supuesto de “excepcional disfrute de bienes formalmente ajenos”, como lo describió GIL RODRÍGUEZ (2007, 731);
- b. Sus notas configuradoras como derecho real de goce, que es lo que sigue siendo, aunque se le incorpore la facultad de disponer, y, por ello, destaca la facultad de goce, o *godimento* en sentido amplio, pues no pocas veces la facultad de disposición se concede como un *plus* —del goce— por si los frutos son insuficientes para el sustento del usufructuario, así singularmente en el de necesidad. De esta modalidad, la STS de 6 de abril de 2006, junto con otras que cita GOÑI (2008, 2185), resuelve que la necesidad no exige —por principio, salvo que sí se haya estipulado— probarse antes de enajenar, pero sí es ineluctable el que exista, dado que es *límite a la disposición* —solo puede disponerse hasta donde se necesite (salvo que la cosa sea indivisible)— y, a la vez, *presupuesto de la misma*, solo puede disponerse si hay tal necesidad o evidencia inmediata de la misma (NIETO, 2014, 337, precisa que no es imprescindible estar en una situación menesterosa, pero sí, como concreta CASTILLO MARTÍNEZ, 2000, 375, que, en caso de pleito judicial, se concrete la situación de necesidad, como “requisito previo para la apreciación de la posibilidad de disponer”).

La existencia o no de la necesidad es lo que permite a los nudos propietarios que pueden impugnar si hay extralimitación (falta de legitimación) o abuso de la facultad dispositiva (categorías distintas, con efectos también distintos), no cabe olvidar que no es propietario. Y, en lo que es en sí el goce amplio, ya la STS de 3 de febrero de 1999, como dice GOÑI (2008, 2184), destaca la facultad de goce sobre la de conservación, y así es dado que por destacar incluso lo hace en la propiedad, pero igualmente cierto es que aunque esté transferido —el usufructo— a otro —y conlleve incluso la facultad de disponer— no lo convierte en propietario, pues le seguirá faltando la nota de la elasticidad (por seguir siendo un derecho real limitado), ya que nunca llegará a absorber la nuda propiedad, mientras que esta sí puede absorber el usufructo de disposición (no pocas veces no llega a ejercitarse, o no sobre todos los bienes).

Esta relevancia del goce o *godimento* la resalta, también, SCALISI (2005, 486), al intitular un epígrafe: “*Il nuovo volto della proprietà: da ‘potere’ a ‘titolo’ (di legittimazione) del godimento*”, por considerar que el goce no únicamente deriva de la propiedad (basta pensar en nuestro usufructo de disposición), aunque es en la propiedad en que puede tener múltiples estatutos por su muy diferente configuración del goce, por lo que la propiedad —constitucionalmente— no es ya un derecho de goce pleno y

exclusivo, pero de ello no puede derivarse que constituir otros derechos pueda debilitar su contenido esencial, sino que lo que habrá es diversos sujetos legitimados para conseguir la plenitud de las facultades dominicales, así en algunos supuestos el legitimado será el usufructuario con facultad de disposición, que también tendrá sus obligaciones —incluso constitucionales— tal que para cumplir la función social de la propiedad; en consecuencia, nuestro usufructo es siempre un derecho real de goce, al que se integra —no tanto que yuxtaponer— la facultad de disposición, cuyo ejercicio es personalísimo por el usufructuario (así RDG de 8 de agosto de 2019); a lo que se une determinar cuándo procederá el juego de la subrogación real (la trata REPRESA POLO, 2008, 63-64), y, sin duda, todo ello se debe estudiar desde las amplias posibilidades que ofrece en su configuración la aplicación de la teoría del *numerus apertus* vigente en España, *cfr.* arts. 1255 CC; 2,2 Ley Hipotecaria (en adelante, LH) y art. 7 Reglamento Hipotecario (en adelante, RH);

- c. La posibilidad de configurar, prácticamente, en cualquier caso, un usufructo de disposición específico a cada interés, a través de admitir la devolución no de lo usufructuado sino de su *tantundem* al extinguirse, sea temporal o vitalicio;
- d. Las diferencias y posibles distintas utilidades prácticas del mismo frente al fideicomiso de residuo, que se dan fiscalmente, por la posibilidad de recuperar en el usufructo el porcentaje de lo no dispuesto, MERINO JARA (2001, 54), y, esencialmente, en el orden civil, NIETO (2014, 165-184) y LECIÑENA (2016, 163-169), y ya antes CASTILLO MARTÍNEZ, 2000, 371-373. También ha destacado sus diferencias la jurisprudencia, aunque ello no quita que haya distinguida doctrina que los asimile, al menos, en su funcionalidad práctica de ejercicio de la facultad de disposición, así, singularmente, CARRASCO PERERA (1987, 127-133); y, previamente, ROCA-SASTRE MUNCUNILL (1969, 3-19); y, finalmente,
- e. La imposibilidad de concebir el usufructo, y más concretamente el de disposición, en cosa propia, pues no sería sino un simple e innecesario trasunto de la propiedad misma.

II.1. CONCEPTO ACTUAL DEL USUFRUCTO DE DISPOSICIÓN

Para dar una definición del usufructo de disposición conviene, previamente, señalar que el mismo está admitido sin discusión en España; así, en Cataluña está incluso expresamente regulado en el CCCat (arts. 547-1 a 547-10 CCCat); y, en

el ámbito del CC español, se admite por la amplia libertad de configuración que permite el título constitutivo (*cfr.* art. 467 *in fine*, al referirse al título como vía posible para reconfigurar la previsión legal), aunque, como derecho subjetivo que es, no pueda salirse —dicha reconfiguración— de lo que sería usufructo para ser propiedad temporal u otra figura análoga. No puede olvidarse que es, también, una exigencia constitucional que el nombre y las facultades respeten los límites institucionales del derecho que realmente se configura. Este respeto a los límites institucionales resulta del art. 53.1 de la Constitución española vigente y sentencias del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril, cuando precisa que deben respetarse “aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así”; y 37/1987, de 26 de marzo (relativa a la reforma agraria andaluza), que casi idénticamente decía que tiene que ser “reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro”.

Por tanto, sí cabe una ampliación de facultades del usufructo que lo saque del estricto contenido del CC, o usufructo tipificado sin facultad de disposición, que devendría en parcialmente atípico al dotarle de la facultad dispositiva, aunque como tal usufructo —con más o menos facultades— sigue siendo un derecho real en cosa ajena y nunca una forma de propiedad, lo que resulta relevante al momento de tener que interpretar su contenido, que tendrá que ser desde la óptica y presupuestos del usufructo y no de la propiedad, por muy amplias y cuasi similares facultades a las del propietario que pueda llegar a tener el usufructuario. Y, por ello, también, con el fideicomiso de residuo, por exigirse identidad de razón, y el fiduciario —frente al usufructuario de disposición— es propietario.

De contrario —o limitación de facultades del usufructuario— se podrán reducir ampliamente las facultades del usufructo, en cuanto al goce y aumentar las de disposición, pero, desde luego, sin hacerle caer dentro del concepto de uso, al margen de la amplitud que a este último se le quiera dar, pues continuará como simple derecho de uso sin frutos. No falta la defensa de una amplia configuración (FERNÁNDEZ CAMPOS, 1999, 111-115), en base al juego de la autonomía de la voluntad, pero, sea la que sea la configuración, deben seguir siendo lo que su nombre identifica, o sea un usufructo o un uso, y, el primero, siempre deberá tener, de algún modo, forma o manera, el derecho a los frutos, siquiera sea potencialmente o incluso aunque su percepción se haya sujetado a condiciones, términos o cuantías de frutos a percibir. La resolución catalana JUS/1840/2019, de 25 de junio de 2019 (DOGC 11.7.2019) no permite la conversión de un derecho de usufructo en otro de uso, al exigir que se extinga el uno (el usufructo) y luego se constituya el otro (el uso); convertirse podría discutirse, pero, desde

luego, sí cabría no solo renunciar abdicativamente a la facultad de disposición (que se consolidaría en el nudo propietario), sino que tampoco hay norma que impida renunciar a otras facultades —*vgr*: percibir los frutos— que siempre se consolidarán en el nudo propietario, salvo que se constituya un autónomo derecho real atípico, y, sí, diferente sería la conversión de la institución de usufructo a uso, pero podría seguir siendo usufructo con facultades cuasi idénticas al uso, al margen que, desde luego, podría alegarse que es puro nominalismo.

Dicho lo anterior cabe ya definir el usufructo de disposición, para el CC (pues igual sería en el CCCat, pero aquí sí nominado y tipificado expresamente) como el derecho real atípico de goce, sobre cosa formalmente ajena, que faculta (o legitima de forma extraordinaria, pues la ordinaria sería del nudo propietario) a su titular para disponer —o sea, enajenar e hipotecar, pero no renunciar en todas sus modalidades, así por no ser propietario no cabría la renuncia abdicativa, pero sí la traslativa— de la propia cosa usufrutuada, libremente o solo para determinados supuestos, como el de necesidad (del usufructuario o su familia) o con el asentimiento de determinadas personas, sea el propio nudo propietario o terceras personas. En todo caso, también, concluir, con la STS de 9 de marzo de 1984, que, en trance de diferenciar entre “disponer” y “enajenar”, resuelve que el significado de la palabra “enajenar” es de alcance “notoriamente más limitado que la expresión ‘disponer’”. Así ya, también, la STS de 23 de octubre de 1925, en la que se lega el usufructo con facultad de disposición a la viuda y al mismo tiempo la nuda propiedad al cuñado, y el entonces vigente art. 234 RH se toma como muestra de que enajenar es un término más amplio que vender, pues incluye también el cancelar o renunciar.

II.2. NATURALEZA JURÍDICA: DERECHO REAL LIMITADO DE GOCE EN COSA AJENA, EJERCICIO PERSONALÍSIMO Y APLICACIÓN DE LA SUBROGACIÓN REAL

En el usufructo de disposición, por más que su titular tenga la más amplia facultad dispositiva sobre la cosa usufrutuada, lo que no tiene el usufructuario es una facultad dispositiva idéntica a la del propietario, ni siquiera cuando es de libre disposición, no solo por no ser expansiva o absorbente (como lo es la del propietario), sino porque tampoco puede ser de idéntica extensión y función (pues de así serlo sería un propietario, mal denominado por el constituyente como usufructuario), junto a que su facultad dispositiva no le permite disponer *mortis causa*, lo que sí puede hacer el propietario (e incluso el nudo propietario), y, desde luego, le están vetados los actos fraudulentos o simulados, como los actos de emulación (que también le están al propietario frente a terceros), en cuanto estén dirigidos a que no pueda adquirir el nudo propietario al extinguirse el usu-

fructo. La suya es, siempre, una facultad dispositiva ordenada teleológicamente a un fin o resultado, no a su libre arbitrio, como si la tiene el propietario. Y, desde luego, ambos, en cuanto incide en la facultad y no en quién sea su titular, con las limitaciones y límites propios del ejercicio de cualquier derecho subjetivo.

El usufructo de disposición, por lo que se acaba de decir, aun con sus amplias facultades dispositivas sigue siendo un derecho real limitado de goce en cosa ajena, y sujeto a las reglas de estos derechos reales y no a las de la propiedad; pues ésta, por ser el más amplio derecho real pleno concebible en cada momento, tendrá una facultad absorbente de cuantas facultades no ostenten terceros, mientras que el usufructo de disposición siempre tendrá únicamente las facultades que expresamente le haya atribuido el constituyente, y necesariamente tendrá que extinguirse, sea vitalicio o temporal, frente a la propiedad que tiene la nota de perpetuidad (pues incluso en la propiedad temporal del CCCat, art. 547-4, hay necesariamente un titular sucesivo, art. 547-7 CCCat). De ello resulta que el usufructo de disposición adquirido *mortis causa* siempre será un legado (así, también, en la jurisprudencia italiana *Cassazione n. 13310, Sez. II civile, del 15 febbraio 2002* y *Cass. civ. n. 13868, Sez II, del 31 maggio 2018*)¹⁰, mientras que la nuda propiedad, por nimias que sean sus facultades al coincidir con dicho usufructo, sí permitirá ser a su titular un auténtico heredero.

No es el usufructo de disposición, por ser una concepción totalmente superada en la actualidad, modalidad alguna de *pars domini* (o dominio dividido, como lo pudo ser el censo enfiteútico o enfiteusis, con la distinción entre dominio útil y dominio directo, aquí el usufructo sigue siendo un derecho real limitado), ni es posible concebir (incluso *in abstracto*) la libre disposición de su misma facultad dispositiva, así renunciando a su ejercicio, o transmitiéndola a otra persona (cuando se trata de un usufructo de disposición), pues es personalísima de su titular, con indiferencia de que sea de libre disposición o de necesidad, y salvo que otra cosa pudiera disponer el título constitutivo; por el contrario, como regla general, sí cabe la posibilidad de constituir un derecho real atípico que sea únicamente la facultad dispositiva, así la ya citada RDG de 8 de noviembre de 2018, en que se dona solo la facultad de disposición conservando la propiedad el propio donante, con todas sus demás facultades, como las de uso o goce, y, además, el control de la disposición, en cuanto el donatario no podrá disponer sin el consentimiento del donante. Esta misma protección frente a actuaciones personales compulsivas, irreflexivas o en situaciones singulares (aunque esencialmente revocable), también se ha configurado, para el CCCat (y es igualmente trasladable al CC español), por la Resolución de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas JUS/3040/2012, de 28 de noviembre, como una autolimitación de la facultad dispositiva, susceptible de acceder al Registro de la Propiedad por ser una limitación a la legitimación dispositiva, por no afectar a la capacidad jurídica, sino solo a la legitimación dispositiva.

Esta confluencia de titularidades sobre el bien usufructuado, o sea las que tienen al mismo tiempo —pero con distinta eficacia y naturaleza— el usufructuario de disposición y el nudo propietario, no implica en ningún caso una situación de proindiviso, ni de condominio o cotitularidad de derechos de igual naturaleza, y, por tanto, no cabe aplicarle ninguna de las reglas de la comunidad, ni retracto de comuneros, ni acción de división, etc. y no puede darse por ser derechos de distinta naturaleza real, ya que hay un derecho real limitado de goce y a la vez un propietario (ciertamente que nudo propietario e incluso con prácticamente inexistentes facultades, mientras dura el usufructo de disposición, pero, no obstante, propietario)¹¹. Es de interés, al efecto, el *arrêt Cass. Ire civ. 12 janv. 2011, n.º 09-17.298 815*, en aplicación de artículo 815-17 *Code civil* francés¹².

Al no haber comunidad —de derechos reales de igual naturaleza— tampoco habrá ningún derecho de retracto de comuneros; cuestión distinta es que sí pueda contemplarse legalmente un derecho de adquisición preferente a favor del nudo propietario en caso de enajenación del usufructo, como hace el art. 461-10 CC-Cat; y, desde luego, no creo que quepa interpretar que constituir la facultad de disposición, a favor del usufructuario, ya sea disponer de la cosa, a efectos de retractos, pues ninguna disposición de la cosa se ha realizado todavía. Al efecto, ya en la STS de 5 de junio de 1929 se discute si nudo propietario y usufructuario forman una comunidad al objeto de poder retraer con *preferencia el retracto de comuneros al de colindantes*; expresamente precisa, esta sentencia, que sobre el usufructo y la nuda propiedad “es evidente que siendo tan opuestos y casi antitéticos ambos derechos, mal pueden, estimarse comunes y en relación de perfecta igualdad, como sería preciso para la existencia de la comunidad”. Niega también la comunidad MIQUEL SALA (2009, 1114), para tratar ampliamente sobre *la comunidad de uso (solidario), entre usufructuario de cuota y propietario*, con la consiguiente distribución de gastos, defensa frente a terceros y demás cuestiones propias de una comunidad. Su distinta naturaleza, junto a la contundente afirmación de que la nuda propiedad es propiedad, y qué donde hay usufructo tiene que haber nuda propiedad, lo examina el *arrêt Cass. Ire civ., 12 janv. 2011*, y, en su estudio de la misma, KUHN (2011, 1-9), para resaltar que ni puede haber invidisión (ya antes *arrêt Cass. Ire civ., 2 mars 2004*), ni propiedad colectiva.

El usufructuario —incluso de disposición— también está privado de pedir *la división de la cosa común*, y lo está por no ser nada más que titular del gravamen impuesto sobre la finca perteneciente al nudo propietario, y él sí será beneficiario de sus productos, e incluso de disponer de la cosa misma, lo que ya en sí puede hacer innecesaria la acción de división, pero de no ser así, desde luego, no la puede ejercitar, pues nada hay en común, al haber dos derechos reales totalmente distintos, uno limitado, aunque de presente pueda ostentar muchas facultades, pero no es propietario, y otro pleno, aunque de presente las que ostente puedan

ser nimias, pero sí es propietario. Esto, sin duda puede afirmarse del usufructo de disposición, pues el que pueda disponer no altera su naturaleza de simple derecho real en cosa ajena.

La facultad dispositiva hace inaplicable, al igual que sucede con el fideicomiso de residuo, *cualquier limitación a su duración al modo de la sustitución fideicomisaria*, tal que la limitación del segundo grado o generación. *Si se le aplica, sin embargo, el juego de la subrogación real*, que se dará sobre lo que quede al extinguirse el usufructo y que haya entrado en el patrimonio del usufructuario teniendo como causa lo usufructuado, por tanto, no lo recibirán sus herederos, sino que será del nudo propietario o sus herederos. Esto aparece claro cuando es un supuesto de usufructo de disposición para caso de necesidad, pues lo no consumido es que no se necesitaba y, por ello, debe pasar al nudo propietario; no aparece tan clara —la aplicación de la subrogación real— en el usufructo de libre disposición, justo por la libérrima facultad dispositiva, que incluye el autoconsumo, pero no el apropiarse sin más, y menos con ánimo de defraudar el derecho del nudo propietario. En todo caso, por la aplicación —como regla general— de la subrogación real sí procedería en esta modalidad —de libre disposición— su aplicación¹³. No puede olvidarse que solo se ha querido que fuese titular de un derecho real limitado, y que, por tanto, todo lo que esté en su patrimonio o herencia, por causa de la titularidad usufructuaria, debe pasar a los nudos propietarios y no a los herederos del usufructuario, no es aquí trasladable, sin más, el fideicomiso de residuo, pues aquí el fiduciario sí es propietario.

Pero, junto a lo dicho, por no ser cuestión de orden público, ni estructural, existe amplia libertad de configuración en materia de disposición de un bien formalmente ajeno, como demuestra LOTTI (1999, 3); así, *el constituyente podría —en cualquier modalidad de usufructo de disposición— excluir la subrogación real, excepto en el de necesidad, por su propio concepto y función*. La cuestión también se ha suscitado, y podría hablarse de identidad de razón con el usufructo de disposición, para los *legs de residuo*, en el Derecho francés, al efecto, de exclusión de la subrogación real, *arrêt Cass. civ. 1re, 20 février 2008: Dames B. c/ consorts G. et al. (pourvoi no 06-04.704) / <https://www.labase-lextenso.fr/petites-affiches/PA200814006>*, acudiendo al artículo 1040 *Code français*¹⁴; no obstante, la regla general es la subrogación real, pues como afirman ZENATI-CASTAING Y REVET (2008, no 159, 251): *«La subrogation réelle est désormais clairement admise comme un principe général (...). Chaque fois qu'un bien disparaît juridiquement ou matériellement, le droit s'efforce de pourvoir à son remplacement soit par un autre bien contre lequel il a été contractuellement échangé lato sensu, soit par une indemnité. Il faut et il suffit qu'existe un lien économique d'échange entre les deux choses»*; sin que falte, desde luego, postura que interpreta esta jurisprudencia como una postura restrictiva a la subrogación real de

los bienes subsistentes, tal es el caso de DENIZOT (2008, n.º 153, 23) cuando afirma que, singularmente, tras la reforma del 2006, deben individualizarse los bienes, a la vez que resalta el cambio de la orientación jurisprudencial, para adaptarse a la reforma. Pero, desde luego, como he dicho *supra*, no es trasladable al usufructo de disposición.

Acabar precisando que, como es sabido, la subrogación real no es en sí una institución autónoma, sino que es un principio o regla general que interviene en concretas instituciones jurídicas (sean del derecho de familia, sucesiones o derechos reales de goce), entre las que se encuentra el usufructo de disposición, para hacer factible el alcanzar concretas finalidades inherentes a la institución en que se aplica, en el caso del usufructo de disposición, incluso aun dejándolo a la más libre facultad dispositiva del usufructuario, para que el nudo propietario, que sigue siendo el propietario, reciba cuanto sea posible, pues lo cierto es que no se ha querido que el usufructuario aun con amplísimas facultades fuese propietario, y en el de necesidad porque su propio concepto exige que el usufructuario únicamente retenga lo que necesite

Para el encuadre institucional y dogmático de esta figura del usufructuario de disposición, como *arbitrum boni viri*, y otras matizaciones, hay que acudir a la Sentencia, núm. 31, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (=TSJC), R. Cassació, núm. 69/2003, ponente el Magistrado y Catedrático de Derecho civil, Excmo. Sr. Puig Ferriol, en que declara la nulidad dispositiva del usufructuario por existir abuso de derecho, y, al efecto afirma (para el texto positivo entonces vigente, pero que sigue siendo igualmente válido hoy, y, además, es perfectamente aplicable en el ámbito de actuación del CC español) lo siguiente:

- a. *Respecto al momento de adquisición.* El usufructuario con facultad de disposición como el nudo propietario adquieren sus respectivos derechos *al mismo momento* (y *no uno para después del otro*, como sí sucede en el fideicomiso de residuo, cabría añadir), o sea, adquieren ambos a la muerte del causante (o cuando se constituye si es por otra vía no sucesoria). Así ya, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1970 precisaba que, al desmembrar el usufructo y la nuda propiedad, no hay un doble llamamiento, directo e indirecto sobre la misma cosa, sino que lo que hay es una distribución de las facultades integrantes del dominio sobre la misma cosa, para distintas personas y al mismo tiempo; en consecuencia, el nudo propietario ya tiene consolidado e integrado en su patrimonio su derecho, que no está condicionado en su adquisición, sino que lo único que está condicionado es el *quantum* a adquirir; por tanto, sí puede transmitir su derecho, transmisión que no estará condicionada en su validez, si en su eficacia a que no disponga el usufructuario, ya que legitimación para disponer sí tiene, pero con-

dicionada en el *quantum* a lo que quede a la muerte del usufructuario. No hay, pues, ninguna mera expectativa, sino que el nudo propietario tiene ya un auténtico derecho subjetivo de propiedad, aunque mientras dure el usufructo de disposición con sus facultades absolutamente mer-madas, pero no condicionadas o inexistentes temporalmente por estar vigente el usufructo de disposición.

- b. *Respecto a su origen y mantenimiento dentro de la categoría del derecho real en cosa ajena.* Destaca como, desde la época del *ius commune*, se introduce la posibilidad de añadir al *ius fruendi* típico del usufructuario el *ius disponendi* sin que ello suponga desnaturalizar el derecho real de usufructo. Ni menos, cabría añadir, convertirlo en una modalidad de propietario.
- c. *Respecto a la distinción del arbitrium merum y el arbitrium boni viri.* Se habla de este último cuando tiene que tomar la decisión de disponer en equidad, y, por ello, debe tomar la decisión como lo haría una persona corriente (o buen usufructuario), lo que es el concepto indeterminado del buen padre de familia; frente a esto, el usufructuario con facultad de disposición caería dentro del *arbitrium merum*, que no es rechazado por el ordenamiento jurídico, y, por ello, podría disponer incluso de forma arbitraria o a su simple voluntad, sin tenerla que justificar *ex ante*, pero, como contrapartida, sujeta a la posibilidad de impugnar la disposición, cuando puede probarse que es una conducta desleal. Prueba que corresponderá al que impugna, lo que es radicalmente contrario a tener que justificar o probar su legitimación para disponer por el usufructuario.

Como conclusión, puede aseverarse que la facultad de disposición es, en la concepción actual de las distintas facultades, una emanación o desarrollo más de la facultad de goce (en sentido amplio, pues, en verdad, con la disposición lo que se seguirá es gozando sobre lo adquirido por subrogación real, aunque no se adquiere la propiedad sobre esto); su ejercicio es, siempre, personalísimo y, por ello, inembargable¹⁵, dado que nunca podrá ejercitarlo un tercero, en nombre propio y en su interés, aunque sí quepa el apoderamiento o la delegación revocable en su ejercicio, y ello es así, pues en el de necesidad resulta obvio, dado que dicha situación de precariedad solo puede ostentarla el propio usufructuario; y, en el de libre disposición, es su libre voluntad la que decide si se dispone o no, nadie puede coaccionarlo a ejercitarla, ni es sobre su propio patrimonio que la ejercita, sino que se ejercita —en base a la *legitimación extraordinaria* de que lo dota el usufructo de disposición— sobre un patrimonio ajeno. La cosa usufructuada es del nudo propietario, eso sí, y como ya se ha dicho, condicionada solo en el *quantum* de lo que finalmente adquirirá, pero él es el propietario, y, por ello, legitimado para controlar la actuación del usufructuario.

II.3. POSIBILIDAD DE LOGRAR EL FIN DEL USUFRUCTO DE DISPOSICIÓN MEDIANTE DEVOLUCIÓN DEL TANTUNDEM, Y, PARA ELLO, REGULARLO COMO CUASIUSUFRUCTO VOLUNTARIO

La posibilidad de devolver el *tantundem* es factible en cualquier modalidad de usufructo a través del título constitutivo, así se devolverá su valor o *tantundem*, en lugar de consolidarse lo usufructuado a la extinción del usufructo. Esta configuración es una vía para lograr una figura equiparable al usufructo de disposición, incluso con la más amplia facultad dispositiva, y, a la vez, sería admisible incluso aunque no esté admitida la teoría del *numerus apertus*. No obstante, la alteración de las facultades ordinarias del usufructo tendrá que permitir poderlo seguir reconociendo como un usufructo en cosa ajena, y, así, lo seguirá siendo cuando se constituya el usufructo sobre una concreta finca o bien raíz, admitiéndose la posibilidad de devolver a su extinción, de forma alternativa y a opción del usufructuario o sus herederos, el mismo bien o su equivalente monetario (o sea el *tantundem*), lo que sin duda posibilita el poder disponer del bien usufructuado, al ya no tenerse que devolver la misma cosa dada en usufructo.

Ahora bien, esta posibilidad —de devolver la cosa usufructuada o su equivalente (*tantundem*) a elección del usufructuario— no es un pacto neutro, sino que conlleva sus consecuencias en *materia de riesgos* (al margen de que, en la práctica, se den con más o menos frecuencia estas situaciones de riesgo), pues como se dijo por BARBERO, (1939, 221), el ser propietario o, por el contrario, mero titular de un derecho real, influye directamente en materia de riesgos, así no podrá eximirse el usufructuario de la restitución del *tantundem*, con independencia de que perezca por su culpa o sin su culpa, es decir, “la proprietà non s’era acquisita al patrimonio dell’usufruttuario, *res perit domino*”; o como, igualmente, se ha precisado por CABEZUELO ARENAS (2002, 65), aunque no es habitual, no faltan supuestos en que se obliga a reintegrar el equivalente; y, desde luego, en este caso la diferencia, entre usufructo de disposición y *cuasiusufructo*, se hallaría en que la obligación de restituir el *tantundem* al término del usufructo, se explicaría, en el primer caso, por la voluntad del constituyente de no mermar las expectativas del nudo propietario y, en el segundo caso, por la misma naturaleza de los bienes usufructuados.

Lo que se acaba de decir enlaza con las dos grandes posturas doctrinales que ha habido —y subsisten— acerca del *cuasiusufructo*, o sea las de si el usufructuario adquiere o no la propiedad de lo usufructuado, de modo que influye en los riesgos, en la prestación de fianza y en lo que debe devolverse; y, finalmente, si hay un derecho real o un derecho de crédito (siempre con la singularidad del dinero, que nunca desaparecerá, ni puede usucapirse). En todo caso, mientras la cosa usufructuada subsiste esto es lo que debe devolverse, pues no tiene el usu-

fructuario —o sus herederos, si es temporal y todavía no se ha extinguido— la facultad de devolver el *tantundem*, salvo que así se pacte expresamente, en el título constitutivo, como una opción.

En visión romanística, SALAZAR REVUELTA (2001, 752-757, para el análisis en el CC español y las páginas previas para la distinta configuración en el Derecho romano justinianeo), y, junto a ella la más reciente y acertada —a mi modo de verlo— doctrina (por no confundir su naturaleza y sus efectos, o derivar aquella de estos) defiende que el usufructuario —incluso de cosas consumibles— no adquiere la propiedad, sino que sigue siendo titular de un derecho real en cosa ajena, incluso aunque la cosa usufrutuada sea consumible o fungible; así, también, MOLLÁ NEBOT (2004, 5-10), que tras amplio examen de fuentes, concluye que no puede haber dos propietarios, como serían el cuasiusufructuario y el nudo propietario, teniendo este último la facultad de disponer, cierto que solo de su derecho, y, además, el usufructuario por la naturaleza de las cosas que no por la de su derecho; en contra DEL CARPIO (2009, 1111-1122), que considera aún subsistente la postura tradicional (como así se va a ver *infra*, tanto en el TS como en la DG), o sea que sí adquiere la propiedad el usufructuario, lo que también defiende ALBALADEJO (2007, 1731-1737), que concluye que el cuasiusufructuario deviene propietario, y, por ello, puede poseer y disponer, pero responde de los deterioros y de la pérdida, mientras que el nudo propietario deviene en un mero acreedor; no obstante, a esta postura se opondría MEDINA ALCOZ (2024, 211-216), con amplia cita doctrinal moderna.

Una u otra configuración tiene su clara consecuencia en materia de riesgos, y derivado de ello la imperativa necesidad de devolución de la cosa usufrutuada. Así, el usufructuario de cosas consumibles no es que esté ejercitando la facultad de disponer, sino que como consecuencia de la facultad de goce (que no de disposición) consume la cosa, y, por ello, desaparece, aunque, desde luego, no es un supuesto de la figura del mutuo, *cfr.* art. 1753 CC, junto a que una cosa es la acción (ejercicio de la facultad de consumir que ostenta) y otra el resultado de dicha acción (la desaparición de la cosa). Por ello, la consecuencia o resultado de la acción dispositiva, legalmente admitida, no puede cambiar la naturaleza del derecho real, unido a que, conforme al art. 482 CC, para que el usufructuario pueda disponer de la cosa usufrutuada no necesita de autorización ninguna, sino que va insito en la propia naturaleza de la cosa usufrutuada. En suma, cuando lo usufrutuado es consumible o fungible, el usufructuario no necesita que se le transmita la propiedad, unido a que como se ha precisado por PUGLIESE (1975, 349), la facultad de disposición puede ostentarse sin ser propietario, dado que aunque es una emanación de la propiedad, sin embargo, no pertenece a su contenido, mientras que la facultad de consumir sólo corresponde al propietario. Otro tanto sucede cuando se trata del usufructo de un establecimiento o negocio

mercantil, por serle de esencia, para su explotación, el que se pueden vender las mercaderías; así, y para el derecho mexicano (aunque trasladable a nuestro ordenamiento jurídico), ROJINA VILLEGAS (2008, 131) afirma que de recaer sobre: “un fundo mercantil, el usufructuario tiene, para cumplir con el fin del usufructo, que es la explotación del fundo, la facultad de vender las mercancías”.

En nuestra doctrina civilista, TORRELLES TORREA (2011, 2616-2617) afirma —en lo que hay que coincidir— que: “No es justo dar peor condición al usufructo de cosas consumibles, pasando de ser un derecho real a un derecho de crédito, que a un usufructuario común. [...] La duda que se puede suscitar es si lo que se produce en el usufructo de cosas consumibles es una subrogación real, puesto que ésta supone un principio general de conservación de un derecho a pesar del cambio material de su objeto. / Para que se produzca la subrogación real se requiere de una relación de causalidad entre el antiguo y el nuevo que lo sustituye, es decir, que se dé una relación de procedencia y origen entre ellos. / Es esto lo que permite diferenciar el principio de subrogación real del principio de equivalencia”.

Entiendo que, al margen de que se considere que la subrogación real solo cabe cuando lo contempla la ley, o que tiene un carácter supletorio frente a otras reglas o instituciones de aplicación preferente, lo cierto es que el artículo 482 CC lo que contempla, como regla o solución última, es que se pague su valor, aunque, desde luego, cuando la consumibilidad (o posibilidad de disponer) resulta de pacto, tal que si se trata de inmuebles en que puede devolverse otro equivalente o incluso predeterminado, o incluso su equivalente en dinero, o el que quede si era de libre disposición, lo cierto es que lo que tiene que reintegrarse o que recibirá el nudo propietario tiene su causa en que se constituyó el usufructo (como consumible y, inherentemente, con facultad de disponer de la cosa usufructuada, aunque incluso en si no fuese consumible), y, a la vez, como no puede devolverse lo mismo, pues tiene que ser su valor, por tanto, si hay subrogación real si se devuelve una cosa por otra, y será su equivalente si es dinero, pero en ambos casos la causa es que se constituyó el usufructo como consumible, aunque la cosa en si no lo fuese.

La segunda postura, defendida, entre otros, por REVERTE NAVARRO (2001, 641-642), se inclina por la tesis tradicional, al considerar que tan relevante como concretar si hay transmisión de propiedad es admitir que conforme a reglas de equidad no repugna admitir los efectos que se hacen derivar de la transmisión de la propiedad.

En resumen, para conseguir la finalidad dispositiva propia del usufructo de disposición, incluso donde no se contempla el sistema de *numerus apertus*, bastaría, sin más, considerar —mediante pacto al efecto— a la cosa usufructuada como fungible o consumible, para que, aun no siéndolo por su propia naturaleza,

se pueda devolver simplemente el *tantundem* y no la misma cosa dada en usufructo, dado que como ya se ha dicho por DE SIMONE (1956, 92), con el cuasi-usufructo lo que se quiere garantizar es “no sólo y simplemente la restitución del equivalente [...], sino más bien la *inmediata* restitución al cesar el usufructo. Es una prueba más el hecho de que la caución no sólo se debe prestar cuando el cuasi-usufructo se constituye por ley o por testamento, sino también por contrato”. Cuando así se constituya, desde luego, no podrá alegarse —para así rechazar su admisibilidad— que se deja al arbitrio de una de las partes el cumplimiento, pues cumplir hay que cumplir, lo que sucede es que, como facultad alternativa del usufructuario, el cumplimiento no solo tiene que ser de una forma, sino que también puede ser por su equivalente o *tantundem*, y, por tanto, no se estaría infringiendo el art. 1256 CC (*cf.* RDG de 22 julio de 2004, y ya antes SSTs de 23 de junio de 1986, 26 de abril de 1988, 9 de abril de 1990 y 28 de febrero de 2000), dado que el cumplimiento es imprescindible, lo que es mutable —u opcional— es la forma del cumplimiento, que puede ser otra cosa, que pasaría a ocupar el lugar de la consumida o enajenada.

Supuesto singular sería el del *dinero*, en que su goce implica en sí misma disposición, junto a que nunca desaparecerá, pero sí puede caer en situación concursal el usufructuario y, desde luego, no es lo mismo tener un derecho de crédito que un derecho real, para separar de la masa la cosa usufrutuada. La RDG de 17 de mayo de 2002 trata al usufructo de dinero, tan frecuente, no como tal sino como parte del usufructo universal de herencia, remitiéndolo al artículo 482 CC, junto a reconocer que, por su naturaleza, el usufructuario se convierte en propietario del dinero. Idea que también comparte la STS de 20 de julio de 1989, al sumarse al criterio doctrinal de que en el cuasiusufructo la propiedad se transmite al usufructuario.

Referida a *los fondos de inversión* estaría la STS de 25 de febrero de 2004 y el, generalmente citado, Acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo de 20 de noviembre de 1964, para las consecuencias de un legado de usufructo de dinero. Ambas estudiadas por DEL CARPIO (2009, 1122-1127), que precisa, como se observan, en la práctica, tres cuestiones, así: a) La posibilidad de la libre disposición por el usufructuario, incluso invirtiendo en fondos que no sean de renta fija y sin contar con el nudo propietario; b) La obligatoriedad de mantener la inversión que ya pudiera haber hecho el causante, pues es lo que usufructúa y sí puede o no cambiarla, así como la imposibilidad de disponer del capital por el nudo propietario; y, c) La necesidad de que el usufructuario constituya fianza o caución, cabe entender que cuando no sea invertir en renta fija.

Al efecto, DEL CARPIO (2009, 1127-1139), con cita de diversa jurisprudencia de Audiencias que no tienen postura unánime, lo que ya en sí facilitaría el recurso de casación (artículo 477.3 Ley de Enjuiciamiento Civil), sostiene que las

hay que defienden la libertad absoluta del usufructuario que solo estaría obligado a devolver el *tantundem* (sin duda, con el grave peligro de que al extinguirse no haya con qué devolverse, y que sus herederos renuncien a la herencia); y, desde luego, las que —entiendo más acertadamente— exigen la fianza o el consentimiento del usufructuario, sin perjuicio de la misma problemática de la naturaleza de la titularidad sobre las cuentas corrientes, si hay un derecho de crédito (que es lo que parece deducirse incluso de cómo se configura la responsabilidad de las Entidades bancarias en caso de insolvencia) o propiedad.

La cuestión no es baladí, basta pensar en un usufructuario de 90 años, cuyo valor será el diez por ciento, en que no es lo mismo que se le dé dicho valor, que el poderlo invertir con sus consiguientes riesgos en inversión si es variable, o la escasa retribución si es fija. Desde luego, al nudo propietario si es renta fija le interesará más el usufructo, que su conmutación, siquiera sea por que le llegará todo el capital.

En cualquier caso, sí será necesario tener presente, si no se consume el capital, si se trata de mantener o no la misma inversión que tuviese el causante, y, desde luego, que el usufructo no sea de disposición.

II.4. DIFERENTES FUNCIONALIDADES DEL USUFRUCTO DE DISPOSICIÓN FRENTE AL FIDEICOMISO DE RESIDUO

Como está admitido por KOHLER (1886, 306-307), la facultad de disposición del usufructuario encuentra sus límites —institucionales— en la misma *conducta ética del usufructuario*, lo que en sí es suficiente freno a la arbitrariedad desmedida en la facultad dispositiva. Incluso atribuyéndose la más amplia libre disposición al usufructuario, también aquí, es aplicable la obligación de que la disposición o explotación de los bienes no sea fraudulenta, es decir, no puede enajenarse con la única finalidad o vocación tendenciosa de perjudicar al propietario o sus derechohabientes, pues si así fuese la enajenación sería fraudulenta, y, en consecuencia, los actos serían judicialmente impugnables por tratarse de un claro acto fraudulento, por ser un mero acto de emulación inadmisibile, dado que no puede obviarse la existencia de una regla o principio general insalvable que es que la libre disposición de un patrimonio ajeno siempre está ligada a los *límites de la honestidad y la lealtad*, como emanación que son de la *bona fides*, así ANDRÉS SANTOS (1997, 144-145), e incluso podrían dar lugar a responsabilidad, si son dolosas, las actuaciones imprudentes e irresponsables. Esto que se acaba de decir no es predicable del fideicomiso de residuo, justo por sí ser propietario el fiduciario gravado de residuo, por lo que puede actuar como cualquier otro propietario, lo que no puede hacer, sin embargo, el usufructuario, aunque tenga

la facultad de disposición, pues como legitimación extraordinaria deberá interpretarse restrictivamente.

Ambas figuras son distintas (usufructo de disposición y fideicomiso de residuo), y lo ha puesto de relieve, no solo variadas resoluciones, así RRDG de 8 de febrero de 1957, 2 de diciembre de 1986 y 12 de septiembre de 2023; sino, también, jurisprudencia, como son las SSTS de 9 de diciembre de 1970, 14 de mayo de 1987, 6 de abril de 2006 y 16 de diciembre de 2014; para el Derecho catalán, STSJC de 22 de septiembre de 2003; e igualmente la doctrina que lo estudia más detenidamente, como DE COSSÍO (1972, 343-344); GUTIÉRREZ JEREZ (1999, 293-297), y, ampliamente, NIETO ALONSO (2014, 165-184); e igual para el Derecho catalán GARRIDO MELERO (2000, 365). Puede resumirse cuanto afirman en las siguientes notas diferenciales, así: a) en un caso siempre hay un derecho real en cosa ajena, y en el otro una auténtica propiedad, por ello el usufructuario nunca consolidará la nuda propiedad, mientras que sí podría hacerlo el fiduciario si no llegase a existir el fideicomisario, y, en consecuencia, dejaría de ser su *propiedad* “*ad tempus*” para devenir en perpetua (es trascendente la STS de 25 de abril de 1983); b) en el usufructo hay un doble llamamiento simultáneo, al hacerse también al nudo propietario, que siempre necesariamente existirá, pues en última instancia sería el Estado, KUHN (2011, 8-9); es, sin embargo, sucesivo en el fideicomiso, aunque, sin duda, el fideicomisario también sucede al causante y no al fiduciario, pero, siempre, uno después del otro, y, únicamente, en lo que quede, por ello, y por poder disponer el fiduciario de residuo, el fideicomisario tiene una mera expectativa sobre los bienes, no sobre su cualidad que sí adquiere al fallecer el causante.

Además, justo por la condición de cada uno (propietario y titular de un mero derecho real limitado de goce), sí debe intervenir en la *partición* el nudo propietario, y no puede el usufructuario pues, aunque tenga la facultad dispositiva, es un mero legatario, y no interviene el fideicomisario. Junto a esto —y trasladable al ámbito del CC español, pues tiene la misma naturaleza el usufructo de disposición— como ha precisado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 17.^a, de 4 de marzo de 2005 (en base al entonces vigente art. 304 CS, ahora art. 427-34 CCCat), *no está el usufructuario de disposición obligado a pagar las legítimas*, pues la remisión al fideicomiso de residuo es solo en lo relativo a la delimitación de las facultades de disposición; y conforme con la STS de 6 de abril de 2006, y la RDG de 29 de junio de 2017, *no puede el usufructuario de disposición practicar la liquidación de gananciales*, justo por no ser propietario. Y, además, sí, como se ha reiterado, la facultad de disposición no lo convierte en propietario, sino que sigue siendo un gravamen, de pretenderse pagar la legítima con esta modalidad de usufructo se atentaría contra *la intangibilidad cualitativa de la legítima*.

II.5. IMPOSIBILIDAD DEL USUFRUCTO DE DISPOSICIÓN EN COSA PROPIA Y PSEUDOUSUFRUCTO TESTAMENTARIO

Se ha resaltado ya como el usufructuario de disposición lo que tiene es una legitimación extraordinaria para disponer de una patrimonio formalmente ajeno, por tanto con una propiedad latente —en el *quantum*— del nudo propietario, pues el que se le añada la facultad dispositiva —al usufructo— no altera su naturaleza de derecho real limitado de goce, por ello es imposible conceptualmente el admitir, ni que por tener la facultad dispositiva sea propietario, ni que quepa en cosa propia, pues para gozar o disponer de esta no hace falta, ni es admisible, que se acuda a otra institución, dado que ya puede disponerse y gozar de la cosa por ser propietario, unido a que la consolidación actúa automáticamente¹⁶, por lo que tan pronto se es propietario se extingue automáticamente el usufructo, y, por descontado, también el usufructo de disposición, ya que si no se ha ejercitado la facultad dispositiva lo que hay es un mero usufructo.

Supuesto singular, de posible usufructo en cosa propia, es el del art. 561-16.1.c) CCCat (literalmente dice: “*Extinción.—1. El derecho de usufructo se extingue [...], por las causas siguientes: [...] / c) Consolidación, si el objeto del usufructo es un bien mueble, excepto si los usufructuarios tienen interés en la continuidad de su derecho*”, inspirado en el parágrafo 1063 BGB, que, a su vez dice: “(2) *El usufructo vale como no extinguido siempre que el propietario tenga un interés jurídico en su continuación*”). Se está posibilitando, que pueda surgir, al extinguirse el usufructo en cosa ajena, el “usufructo de propietario”, este nacería si ya existía usufructo y nuda propiedad y, después, se consolida en una sola persona, pero, a pesar de la consolidación, se quiere mantener diferenciado cada derecho real, así para la constitución de una garantía distinta sobre cada titularidad o para no confundirse entre sí.

Lo que no cabe es por vía constitutiva configurar un usufructo de propietario, como se deduciría de NAVAS NAVARRO (2009, 353-363), que concluye admitiéndolo en base al art. 541-1.2 CCCat, en cuanto permitiría separar facultades del derecho de propiedad sin que tengan que atribuirse o pertenecer a un tercero, sino que puede seguir las ostentando el que era propietario, antes de desgajarse o independizarse.

Figura conceptualmente distinta, discutida, y además confusa (por no existir como tal, aunque así se le denomine), es mal llamado *pseudousufructo*, lo es confusa —y discutible— no solo por haber oscilaciones doctrinales sobre su naturaleza (que, en cualquier caso no es un usufructo), sino, también, por ser en la práctica difícil de diferenciar entre que sea sustitución fideicomisaria o una modalidad del usufructo (en que siempre tendrá que haber nudo propietario o no es usufructo), y, por otra parte, es mal llamado pues es o no es un auténtico usufruc-

to, aunque pueda tener apariencia de sustitución fideicomisaria, como resulta de las RRDG de 26 de julio de 2003, 14 de noviembre de 2016 y 12 de septiembre de 2023, y la doctrina que lo estudia, así JORDANO BAREA (1957, 1177) dice que el supuesto concreto que estudia es una típica sustitución fideicomisaria (al margen de cómo se le llame). Cosa distinta —y posible— es que todavía no estén determinados, pero sí ya llamados, los nudos propietarios, sin estos no puede haber usufructo, por ser las dos caras imprescindibles de una misma institución, pues solo puede haber usufructo (en cualquiera de sus posibles modalidades) cuando hay nuda propiedad.

En la práctica no faltan supuestos, en que se da esta figura del *pseudousufructo testamentario*, como, entre otras, el de la RDG de 30 de diciembre de 2005, en que el testador dispone de una mitad en pleno dominio y de la otra con facultad de disposición, pero sin atribución de la nuda propiedad a los herederos, precisando el Órgano Directivo que la inscripción en el Registro de la Propiedad debe ser inscribiendo el usufructo de disposición a favor de su titular, pero dejando pendiente de atribución la nuda propiedad, fundándose en la STS de 19 de junio de 1997, pues *nada impone que se tenga que hacer la partición y adjudicación sobre toda la masa hereditaria*, y, además, como ya anticipó la RDG de 16 de mayo de 2003, la inscripción hasta que se determine la nuda propiedad será a favor de la comunidad hereditaria, la diferencia con la sustitución fideicomisaria es que aquí habrá un heredero o legatario para después del otro, mientras que en el usufructo de disposición sin determinar los nudo propietarios, ambos adquieren a la vez, y a este momento se retrotraerá la adquisición cuando se determine quién o quienes son los nudo propietarios.

Ya previamente, la RDG de 2 de diciembre de 1986 decía que el usufructo se establecía dado el disfavor con el que se veía la sustitución fideicomisaria, y que el “pseudo-usufructo testamentario” encarna una auténtica sustitución fideicomisaria (idéntica expresión en la RDG de 26 de julio de 2003, precisando que en la sustitución fideicomisaria la renuncia de un fiduciario no extingue la sustitución)¹⁷, a la vez que ha servido para deslindar el campo en el que se mueven el usufructo y la sustitución, permitiendo identificarlas y deslindarlas. Si bien precisa que “ello no puede suponer que siempre que se esté ante un usufructo testamentario, haya que identificarlo con una sustitución fideicomisaria, cualquiera que puedan ser las analogías que medien entre ambas instituciones, y aunque muchas veces en la práctica sea difícil diferenciarlas, siempre resultará que en el usufructo el titular tiene un *jus in re aliena*, con su régimen peculiar, mientras que al fiduciario corresponde el pleno dominio sobre los bienes, con la obligación de conservarlos y con sujeción a un régimen distinto del de usufructuario y además porque el testador, cuando desmembra el derecho en usufructo y nuda propiedad no hace un doble llamamiento sucesivo respecto de la misma cosa, sino que dis-

tribuye entre distintas personas, de modo inmediato, las facultades que integran el derecho”.

En todo caso, y para concluir esta materia, ya desde antiguo la STS de 22 de marzo de 1890 trata del supuesto de la viuda heredera usufructuaria con *facultad de disponer incondicional, sin nudo propietario al mismo tiempo* pues ella misma era heredera, y para el caso de premoriencia o para cuando falleciera instituía herederos a sus hermanos. Y muy explícita la STS de 20 de marzo de 1916 precisa que el usufructo como división del dominio, con dos componentes, indefectiblemente exige que tengan que coexistir “y no cabe dar efectividad a una parte dejando a la otra indeterminada o incierta”.

III. VÍAS DE CONSTITUCIÓN DEL USUFRUCTO DE DISPOSICIÓN Y MODALIDADES DE EJERCICIO DEL MISMO

El usufructo de disposición no es solo propio del CC español, y con regulación amplia en el CCCat, sino también de otros de nuestros derechos civiles, aunque pueden tener un contenido más familiar o más patrimonial, según cada ordenamiento, y es una clara muestra, para Aragón, la RDG de 17 de noviembre de 1916, así decía que la finalidad del usufructo foral aragonés es la de *“normalizar la marcha de la familia, interrumpida por fallecimiento de su jefe, confiriendo al cónyuge superviviente facultades soberanas respecto a la percepción de frutos y rentas y a su aplicación a las necesidades comunes, al mismo tiempo que le señala bienes suficientes para llevar la vida y ocupar el rango que en el orden social le corresponda”*. Se distingue, a la vez del CC, *“por su nacimiento, contenido, modificación y extinción, pues mientras aquél establece un derecho de goce sobre bienes familiares, relacionado con el estado de viudez y con la protección y dirección de los hijos comunes, cuando los hubiere, el último [CC] crea un valor patrimonial independiente que aumenta el activo del cónyuge superviviente y puede ser pagado con una renta vitalicia, con los productos de determinados bienes o con un capital en efectivo”*. Esta es la vía —la sucesoria— más frecuente, o casi exclusiva, para constituir el usufructo de disposición, pero, desde luego, no la única, como se va a ver.

III.1. CONSTITUCIÓN INTER VIVOS, ONEROSA O GRATUITA, O POR VÍA MORTIS CAUSA, COMO LEGATARIO

La constitución del usufructo (incluso con la facultad de disposición) puede ser por vía onerosa (con las matizaciones que seguidamente se harán), como, también, por vía gratuita¹⁸; y, desde luego, de no ser *mortis causa*, es frecuente

que sea a través de una donación *inter vivos*, que puede serlo en sus múltiples modalidades (modal, onerosa, remuneratoria, condicional, a término, etc.), incluso con efectos *post mortem*, lo que la haría ya irrevocable, aunque, desde luego, quedasen aplazados sus efectos hasta la muerte del donante. Y, justo, donde no se admitan los pactos sucesorios, podría utilizarse para que fuese la beneficiaria la viuda —que podría disponer sin necesitar el consentimiento de los hijos y herederos que recibirían la nuda propiedad.

Para sus diferencias con la *mortis causa*, no admitida en el CC español, hay que estar a la RDG de 25 de abril de 2022, en la que se admite la cláusula en que *«se somete a la condición suspensiva de que la donataria sobreviva al donante, de modo que, durante la pendencia de la condición, solo el donante será titular del derecho de usufructo vitalicio, que se ha reservado al hacer la donación pura del derecho de nuda propiedad»*, y en la que se podría haber reservado, también, la facultad de disposición, condicionada o no, a futuros eventos o asentimientos. Otro supuesto en que se retiene la facultad de consentir la disposición es el de la RDG 8 de junio de 2022, que contempla una cláusula que *«impone a los donatarios prohibición de disponer por actos inter vivos durante la vida de aquel y de su esposa, salvo autorización expresa del propio donante y de su esposa...»*. Son distintas la donación *inter vivos* con efectos *post mortem* (ya irrevocable, aunque la transmisión no se produzca hasta la muerte del donante) y la donación *mortis causa* (esencialmente revocable).

La configuración de la donación *mortis causa* se analiza en la STS de 7 de noviembre de 1979, aseverándose que, por su configuración e intrínseca revocabilidad, no puede reservarse la facultad de disposición pues está implícita en ser *mortis causa*. De la misma se dice, por esta STS, que le es esencial, al ser una liberalidad que se hace por temor o en previsión de la muerte (hay una “*contemplatio mortis*”), que el donante conserva el dominio de la cosa legada y no transmite de presente su titularidad, lo que conlleva el ser revocable, así como que solo producirá sus efectos y se perfeccionará con la muerte del donante, según ya proclamaban, en nuestro Derecho histórico, Las Partidas, en concreto, la Partida 5.^a, Título 4, Ley XI, al decir: “De las donaciones que hacen los hombres siendo enfermos, cuáles deben valer e cuales no”, precisaba que: “*A las veces hacen los hombres donaciones estando cuitados en enfermedades o teniendo otros peligros de que no cuidaban estorcer. E por esto queremos aquí hablar de tales donaciones. E decimos que la donación que hombre hace de su voluntad estando enfermo temiéndose de la muerte o de otro peligro que vale. Pero tal donación como ésta puede ser revocada de tres maneras. La primera es si se muere antes aquél a quien es hecha que el otro que la hizo. La segunda es si aquél que la hizo guarece de aquella enfermedad o estuerce de aquel peligro porque se movía a hacer la donación. La tercera es si se arrepiente antes que*

muera. Pues tal donación como ésta puede ser hecha por todo hombre que ha de poder hacer testamento. E débese hacer delante cinco testigos a lo menos. E aunque dijimos en el título de los testamentos que el hijo que está en poder del padre no puede hacer testamento, con todo eso bien puede hacer tal donación como ésta con otorgamiento de su padre, e será valedera. E sobre todo decimos que si el hombre hiciese donación por premia que le hiciesen o por miedo que hubiese que le matarían que tal donación como ésta que no valdría". En suma, son donaciones *mortis causa* las hechas en consideración al suceso de la muerte prevista, sin ánimo de perder el donante la cosa donada o de su libre disposición por lo que, además de su revocabilidad, su eficacia no se origina en vida del disponente y carecen de valor si no se manifiestan a través de alguno de los medios arbitrados para el otorgamiento de las disposiciones testamentarias, de manera que la donación *inter vivos* no dejará de serlo cuando la circunstancia de la muerte opera en el donante como motivo puramente subjetivo, pero sin incorporarse a la donación como causa.

La donación *mortis causa* está regulada, con dicha denominación, en el CC-Cat, arts. 432-1 a 432-5, su esencia está en la revocabilidad, por lo que no queda perfeccionada, al igual que en los legados, hasta la muerte del donante, aunque puede, frente a dichos legados, hacerse en negocio bilateral y aceptarse en vida; también se admite, la donación *mortis causa*, en el otro derecho español de gran tradición romanista, como es el navarro, Leyes 135 y 152 Fuero Nuevo de Navarra.

En la constitución *inter vivos*, puede ser por vía de *translatio*, transmitiéndoles el usufructo de disposición a terceros (sean viuda, hijos o extraños) y fijándoles claramente la facultades que integran el usufructo o, de contrario, facultándoles todas, excepto las expresamente excluidas; como puede igualmente ser por vía de *deductio*, o sea reteniendo todas las facultades incluso la de disposición, por lo que se transmite la más nuda propiedad; y, además, no es infrecuente que se utilice como vía de planificación sucesoria (sin incurrir en el pacto sucesorio, *cfr*: RDG de 29 de octubre de 2020), en todo caso, deben seguir siendo plenamente reconocibles la propiedad (aunque sea nuda propiedad latente y prácticamente con ninguna facultad de presente, pero no tampoco ninguna de futuro) y el usufructo, aunque dispositivo, como mero derecho real de goce.

La amplitud con que se ha admitido la reserva, e idéntico podría ser para la transmisión, de la reserva de la facultad disponer unida al usufructo, se contempla en las RRDG de 8 de agosto de 2019; 25 de septiembre de 2019 o de 8 de noviembre de 2019, en que se llega a admitir, en base a la teoría del *numerus apertus*, la posibilidad de donar la propiedad de unas fincas por el padre a la hija, y reteniendo el donante el usufructo y, además, "*el derecho a disponer de tal usufructo, por testamento, en favor de su esposa*", ningún obstáculo legal existiría

en que además de disponer del usufructo hubiese podido disponer de los bienes concretos. En todo caso, lo que no cabe, directa ni indirectamente, es configurar una sucesión anticipada que dé lugar a un pacto sucesorio, ni tampoco una reserva de disponer a favor de uno mismo cuando se ha transmitido la facultad de disponer, pues ello supondría admitir la revocación de la donación por la libre voluntad del donante, *cf.* RDG de 27 de marzo de 2019.

En materia de dar y retener hay múltiple doctrina, que escapa en esencia a nuestro interés, pero, desde luego, sí debe aseverarse que la interpretación del brocardo, de origen francés, de que “dar y retener no puede ser (*donner et retenir ne vaut*)”, hoy está superado en su sentido literal, salvo que se lleve al extremo de nada transmitir, ni de presente ni de futuro al donatario.

La *constitución onerosa* también es posible, pues no se trata de establecer ninguna prohibición al donatario sino de únicamente transmitirle unas concretas facultades y en unas concretas condiciones, pero justo por ser onerosa no puede contener ni directa ni indirectamente ninguna prohibición de la facultad de disponer, y, desde luego, puede pagarse un precio por la transmisión del usufructo de disposición. Su posibilidad es defendida por CARPIO MATEOS (1992, 3885-3895), se funda en que, constituirla a título oneroso, es transmitir unas concretas facultades a cambio de una concreta contraprestación, y, por ello, como bien se ha dicho por MONTÉS PENADÉS (1980, 67), al usufructo de disposición siempre le faltará, frente a la propiedad, la nota de “ilimitación”, en el sentido de que si fuese propietario tendría las máximas y plenas facultades concebibles en cada momento, mientras que el usufructuario de disposición tendrá, siempre y en cualquier momento, únicamente las facultades que expresamente se le atribuyen en el título constitutivo, que, efectivamente, es constitutivo y configurador de su contenido.

La *constitución por vía sucesoria* será siempre, para el usufructuario, como legado; y, por el contrario, el nudo propietario, por restringidas que tenga sus facultades, será heredero. La ya antigua STS de 19 de noviembre de 1898 precisaba que el usufructo con facultad de disponer *no autoriza para disponer mortis causa*, tampoco lo admite la STSJC de 23 de noviembre de 2020. El usufructo aun con facultad de disponer *sigue siendo usufructo*. Si se le facultase para disponer *mortis causa* de los bienes usufructuados, al usufructuario de disposición, se saldrá automáticamente de esta figura, para convertirlo en un auténtico propietario, dado que al nudo propietario se le privaría incluso de futuro de llegar a adquirir, y sucedería al modo de como sucede con el fideicomiso de residuo y la sustitución preventiva de residuo (para la donación sujeta a fideicomiso de residuo, *cf.* RDG de 6 de septiembre de 2022).

La interpretación del usufructo de disposición no tiene que ser restrictiva, sino teleológica o finalista, para alcanzar el fin pretendido o deducible de su

constitución, pero, desde luego, dado que la propiedad se presume libre, y es lo que es la nuda propiedad, no puede tener más gravamen que el estrictamente constituido. No hay prohibición de concretas facultades, cuando solo se transmiten algunas por un precio, por tanto, no se contraviene ninguna prohibición o limitación aunque sea onerosa su constitución, ni cabe argumentar, *a simile*, que las prohibiciones solo caben en los actos *mortis causa* o gratuitos, ya que aquí no se le recortan o limitan al propietario, sino que lo que hay es que solo retiene algunas por transmitir otras, unido a que —como ya se ha anticipado— sí pueden transmitirse facultades concretas.

III.2. CONFIGURACIÓN DE LA FACULTAD DE DISPOSICIÓN: CASO DE NECESIDAD, CASOS CONCRETOS, CON LIBRE DISPOSICIÓN Y CON O SIN ASENTIMIENTO, ASISTENCIA O NOTIFICACIÓN A AJENOS

Lo que se pretende considerar en este apartado es cómo configurar y poder ejercitar la facultad dispositiva que se concede al usufructuario, y serlo en sus más habituales manifestaciones, aunque la teoría del *numerus apertus*, y la dicción de los arts. 467 *in fine* y 469 CC, permita una cuasi inacabable posibilidad de configuración, aunque lo más habitual es que sea para caso de necesidad, para casos concretos —sea especificándolos o excluyendo algunos concretos (así, también, MUSOLINO, 2005, 53-86)— o con libre disposición, y todos ellos con la posibilidad de sujetarlos, si es voluntad del constituyente, a la asistencia o el asentimiento de terceros o del nudo propietario, o, también, incluso a mera notificación fehaciente (a cualquiera de estos), en que bastaría acreditar la fehaciencia de la notificación, siendo irrelevante la voluntad del notificado, que a lo más podrá intentar reconducir la voluntad del disponente, pero sin que éste quede obligado a oír o seguir los consejos.

La función en estas tres posibilidades es la siguiente, así:

- a. *La mera notificación*, en que, como se acaba de anticipar, la notificación —recibida y acreditada que se recibió— en sí misma agota su función y eficacia, pues basta acreditar que la recibió el notificado, dado que cualquiera que pudiera ser su opinión, respecto del acto dispositivo, este se va a poder realizar, al margen de que pueda intentar influir en el disponente;
- b. *El asentimiento*, aquí sí, se requiere que se asienta al acto dispositivo, aunque la iniciativa no es suya, sino del disponente; y,
- c. *La asistencia*, en que, como ya se ha dicho por SANTOS (1999, 23-28), es requisito legal imprescindible para la plena validez del negocio dispositivo (como los anteriores); pero, desde luego, se puede disponer eficazmente disintiendo de lo que considere conveniente el asistente, y al

que, desde luego, tampoco le corresponde la iniciativa para disponer, ni puede impedirla, pues su función comienza y acaba en asentir, al margen de que sea a favor o en contra.

La falta de notificación, sin necesidad de que opine el notificado, pero sí de que transcurra el plazo para poderlo hacer; como la falta de asentimiento (a favor necesariamente) o de la asistencia (sea a favor o en contra), determina la anulabilidad del acto dispositivo. Entiendo que les es trasladable la doctrina de la STS 2/2018, de 18 de enero de 2018, cuando afirma, literalmente, que: “*La teoría de las nulidades de los contratos se caracteriza en la doctrina y la jurisprudencia actuales por un análisis funcional de los regímenes de invalidez que tiene en cuenta la finalidad de las normas y los intereses en juego*”.

Lo que se acaba de indicar es lo hoy vigente, sin faltar algún pronunciamiento jurisprudencial previo —cuya doctrina ya no puede mantenerse— en que, *frente a la anulabilidad, se inclinaba por el negocio incompleto*, así la STS 8 de julio de 2010 (discrepando de las previas SSTS de 23 de diciembre de 1997 y 3 de marzo de 2006, que se inclinaron —como en la actualidad— por la anulabilidad), y en la misma línea ya superada, previamente, la STS de 22 de abril de 2010, que declara la nulidad (sanable) del acto dispositivo, al precisar que “debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 1259 CC, porque la autorización judicial [otro tanto cabría decir de la falta de asentimiento] para la realización del acto por el representante legal cuando la ley lo requiera tiene naturaleza imperativa en el Código y no es un simple complemento del acto a realizar”. Si bien, se matizaba que estamos ante un negocio incompleto, no es, pues, radicalmente nulo sino ineficaz, mientras no sea ratificado (art. 1259 CC); frente a esto, se requiere la confirmación cuando es anulable, art. 1310 CC; con, cabe afirmar, sus diferentes efectos retroactivos (*ex nunc* en la ratificación y *ex tunc* o desde la celebración en la confirmación) en cuanto a la eficacia del acto y sus consecuencias respecto de terceros (analiza la situación de estos terceros afectados y la de los terceros adquirentes, CASTILLO MARTÍNEZ, 2000, 383-384, con cita de la STS de 2 julio de 1991 y las centenarias RRDG de 11 de octubre de 1920 y 20 de octubre de 1926).

En esta misma línea, de distinciones y eficacia, se pronuncia la doctrina italiana, TORRENTE Y SCHLESINGER (1995, 213), cuando habla de “*consiglio o assistenza*”, que como tal consiste en el auxilio prestado a la actividad jurídica ajena; y este auxilio o consejo sobre la conveniencia o necesidad de realizar cierto acto, que una persona da a otra, queda naturalmente, desde el punto de vista jurídico, como algo extraño al acto dispositivo, por tanto, sin influir en su validez, aunque si se tratase de un auténtico y verdadero “*consulente*” respondería y quedaría obligado en virtud de la relación jurídica de consejo (por parte de quien se reputa con autoridad moral sobre el que debe actuar o realizar el acto jurídico).

Tras esta previa introducción procede examinar los supuestos más concretos y habituales, de facultad de disposición en caso de necesidad, de libre disposición y con o sin asentimiento de nudo propietario o de terceros.

III.3. FACULTAD DE DISPOSICIÓN SOLO PARA CASO DE NECESIDAD O URGENCIA

No es infrecuente, sobre todo cuando se quiere que ya al abrirse la sucesión estén —al momento— diferenciados usufructuario y nudo propietario, que se atribuya al cónyuge sobreviviente la facultad de disposición, que puede ser limitada a los casos de necesidad, a fin y efecto que ya pueda disponer cuando lo necesite, sin tener que obtener el asentimiento o beneplácito de los nudos propietarios, aunque suelen ser, de ordinario, los hijos, comunes o no a ambos cónyuges. Lo más debatido de esta figura ha sido, aunque ya superada la discusión, si para disponer se necesita de previa justificación de la necesidad, que, desde luego, puede establecerse que así sea, aunque no es lo frecuente, como puede ser designando quién la debe apreciar. En todo caso, la simple expresión de que podrá disponer en caso de necesidad no exige dicha previa acreditación de la necesidad, sin perjuicio de que los perjudicados puedan impugnar el acto dispositivo, por fraudulento, abusivo o doloso, según corresponda, estudia críticamente la jurisprudencia, para el caso de posible abuso de derecho, PINAGLIA-VILLALÓN (2016, 99-112).

Al efecto, la DGR de 22 de marzo de 2011, con cita de otra de 11 de julio de 2003, manifiesta expresamente que: *«la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de este Centro directivo, al tratar de esta facultad de disposición en caso de necesidad, tanto en el usufructo de disposición, como en la reserva de la facultad de disponer y en el fideicomiso de residuo han declarado [...] que la situación de necesidad a que queda supeditada la facultad de disponer es algo que queda al margen de la calificación del Registrador si dicha reserva no se sujetó a necesidad de justificación, no pudiendo exigirse tal justificación, que queda a la apreciación del heredero, sin otras limitaciones que las del dolo o el abuso, que tendrán que ser objeto de las acciones correspondientes y que dentro del recurso gubernativo no es posible recoger ni ventilar»*. Y en el mismo sentido, la Resolución de 30 de abril de 1999 señaló que *«La situación de necesidad a que queda supeditado el uso de tal facultad, es algo cuya apreciación queda al margen de la calificación del Registrador dados los términos en que se realizó dicha reserva, sin sujetarla a condición o necesidad de justificación alguna (cfr. Resoluciones de 29 de octubre de 1868, 15 de noviembre de 1876, 21 de agosto de 1894, 21 de marzo de 1901 y 19 de diciembre de 1905), sin perjuicio de la posibilidad de la impugnación judicial del acto de disposición por quien, en su caso, corresponda»*.

El dejar la apreciación de la necesidad a la conciencia del usufructuario de disposición no es sino una subjetivación del hecho de la necesidad, y, en suma, como consecuencia, un desplazamiento de la carga de la prueba al impugnante, y, desde luego, la de facilitar la disposición, que podría devenir en casi imposible, así, si se tuviese que probar la necesidad y, además, el hecho de carecer de recursos propios. Cosa distinta será la posible discusión sobre si debe disponer antes de sus bienes o de los usufructuados, que por no ser propios debe entenderse que deben ser los últimos, salvo que los propios sean de difícil o costosa realización, y, desde luego, cuando se dispone de los ajenos, respecto de estos ajenos sí jugará la subrogación real a favor de los nudos propietarios, ya que lo no consumido es indiscutible que no lo ha necesitado.

Entre la múltiple jurisprudencia que ha tratado sobre la disposición en caso de necesidad, cabe citar las siguientes sentencias, así: STS de 17 de mayo de 1962, en que sólo a la usufructuaria corresponde apreciar; STS de 9 de diciembre de 1970, en que no se tiene que justificar ante nadie, basta con que el usufructuario lo manifieste; STS de 23 de noviembre de 1971, en que simplemente dice que no se tiene que justificar ante nadie; STS de 9 de octubre de 1986, en que basta alegarla, pero no exige ni prueba, ni necesidad de justificación alguna; STS de 4 de mayo de 1987, en que deja la apreciación de la necesidad “a la conciencia” del usufructuario, o, finalmente, STS de 2 de julio de 1991, en que lo deja al solo juicio del usufructuario.

III.4. EJERCICIO EXTRALIMITADO, DOLOSO O ABUSIVO, EN LAS FACULTADES DISPOSITIVAS POR EL USUFRUCTUARIO DE DISPOSICIÓN, INCLUSO CUANDO ES DE LIBRE DISPOSICIÓN

El usufructo de disposición al libre arbitrio del usufructuario es de viejo arraigo en el derecho español, así ya, la casi centenaria RDG de 7 de noviembre de 1927, hablaba del *reconocimiento de ser una institución habitual antes del CC, en las Leyes de Toro*. Se trata, en concreto, de un supuesto que se adjudica el usufructo “con las condiciones impuestas por el testador, o sea con la autorización de poder disponer de la mitad del tercio y quinto a favor de sus hijos y descendientes”, aunque posteriormente, al fallecer sus demás hermanos llamados en la herencia, sin dejar descendencia, hace una manifestación de bienes e inscribe las fincas a su favor “en dominio” con la sujeción a las condiciones impuestas por el testador; al efecto, precisa la DGRN que se han concentrado todas las facultades de disposición en la única heredera sobreviviente, “con la fórmula de que su derecho de dominio quedaba únicamente sujeto “a las condiciones aún posibles de cumplimiento establecidas por el causante”, frase que no se refiere a un usufructo con facultad de disponer a favor de los hijos, sino a “la plena propiedad limitada por la prohibición de disponer, si los tuviere, a favor de otras personas”.

La STS de 17 de mayo de 1962 determina que “standard” debe tenerse en cuenta para poder vender, que no es lo mismo que enajenar. En el supuesto concreto se trata de un usufructo con “facultad para vender bienes si los necesita para su decorosa subsistencia, que a ella sólo corresponde apreciar”. También resulta de interés la STS de 31 de octubre de 1903, en cuanto afirma en un supuesto de usufructo con *facultad de disponer en caso de necesidad, con necesario consentimiento de una tercera persona*, que no se pierden los derechos que nacen del usufructo por abuso y reconoce que sólo puede pedirse el secuestro o depósito de los frutos. Se refiere al Digesto leyes 1.ª, párrafos 6.º y 12.º, título 9.º, libro 7.º y ley 13, título 1.º, libro 7.º, y, en concreto, Considerando segundo, le permite tomar posesión aun sin prestar caución, pues lo contrario sería privarle de la facultad de disposición.

El ejercicio de la facultad dispositiva puede ser, y son supuestos distintos, extralimitada (falta de legitimación suficiente), dolosa o abusiva (sí tiene legitimación, pero no la ejerce rectamente), no solo en el caso de necesidad, sino, también, cuando es de libre disposición, pues como no es propietario sino mero usufructuario, aunque tenga la facultad dispositiva, es necesario que no se haga con la simple finalidad de perjudicar a los nudo propietarios, así disponiendo en visperas de fallecer, o como mero acto de emulación. La acreditación será diferente en los tres supuestos, y, desde luego, no puede presumirse el carácter abusivo, fraudulento o de mala fe de la disposición hecha, en caso de necesidad, por la usufructuaria.

Al efecto, por su amplia cita jurisprudencial y deslinde de concepto, interesa la STS de 6 de abril de 2006 que comienza afirmando que *“el ejercicio de los derechos tiene en todo caso los límites proclamados en el artículo 7 del Código Civil y por lo tanto está afectado por la prohibición del abuso, es permitido que el nudo propietario impugne la disposición hecha con mala fe o simulando una necesidad inexistente —sentencias de 3 de julio de 1957 y 24 de febrero de 1959—, en el bien entendido que la prueba de la extralimitación o de la mala fe, como hecho constitutivo de la acción, corresponderá a quien alegue la conducta abusiva del usufructuario, que es asimismo la solución adoptada por algún ordenamiento foral, según puede verse en la Ley 152 del Fuero de Navarra”, y, además, asevera, que “la de 3 de marzo de 2000 resume en forma muy completa la doctrina jurisprudencial en estos términos: “Resulta evidente que la cláusula testamentaria litigiosa recoge un supuesto normal de usufructo de disposición, figura jurídica borrosa (Res. D.G. 6 de diciembre de 1929), discutida y discutible (un sector doctrinal sigue negando su posibilidad dogmática y legal, e incluso que sea necesaria), que se caracteriza por facultar al usufructuario para enajenar entre vivos los bienes objeto del usufructo en caso de necesidad, de tal modo que si no se ejercita total o parcialmente el derecho de disposición, una*

vez extinguido el usufructo se entregan a las personas que habían ostentado la nuda propiedad, y consolidado el dominio pleno por virtud de dicha extinción, los bienes de que no se dispuso. La Jurisprudencia (SS., entre otras, 22 marzo 1890, 19 noviembre 1898, 10 julio 1903, 14 abril 1905, 1 octubre 1919, 5 marzo 1926, 1 febrero 1927, 9 junio 1948, 28 mayo 1954, 24 febrero 1959, 19 enero y 17 mayo 1962, 9 diciembre 1970, 14 octubre y 23 noviembre 1971, 9 octubre 1986, 4 mayo 1987, 2 julio 1991) y la doctrina de la Dirección General de los Registros (Resoluciones, entre otras, de 23 julio 1905, 29 noviembre 1911, 12 enero 1917, 22 febrero 1933, 9 marzo 1942, 8 febrero 1950) vienen reconociendo la posibilidad jurídica del usufructo de disposición, o con facultad de disposición, que suele suscitar numerosas cuestiones (diferencias con el fideicomiso de residuo; condición de heredero o de legatario; simulación, etc.), si bien en el presente juicio el problema se limita a la apreciación de la “necesidad”. La redacción de la cláusula es similar a la de otros casos (que solo a la usufructuaria corresponde apreciar, en S. 17 mayo 1962 ; sin que tenga que justificarla ante nadie, basta solo que el usufructuario lo manifieste, en S. 9 diciembre 1970 ; sin que tenga que justificar ante nadie dicha necesidad, en S. 23 noviembre 1971 ; bastando alegarla, sin prueba, ni justificación alguna, en S. 9 octubre 1986) y sensiblemente igual a las contempladas en la Resolución de 22 de febrero de 1933 y Sentencia 4 mayo 1987 (en que se deja la apreciación “a la conciencia”) y Sentencia 2 julio 1991 (“a su solo juicio”). Esta remisión a la conciencia, al margen en cualquier caso de la hermenéutica testamentaria del supuesto concreto, podría acaso interpretarse sobre la base de distinguir entre la creación de la situación de necesidad (con amplia libertad) y su real existencia dentro de dicha situación (que ha de probarse). De cualquiera manera que sea, lo que no cabe entender es que se pueda operar como si no hubiera la exigencia de la necesidad. Esta es una restricción o limitación ineluctable (Ss. 9 octubre 1986, 4 mayo 1987, 2 julio 1991). La Jurisprudencia se ha inclinado por entender que la denuncia del acto dispositivo por falta de necesidad puede operar, aparte de las hipótesis de simulación, por la vía del ejercicio abusivo del derecho (art. 7 C.C.) o del dolo o mala fe, de tal manera que, si falta la causa jurídica lícita (de la necesidad), se produce una burla antijurídica de los legítimos intereses de los nudos propietarios. Y en esta línea se atribuye la carga de la prueba, como hecho constitutivo de la acción, y porque además de otro modo “supondría imponerle una restricción con la que el causante no ha querido gravarle” (S. 9 octubre 1986), a los nudos propietarios, doctrina general que no obsta a matizaciones en relación con las hipótesis singulares”.

De esta misma posibilidad fraudulenta también se han ocupado la STSJ de 22 de septiembre de 2003, al tratar de la posible creación del estado de necesidad, y, al efecto, utiliza como argumento para poder impugnar que previamente

había dispuesto gratuitamente de sus bienes a favor de su hija, a lo que cabe preguntarse si ¿puede desprenderse de esto que previamente debe consumir sus bienes?, a lo que entiendo debe responderse afirmativamente, salvo que sean de difícil realización y se necesite hacer la disposición (caso de una operación quirúrgica urgente o rehabilitación de un inmueble); en cualquier caso, nada deberá probarse al disponerse, otra cosa será la justificación de la disposición si se impugna por los posibles perjudicados, o que en sí misma ya sea contradictoria o abusiva.

En esta línea, conforme a la STS de 3 de marzo de 2000, la creación de forma voluntaria de la necesidad puede llevar a que la realización del acto dispositivo se considere como un abuso de derecho, pero no creo que se dé el abuso cuando se ha realizado venta, inversiones ruinosas o incluso alguna donación aislada, al margen de que, en la donación, sí debería evaluarse la posibilidad de revocar la donación antes que disponer, o incluso ejercitar cuantas acciones le correspondan antes que enajenar, pero la urgencia será la vara de medir.

IV. NOTA MÍNIMA SOBRE LA UTILIDAD DEL USUFRUCTO DE DISPOSICIÓN PARA INCORPORAR EL *TRUST*

El usufructo de disposición también puede servir para, faltando la *equity* en el *civil law*, incorporar la institución del *trust* a los sistemas jurídicos ajenos al *common law*; y ello es así dado que es factible alcanzar finalidades prácticas equivalentes a la propiedad temporal, como, también, otras propias del *trust*, consecuencia de la múltiple configuración que puede dársele al usufructo de disposición. Así, el usufructo (incluso de disposición), puede ser sucesivo, temporal o condicional, de igual forma que estos elementos accesorios pueden aponerse solo al usufructo o la disposición, o en ambos casos; igual que puede configurarse al usufructuario como mero administrador, con amplia o escasa facultad de disposición, fijando los supuestos dispositivos, dejándolo a su libre voluntad, o, como se ha anticipado, sujetándolo a notificaciones, asentimientos o simple asistencia, al igual que modulando la subrogación real; en todo caso, lo que sí tendrá que haber es nudo propietario o *beneficiary*, como sostiene GÓMEZ PÉREZ (2013, 3761-3800), que realiza un detenido estudio de las dificultades para su incorporación al *civil law*, y la utilidad que podría prestar el usufructo de disposición, aunque se resiste a que su mejor posición sea la del *trustee*.

Desde la óptica del *civil law*, pero referido al ordenamiento escocés, lo estudia CATERINA (2000, 52-54), bajo el epígrafe “*Il liferent fra usufructo e proprietà temporanea*”), para afirmar que hacia finales del XIX se tendía a la confusión entre usufructo y *liferent*; sin embargo, en la actualidad es opinión

dominante que el *liferent* no es un *ius in re aliena* sino un *estate* independiente, en el que el “*liferenter* come un ‘*interim dominus, or proprietor for life*’ [cita que toma de WALKER, 1983, 148] impedisce di riconoscere l’equivalenza con l’usufrutto romano”. Aunque negada, actualmente, la identificación entre *liferent* y usufructo, no obstante, la definición no se ha cambiado; dicho cambio de identificación sin cambiar la definición es posible, pues, aunque es históricamente defendible, la distinción entre usufructo (singularmente de libre disposición) y propiedad temporal, sin embargo, en el orden práctico es estéril la diferenciación.

V. CONCLUSIONES

La vigencia e interés del usufructo de disposición, en cualquiera de sus modalidades, aparece notoria (como resulta del cotejo de doctrina y jurisprudencia que lo examina), e incluso —fiscalmente— en lo que es la facultad de disposición frente al fideicomiso de residuo, del que, por otra parte, se diferencia radicalmente, en el que el usufructuario de disposición por amplias que sean sus facultades siempre será un simple titular de un derecho real de goce, y el fiduciario —por nimias que sean las suyas— siempre será un propietario.

La facultad de disposición debe considerarse como la emanación extrema de la facultad de goce, singularmente en el usufructo de cosas consumibles, por ello, y aunque, todavía, no es la postura dominante, el usufructuario, cualquiera que sea su modalidad dispositiva, así como los bienes sobre los que recaiga, solo puede ser titular de un derecho real de goce, pues no pocas veces se confunde la gestión, singularmente en el usufructo de dinero o de fondos de inversión, o en el establecimiento mercantil, con lo que es la facultad de disposición.

La facultad dispositiva siempre tiene que estar ordenada teleológicamente a un fin o resultado, no a su libre arbitrio (incluso aunque sea usufructo de libre disposición), como si la tiene el propietario. Y, desde luego, siempre, en cuanto incide en la facultad y no en quién sea su titular, con las limitaciones y límites propios del ejercicio de cualquier derecho subjetivo. Ejercicio que puede implicar que las exigencias derivadas de la función social de la propiedad puedan exigirse no al nudo propietario, sino al usufructuario de disposición, sí él es el que puede arrendar, ceder, etc.

La facultad de disposición lo que nunca puede conllevar es la de disposición *mortis causa*, dado que siempre tiene que ser reconocible como un mero derecho real, y esto, desde luego, lo convertiría en propietario, al privarle de cualquier facultad al nudo propietario, incluso de futuro. Es exigencia estructural que el nudo propietario, que siempre tiene que existir, aunque no esté todavía determinado, pueda en un momento futuro, que puede derivar incluso de la vida de un tercero ya nacido, recuperar la plenitud de facultades de todo propietario.

El usufructuario de disposición nunca estará en comunidad o condominio con el nudo propietario, por la distinta naturaleza de sus derechos, por ello ni cabe el retracto de comuneros, ni la acción de división, ni procede el retracto — incluso de colindantes— hasta que no disponga, pues cuando se constituye solo hay constitución de un derecho real limitado, no transmisión de la propiedad.

El usufructuario de disposición, cualquiera que sea su modalidad, siempre es titular de un mero derecho real limitado de goce (al que puede yuxtaponérsele la facultad de disposición, o incluso derivar esta del goce mismo de las cosas consumibles), por tanto, solo podrá ser legatario, y, en consecuencia, ni forma parte de la comunidad hereditaria, ni puede intervenir en la partición, ni puede liquidar los gananciales, ni puede exigírsele que pague las legítimas, ni puede servir para pagarlas, pues se vulneraría —dado que un gravamen es lo que es siempre— la intangibilidad cualitativa de la legítima.

ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

- STS de 24 de octubre de 1860
- STS de 7 de marzo de 1876
- STS de 22 de marzo de 1890
- STS de 31 de octubre de 1903
- STS de 14 de abril de 1905
- STS de 29 de noviembre de 1911
- STS de 9 de octubre de 1986
- STS de 20 de julio de 1989
- STS de 2 de julio de 1991
- STS de 3 de febrero de 1999
- STS de 6 de abril de 2006
- STS de 26 de mayo de 2014
- STS de 27 de noviembre de 2016
- STS de 18 de enero de 2018
- STS de 10 de mayo de 2019
- STSJC de 22 de septiembre de 2003
- STSJC de 24 de abril de 2006
- STSJC de 23 de noviembre de 2020
- SAT Pamplona, de 11 de marzo de 1971
- SAP Barcelona, secc. 1.^a, de 14 de junio de 2017
- SAP Madrid, de 15 de julio de 2019
- RDG de 1 de diciembre de 1896
- RDG de 8 de julio de 1912

- RDG de 11 de octubre de 1920
- RDG de 20 de octubre de 1926
- RDG de 24 de enero de 1963
- RDG de 19 de abril de 1963
- RDG de 31 de enero de 1979
- RDG de 2 de diciembre de 1986
- RDG de 5 de febrero de 1988
- RDG de 17 de mayo de 2002
- RDG de 19 de noviembre de 2009
- RDG de 22 de agosto de 2011
- RDG de 21 de diciembre de 2011
- RDG de 6 de junio de 2012
- RDG de 28 de noviembre de 2012
- RDG de 20 de febrero de 2017
- RDG de 18 de abril de 2018
- RDG de 8 de noviembre de 2018
- RDG de 27 de marzo de 2019
- RDG de 8 de noviembre de 2019
- RDG de 26 de noviembre de 2019
- RDG de 29 de octubre de 2020
- RDG de 25 de abril de 2022
- RDG de 25 de marzo de 2025
- Resolución de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas JUS/3040/2012, de 28 de noviembre de 2011

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M. (2007), El cuasiusufructo. *Actualidad civil*, núm. 15, 1731-1737.
- ANDRÉS SANTOS, F.J. (1997). *Subrogación real y patrimonios especiales en el Derecho romano clásico*. Valladolid: Publicaciones de la Universidad de Valladolid.
- ATIAS, Ch. (2005), *Droit civil. Les biens*, 8.^a ed., Paris: Litec.
- BARBERO, D. (1939). Il quasi-usufrutto ed il quasi-uso. *Rivista di Diritto Civile*, núm. 18, 208-227.
- CABEZUELO ARENAS, A.L. (2002). *Diversas formas de canalización de la cautela socini*. Valencia: Tirant lo blanch.
- CARPIO MATEOS, F. (1992). Usufructo con facultad de disponer, constituido en acto a título oneroso. *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado*, núm. 144, 3885-3895.
- CARRASCO PERERA, A. (1987). Usufructo de disposición en caso de necesidad exenta de justificación (Comentario a la Sentencia de 4 de mayo de 1987). *Poder Judicial*, núm. 7, 127-133.

- CASTILLO DE SOTOMAYOR, I. (1604). *Tractatvs de vsufructu*, Francoforti: Typographica Wolffgangi Richteri, disponible en: <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=n-jp.32101080071101&seq=10>
- CATERINA, R. (2000). *I diritti sulle cose limitati nel tempo*. Milano: Giuffrè.
- CASTILLO LÓPEZ DE MEDRANO-VILLAR, I.J. (2022). La donación mortis causa. En: P.M.^a Estellés Peralta (dir.), *Dolencias del Derecho civil de sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código civil español*. Valencia: Tirant lo blanch (pp. 505-527).
- CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C. (2000). Notas sobre el usufructo con facultad de disponer en la jurisprudencia del Tribunal Supremos. En: R. Herrera Campos (ed.), *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, Vol. 1. Almería: Universidad de Almería-Universidad de Granada-Universidad de Jaén (pp. 363-385).
- CORNU, G. (2005). *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 12 ed. Paris: Montchrestien.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1949/1984). *Derecho civil de España*. Madrid: Civitas
- DE COSSÍO Y CORRAL, A. (1956). La nuda propiedad. *ADC*, núm. 9, 739-770, disponible en <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/view/2939>
- (1972/1981). Dictamen número 22. Dictamen acerca de la validez de unas enajenaciones realizadas sobre los bienes de la herencia del marido, pesando sobre aquellos un gravamen de residuo. En: *Dictámenes Civiles*, Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla (pp. 335-347).
- DE SIMONE, M. (1956). *Los negocios irregulares*, F. J. Osset (trad.), apéndice de Derecho español por J. M. Castán Vázquez. Madrid: Edersa.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2022). Usufructo testamentario de disponer en caso de necesidad apreciada según conciencia. En: P.M.^a Estellés Peralta (dir.), *Dolencias del Derecho civil de sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código civil español*. Valencia: Tirant lo blanch (pp. 471-503).
- DEL CARPIO FIESTAS, V. (2009). Usufructo de dinero, usufructo viudal y legítima de los descendientes. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 713, 1103-1157.
- DENIZOT, A. (2008). Cass. civ. 1re, 20 février 2008. *Petites affiches*, núm.153, 23-25.
- DOCKÉS, E. (1995). Essai sur la notion d'usufruit. *Revue trimestrielle de droit civil*, núm. 3, 479-507.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2000). La reserva de la facultad de disponer en la donación y la reversión de bienes del donante. A propósito de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de julio de 1998. En: R. Herrera Campos (ed.), *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, Vol. 1. Almería: Universidad de Almería-Universidad de Granada-Universidad de Jaén (pp. 475-496).
- FOLLÍA CAMPS, R. (2009). Els trest fonamentals del Dret successori català actual. *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 99-130.
- GACTO FERNÁNDEZ, E. (1975). *La condición jurídica del cónyuge viudo en el Derecho visigótico y en los Fueros de León y Castilla*. Sevilla: Universidad de Sevilla.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. (1999). La transmisibilidad de los derechos reales de uso y habitación. (Análisis de los artículos 523 y 525 del Código Civil). *Anales de derecho*, núm. 17, 85-123, disponible en: <https://digitum.um.es/digitum/handle/10201/8503>

- FUENTESECA DEGENEFFE, C. (2020). *La transmisibilidad del derecho de usufructo*. Madrid: Reus.
- GARRIDO MELERO, M. (2000). *Derecho de sucesiones. Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código civil y del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña*. Madrid [et al.]: Marcial Pons.
- GIL RODRÍGUEZ, J. (2007). Sentencia de 6 de marzo de 2006 – Usufructo testamentario con facultad de disponer en caso de necesidad. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 74, 725-749.
- GÓMEZ PÉREZ, A.C. (2013). Revisión de las principales doctrinas civilistas que impiden la incorporación del *trust* en España. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 740, 3761-3800.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2008). El usufructo con facultad de disposición: Estudio de sus caracteres especiales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 709, 2181-2187.
- GUTIÉRREZ JEREZ, L.J. (1999). *El legado de usufructo en el Derecho civil común*. Valencia: Tirant lo blanch.
- IEVA, M. (1998). Retroattività reale dell'azione di riduzione e tutela dell'avente causa dal donatario tra presente e futuro. En: N. Lipari et al. (eds.), *Studi in onore di Pietro Rescigno*, T. II – Diritto privato, Vol. I, Persone, famiglia, successioni e proprietà. Milano: Giuffrè (pp. 399-415).
- JORDANO BAREA, J.B. (1957). “Pseudousufructo testamentario” y sustitución fideicomisaria. *Anuario de Derecho Civil*, núm. 2, 1173-1184, disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1957-40117301184.
- KOHLER, J. (1886). Der Dispositionsnießbrauch. *Iherings Jahrbücher (DogmJ)*, núm. 24, 187-328.
- KUHN, C. (2011). La nue-propriété, une propriété obligée (Cass. 1re civ., 12 janv. 2011. *Petites Affiches*, núm. 156, 8-9.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (1985). Condición universal o particular de la sucesión en el usufructo de la herencia. En: *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*. Madrid: Centro de Estudios Hipotecarios (pp. 267-287).
- LAMARCA MARQUÈS, A. (2008). Código civil alemán. *Bürgerliches Gesetzbuch*. Madrid [et al.], Marcial Pons.
- LECIÑENA IBARRA, A. (2016). Capítulo 3. Excepciones a la regla *salva rerum substantia* en el marco del artículo 467 CC. En: A. Leciñena Ibarra (coord.), *Tratado de usufructo*. Las Rozas: La Ley (pp. 123-182).
- LOTTI, B. (1999). *Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte*, tesis doctoral defendida en la Université Paris-Sud (Paris XI), disponible en: <https://ubs.hal.science/tel-01327264/document>
- MALAUURIE, Ph. (2008). Legs de residuo et l'exclusion de la subrogation réelle. *Petites affiches*, núm. 140, 1-11.
- MEDINA ALCOZ, M. (2024). A vueltas con la naturaleza jurídica del usufructo de cosas consumibles o cuasiusufructo. *Revista Bolivariana de Derecho*, núm. 38, 196-225, disponible en: <https://idibe.org/doctrina/vueltas-la-naturaleza-juridica-del-usufructo-cosas-consumibles-cuasiusufructo>

- MELGUIZO GARDE, M. (2006). Economías de opción en la constitución a título gratuito inter vivos de un usufructo. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 279, 61–116. <https://doi.org/10.51302/rcyt.2006.8169>
- MERINO JARA, I. (2001). *Impuesto de Sucesiones y Donaciones. Problemas actuales*. Elcano: Aranzadi.
- MIQUEL SALA, R. (2009). La comunidad de uso entre usufructuario de cuota y un único propietario en el Código civil, el BGB y el Codi civil de Catalunya. Una aproximación. *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, 1109-1147, disponible en: <https://revistas.mjjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/view/3632>
- MOLLÁ NEBOT, M.^a A. (2004). Usufructo de bienes consumibles. Observaciones sobre la pretendida propiedad del usufructuario. *Revista General de Derecho Romano* [En línea], núm. 2, 2-10, disponible en https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=402842&d=1
- MURIEDAS MAZORRA, G. (1993). Sustituciones y fideicomisos en el Impuesto sobre sucesiones. En: *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, T. II. Santander: Universidad de Cantabria. Facultad de Derecho (pp. 227-254).
- MONTÉS PENADÉS, V.L. (1980). *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo (Un estudio evolutivo desde el Código civil hasta la Constitución de 1978)*. Madrid: Civitas.
- MURILLO VILLAR, H. (2022). Perspectiva histórica de la elasticidad del principio salva rerum substantia. *RIDROM: Revista Internacional de Derecho Romano* [En línea], núm. 29, 36-77, disponible en: <https://investigacion.ubu.es/documentos/6386b04050a09d3f4c089029>
- MUSOLINO, G. (2005). Poteri di disposizione dell'usufruttuario e locazione del bene concesso in usufrutto. *Rivista di diritto civile*, núm. 1, 53-86.
- NAVAS NAVARRO, S. (2009). Constitución de derechos reales limitados en cosa propia. En: F. Badosa Coll y M.^a C. Gete-Alonso Calera (dirs.), *La adquisición y la transmisión de derechos reales. Estudio del derecho catalán y de otros sistemas jurídicos*. Madrid [et al.]: Marcial Pons (pp. 353-363).
- NIETO ALONSO, A. (2014). *Sustitución fideicomisaria de residuo, usufructo testamentario de disposición y donación: la atribución de facultades dispositivas y la repercusión de la situación de necesidad*. Las Rozas (Madrid): Wolters Kluwer España.
- ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A. (1996). La intransmisibilidad del usufructo en Derecho romano y el artículo 480 del Código civil. En: J.L. Iglesias Prada (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Tomo IV. Madrid: Civitas (pp. 5013-5029).
- PINAGLIA-VILLALÓN GAVIRA, J.I. (2016). Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el abuso del derecho en el supuesto del usufructo testamentario con facultad de disposición en caso de necesidad. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 99-112.
- PUGLIESE, G. (1975). Usufrutto (Diritto vigente). En: *Novissimo Digesto Italiano*, t. XX. Torino: Utet (pp. 329-356).
- REPRESA POLO, M.^a (2008). El usufructo con facultad de disposición. *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, 31-64.

- REVERTE NAVARRO, A. (2001). Artículo 467. En: J. Rams Albesa (coord.) y R. M.^a Moreno Flórez (coord. adjta.), *Comentarios al Código civil*, t. III – Libro Segundo (Títulos I a VIII). Barcelona: JM Bosch Editor.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2019). *Los derechos reales de goce en cosa ajena*. Cizur Menor: Aranzadi.
- (2024). *Usufructo, uso y habitación*. 4.^a ed., Las Rozas: Aranzadi-Civitas.
- ROCA SASTRE, R. M.^a (1942). La concepción del usufructo como «*pars dominii*» y sus reflejos en la legislación del Impuesto de derechos reales. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 172, 575-587 (después publicado en sus *Estudios varios*, Madrid, Instituto de España, 1988, 497-507).
- ROCA SASTRE, R. M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LI. (1997). *Derecho hipotecario*, T. V, 8.^a ed. Barcelona: Bosch (451-474).
- ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LI. (1969). “El usufructo de disposición, sucedáneo del fideicomiso de residuo”. *La Notaría*, 3-19.
- ROJINA VILLEGAS, R. (2008). *Compendio de Derecho civil*, II, 41.^a ed. México: Porrúa
- SALAZAR REVUELTA, M.^a (2001). La transmisión de la propiedad en el cuasiusufructo de las cosas *quae usu consumuntur* según el Derecho romano y el Código civil español. En A. Torrent Ruiz (coord.), *Actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano – Los derechos reales*. Madrid: Edisofer (pp. 739-758), disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-R-2021-50108501104
- SANTOS Y RUIZ DE EGUÍLAZ, J. (1999, 10, 17 y 24 noviembre 1998). “La asistencia disintiendo: una interpretación del artículo 5.1 de la Compilación”. *Actas de los VIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza)*, Zaragoza: El Justicia de Aragón, 23-28, disponible en: <https://eljusticiadearagon.es/wp-content/uploads/2020/09/Foro-1998-Disposicion-de-bienes-inmuebles-de-menores-e-incapacitados-en-Aragón.pdf>
- SCALISI, V. (2005). *Categorie e istituti nel Diritto civile, nella transizione al postmoderno*. Milano: Giuffrè.
- SERRANO DE NICOLÁS, Á. (2005). *Usufructo con facultad de disposición en el Derecho español*, tesis doctoral defendida en la Universitat de Barcelona, disponible en: <http://hdl.handle.net/10803/34342>
- (2023). Usufructo y planificación sucesoria: Aplicación al testamento del cónyuge divorciado. En: J.A. Bueno Delgado y M.^a E. de las Casas León (dirs.), *Contribuciones al estudio de las acciones populares en el marco del derecho administrativo, fiscal, penal y civil romano. Homenaje al profesor Antonio Fernández de Buján Fernández en el XL aniversario de su magisterio*, T. II. Madrid: Dykinson (pp. 855-872).
- TORRELLES TORREA, E. (2011). ¿Consumir supone transmitir? La discutible propiedad del “quasi usufructuario”. En: F. de P. Blasco Gascó *et al.* (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Vol. 2, Valencia: Tirant lo blanch (pp. 2593-2618).
- TORRENTE, A. y SCHLESINGER, P. (1995). *Manuale di Diritto privato*, 14.^a ed., Milano: Giuffrè.
- WALKER, D.M. (1983). *Principles of Scottish Private Law*, III. Oxford: Clarendon Press, disponible en <https://archive.org/details/principlesofscot3ed2walk/page/n5/mode/2up>

- WESTERMANN, H., WESTERMANN, H.P., GURSKY, K.-H. y EICKMANN, D. (1998/2007), *Derechos reales*, 7.^a ed., Vol. V. Madrid: Fundación Cultural del Notariado.
- WYLLEMAN, A. (2012). L'usufruit: Source de conflit dans les familles modernes. En: A-L. Verbeke *et al.* (eds.), *Confronting the frontiers of family and succession law. Liber Amicorum Walter Pintens*. Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia (pp. 1787-1804).
- ZENATI-CASTAING, F. y REVET, T., (2008). *Les biens*, 3.^a ed. Paris: PUF.

NOTAS

¹ Precisa la RDG de 25 de marzo de 2025 que el usufructo se entiende vitalicio, de no decirse lo contrario.

² En concreto, la dicha resolución de 8 de noviembre de 2018 dice literalmente que: “la posibilidad de crear nuevos derechos reales o modalizar los ya existentes, debe ponerse ahora de relieve que, por la elasticidad del dominio y por su carácter abstracto, cabe en vía de principio que una de las facultades dominicales cual es la dispositiva sea objeto de disgregación de modo que sea objeto de una configuración propia de los derechos reales, si se cumplen los requisitos estructurales necesarios según lo expuesto en los anteriores fundamentos jurídicos. Prueba de ello es la existencia de figuras como la del usufructo con facultad de disponer o la de la donación con reserva de la facultad dispositiva. Precisamente, si en este último caso puede desmembrarse del dominio por vía de «deductio» (aunque, para algunos autores, también en el supuesto del artículo 639 del Código Civil lo que se reserva el donante es un derecho real independiente que nace de lo pactado en la donación), no debe existir obstáculo para que el mismo resultado se produzca por vía de «translatio», como ocurre con otras facultades dominicales como es la de disfrutar y gozar de una cosa «erga omnes». Por esta razón no puede ser confirmada la calificación impugnada en cuanto se limita a objetar que la facultad o poder de disponer no puede ser objeto de transmisión. En la escritura calificada es objeto de donación no una mera facultad sino un verdadero derecho subjetivo, de los denominados potestativos o de modificación jurídica, que atribuye al donatario un poder para disponer con plenos efectos de bienes ajenos pertenecientes a las donantes”. Un completo estudio anterior sobre la materia es el de ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2000, 477-496, donde trata, también, del problema de las donaciones *mortis causa*, y la posibilidad de disponer sobre todos los bienes donados.

³ Así la RDG de 8 de agosto de 2019, dice expresamente que nuestro Tribunal Supremo: “en Sentencia de 2 de junio de 1952 afirmó que «como enseña la jurisprudencia de esta Sala, el usufructo es un derecho eminentemente personal, extinguido por la muerte del usufructuario a no ser que por excepción que permite el artículo 469 del citado Cuerpo Legal el título constitutivo autorice su transmisión a ulteriores personas». También ha admitido el Alto Tribunal que en el título constitutivo del usufructo se establezca un plazo de duración superior a la vida del usufructuario, permitiendo su transmisión a otras personas (vid. Sentencia de 1 de octubre de 1919)”.

⁴ Se toma la traducción de LAMARCA MARQUÈS, A. (2008). Código civil alemán. *Bürgerliches Gesetzbuch*. Madrid [et al.], Marcial Pons, p. 280.

⁵ Persiste la opinión restrictiva en las sucesivas ediciones, así ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE, 1997, pp. 466-467, al plantearse la discusión existente sobre la transmisibilidad del usufructo, se afirma literalmente que: “en lo que respecta al Derecho civil español cabe entender que la solución ha de resolverse en sentido negativo a la cesión propiamente dicha del derecho de usufructo, aunque sí cabe admitir la cesión del *contenido económico* de este derecho (*commodum*)”.

⁶ Para el tratamiento fiscal de las prohibiciones de disponer cabe acudir a MURIEDAS MAZORRA, 1993, 243, donde sostiene que habrá que estar, sin duda, a la voluntad del testador, pero, de ordinario, habrá que equiparar al sucesor o con los usufructuarios o con los fiduciarios (al modo de sustitución fideicomisaria).

⁷ En la jurisprudencia italiana, *Cassazione* n. 13310, Sez. II civile, del 15 febbraio 2002, obvio que desde su derecho positivo, y sin que su regulación tenga equivalencia de efectos en el nuestro, se dice lo siguiente: “[...] *l'attribuzione dell'usufrutto generale, secondo pre-*

valente giurisprudenza e dottrina, non costituisce assegnazione di legato, ma istituzione di erede. Invero, a norma dell'art. 588 c.c. sono attributive della qualità di erede le disposizioni testamentarie, qualunque sia l'espressione o la denominazione usata dal testatore, che comprendono l'universalità dei beni o una parte di essi considerati come quota dell'asse ereditario, mentre ogni altra disposizione è a titolo particolare ed attribuisce la qualità di legatario. // La figura dell'erede è contraddistinta dalla potenzialità del suo titolo a raccogliere tutti i beni del defunto (o una quota) e quindi a subentrare in tutti i rapporti giuridici trasmissibili. Orbene l'usufruttuario generale ha un titolo di uguale potenzialità di estendersi ad ogni bene. L'attribuzione dell'usufrutto su tutti i beni comprende l'universalità dei beni (l'universum ius), ai sensi dell'art. 588 c.c. Ed in effetti, in base all'art. 1010 c.c., l'usufruttuario di un'eredità risponde >dei debiti, essendo obbligato a pagare le annualità dei debiti e dei legati da cui l'eredità stessa sia gravata. Se fosse legatario non sarebbe tenuto, ai sensi degli artt. 756 e 668 c.c. B) Le ragioni che hanno indotto la Corte territoriale a ritenere che l'attribuzione dell'usufrutto generale era a titolo di legato e non di erede e che tale legato non era in sostituzione di legittima si discostano da principi costantemente ribaditi da questa Corte”

⁸ Al efecto, señala FOLLÍA CAMPS (2009, 431-4329), que el usufructo de regencia figuraba prácticamente en todos los capítulos, después de la institución de heredero a uno de los hijos (normalmente el de mayor edad, que cabe añadir que por ser irrevocables los capítulos devenía en un heredero seguro, y conocido como el “hereu”), y otorgaba a la esposa facultades de gobierno y disposición muy superiores a las del usufructo normal, recogidas en el artículo 65 de la Compilación (de 1960) y en el artículo 69 del Código de sucesiones, si bien que ahora ya referido a ambos cónyuges, y carece de equivalente en el vigente Código civil catalán, aunque sus efectos se pueden alcanzar conforme al vigente artículo 431-5.1 CCCat, pero ya no necesariamente tiene que ser en capítulos matrimoniales, aunque sí en escritura pública (artículo 431-7.1), y, desde luego, puede llegar a ser revocable, artículo 431-14 CCCat; el usufructo de regencia se perdía tanto si se contraía matrimonio, como si se llevaba una vida deshonestas; la amplitud de sus facultades se resumía, según dice, en el aforismo “*senyora, majora, poderosa i usufructuaria*”.

⁹ No hay opinión unánime sobre el significado del *salva rerum substantia*, pues incluso la concesión de la facultad de disposición podría pensarse que es la mayor alteración del principio, y aún y así creo que debería observarse en tanto no se disponga, pues esta facultad no altera el que siga siendo un usufructo en cosa ajena; no obstante, con CATERINA (2000, 83), debe distinguirse entre la regla que veta cualquier alteración y la regla que admite las alteraciones no dañosas, sin perjuicio de que el constituyente puede establecer en el acto constitutivo una destinación diversa a la que tenía hasta dicho momento, sea explícita o implícitamente, sin perjuicio, de que en este último caso debe ser una voluntad razonable. La necesidad de respetar el destino económico de la cosa también sería otra nota distintiva entre el usufructo y la propiedad temporal CATERINA (2000, 102-103). En el Derecho francés es opinión generalizada que, la regla *salva rerum substantia*, se entiende como uso de la cosa conforme el destino que le había impreso el anterior propietario, por todos, CORNU (2005, 538). En todo caso, y sería trasladable a nuestro ordenamiento jurídico, la no alteración del destino no puede ser radical, pues así aceptarlo chocaría con el goce conforme a un buen padre de familia, dado que como señala DOCKÈS (1995, 506), no puede aceptarse cuando no es posible explotarla sin un cambio y uso racional de la cosa, en este —como en casos similares— el cambio debe ser admitido. Además, ATIAS (2005, 174), afirma que la responsabilidad de conservar la cosa impone al usufructuario el no realizar alteraciones caprichosas, inoportunas o por inexperiencia, pero, a la vez, exige una gestión del bien adecuada a los tiempos y circunstancias del negocio.

¹⁰ Disponible en: <https://www.ilblogdeldiritto.it/famiglia-e-successioni/lusufrutto-universale-tra-eredita-e-legato/>

¹¹ La constitución del usufructo de disposición no autoriza hasta que el usufructuario no disponga a pensar en ninguna modalidad de retracto derivado de la disposición del bien usufructuado, pues el retracto se funda en el hecho de disponer y aquí todavía no se ha dispuesto.

¹² Modifié par Loi n.º 2006-728 du 23 juin 2006 – art. 2 () JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007 // *Les créanciers qui auraient pu agir sur les biens indivis avant qu'il y eût indivision, et ceux dont la créance résulte de la conservation ou de la gestion des biens indivis, seront payés par prélèvement sur l'actif avant le partage. Ils peuvent en outre poursuivre la saisie et la vente des biens indivis. // Les créanciers personnels d'un indivisaire ne peuvent saisir sa part dans les biens indivis, meubles ou immeubles. // Ils ont toutefois la faculté de provoquer le partage au nom de leur débiteur ou d'intervenir dans le partage provoqué par lui. Les coindivisaires peuvent arrêter le cours de l'action en partage en acquittant l'obligation au nom et en l'acquit du débiteur. Ceux qui exerceront cette faculté se rembourseront par prélèvement sur les biens indivis.*

¹³ Especial atención le ha prestado la reciente doctrina francesa, sobre todo con ocasión de su reforma del 2006, así MALAURIE (2008, 7-8), con especial incidencia en la subrogación real y el nuevo artículo 1058, 2 *Code civil*, al disponer que: “*Lorsque les biens, objets de la libéralité résiduelle, ont été aliénés par le premier gratifié, les droits du second bénéficiaire ne se reportent ni sur le produit de ces aliénation, ni sur les nouveaux biens acquis*”.

¹⁴ Modifié par Loi n.º 2006-728 du 23 juin 2006 – art. 9 () JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007 // *Toute disposition testamentaire faite sous une condition dépendante d'un événement incertain, et telle que, dans l'intention du testateur, cette disposition ne doive être exécutée qu'autant que l'événement arrivera ou n'arrivera pas, sera caduque, si l'héritier institué ou le légataire décède avant l'accomplissement de la condition*

¹⁵ En el derecho italiano defiende (para la reserva de disponer y lo mismo es trasladable a nuestro supuesto de atribución de la facultad de disponer) su naturaleza personal y, como consecuencia, la no transmisibilidad a los herederos ni el posible ejercicio subrogatorio, IEVA, 1998, 410.

Supuesto especial, por contemplarse la extinción del usufructo si se pretende su embargo, es el resuelto por la RDG de 5 de febrero de 1988, cuyo tenor literal de la cláusula decía —refiriéndolo al usufructo que no a la posibilidad de disponer de la coa usufructuada— que se hacía bajo: “Condición de no poder ser enajenado, gravado, ni embargado, ni retenido por ningún concepto y que caso de que así no se hiciese quedará anulado automáticamente”.

¹⁶ Lo recuerda la RDG de 6 de junio de 2012, al resolver que “la consolidación se produce de forma automática, sin necesidad de ningún consentimiento de adquisición, pues la adquisición del pleno dominio ya está predeterminada en el contenido de la nuda propiedad”.

¹⁷ Por esta opción de considerarlo, a efectos de su tributación, como una verdadera sustitución fideicomisaria, se inclina MURIEDAS MAZORRA (1993, 243).

¹⁸ Precisa la STS de 26 de mayo de 2014 que la constitución a título gratuito en documento privado es nula

El derecho a la vivienda en la Ley 12/2023 ¿un derecho ejercitable ante los poderes públicos o una falsa esperanza?

The right to housing in act 12/2023: a right that can be exercised before the public authorities or a false hope?

por

BLANCA SILLERO CROVETTO

*Doctora en Derecho y Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Málaga*

RESUMEN: La vivienda se presenta hoy como el problema que más preocupa a la sociedad española. Constituye una de las materias más sensibles para las personas más necesitadas, que se enfrentan a obstáculos casi insalvables para su integración. El derecho a la vivienda es un derecho constitucional que necesita de una configuración legal, de ahí la importancia de su correcto desarrollo, a lo que se une que en esta materia la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas presenta una problemática confusa derivada de la intersección y transversalidad de principios y derechos en conflictos. Nos preguntamos si con la Ley por el derecho a la vivienda el Estado y las Comunidades Autónomas han sido capaces de adoptar una política pública de la vivienda y habitacional efectiva.

ABSTRACT: *Housing is currently the issue of greatest concern to Spanish society. It is one of the most sensitive issues for the most disadvantaged people, who face almost insurmountable obstacles to integration. The right to housing is a constitutional right that needs to be legally defined, hence the importance of its proper implementation. Added to this is the fact that, in this area, the division of*

powers between the State and the Autonomous Communities is confusing due to the intersection and cross-cutting nature of principles and rights in conflicts. We wonder whether, with the Act on the Right to Housing, the State and the Autonomous Communities have been able to adopt an effective public housing policy.

PALABRAS CLAVE: Vivienda, derecho a la vivienda, políticas públicas de vivienda, legislación estatal, legislación autonómica.

KEYWORDS: *Housing, right to housing, public housing policies, state legislation, regional legislation.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL DERECHO A LA VIVIENDA EN LA ESFERA INTERNACIONAL. II.1. NACIONES UNIDAS. II.2. CONSEJO DE EUROPA. II.3. UNIÓN EUROPEA.—III. EL DERECHO A LA VIVIENDA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.—IV. EL DESARROLLO DEL DERECHO A LA VIVIENDA EN ESPAÑA. IV.1. SITUACIÓN LEGISLATIVA HASTA LA APROBACIÓN DE LA LEY ESTATAL POR EL DERECHO A LA VIVIENDA. IV.1.1. *Legislación autonómica sobre vivienda y pronunciamientos del Tribunal Constitucional.*—V. LA LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA.—VI. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El Barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas del mes de enero de 2025 ha revelado, una vez más, que la vivienda es el problema que más preocupa a los españoles (28%), seguida de la crisis económica (22,1%) y los problemas políticos en general (22%)¹. Con la aprobación de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, se pretende dar respuesta a las demandas sociales y afrontar la compleja tarea de regular el contenido básico del derecho a la vivienda, así como establecer un marco normativo coherente, armonizado y justo que equilibre el mercado inmobiliario español mejorando su accesibilidad y garantizando que las nuevas realidades se integren de manera justa y equitativa en el panorama de la vivienda (GALLEGO, 2024: 6).

No obstante, esta primera ley estatal está repleta de aspectos sumamente controvertidos, llegando incluso a ser calificada como invasiva, inoperable o desincentivadora.

Su tramitación parlamentaria no estuvo libre de la polémica y de un intenso debate parlamentario, muestra de ello son el elevado número de enmiendas presentadas, 866 en el Congreso y 324 en el Senado; el ajustado resultado de la votación y los recursos de inconstitucionalidad presentados².

Tras la aprobación, fueron presentados y admitidos diversos recursos de inconstitucionalidad, que inciden en la controversia y avanzaban un escenario de intenso debate jurídico:

- Recurso de inconstitucionalidad número 5491-2023, promovido por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía³.
- Recurso de inconstitucionalidad número 5514-2023, promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso⁴.
- Recurso de inconstitucionalidad número 5516-2023, promovido por el Consejo de Gobierno de las Illes Balears⁵.
- Recurso de inconstitucionalidad número 5518-2023, promovido por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid⁶.
- Recurso de inconstitucionalidad número 5580-2023, promovido por el Parlamento de Cataluña⁷.

El presente estudio persigue ofrecer una aproximación al derecho a la vivienda en España, centrado en responder a la interrogante de si se ha configurado un derecho subjetivo ejercitable frente a los poderes públicos, lo que provocaría un impacto real en el sector de la vivienda o nos encontramos ante una falsa esperanza.

Es por ello que vamos a repasar la configuración del derecho a la vivienda en la esfera internacional, para a continuación realizar un estudio de su reconocimiento constitucional, nacional y autonómico y poder constatar en qué medida se ha avanzado con la aprobación de una Ley estatal reguladora del derecho a la vivienda.

II. EL DERECHO A LA VIVIENDA EN LA ESFERA INTERNACIONAL

En la medida que nuestro ordenamiento jurídico se rige por la interconexión de los diferentes ordenamientos, resulta necesario realizar una breve referencia a la configuración, alcance y efectividad del derecho a la vivienda en el contexto internacional (COFRADES, 2024: 108-114). A ello se une la relevancia social de la vivienda, se trata de un pilar central del bienestar social en cuanto lugar de desarrollo de la vida privada y familiar, y centro de todas las políticas urbanas, es lógico, que el derecho a la vivienda se recoja en importantes declaraciones internacionales⁸.

II.1. NACIONES UNIDAS

En el ámbito de Naciones Unidas el derecho a la vivienda aparece contemplado en el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos,

adoptada y proclamada por las 183.^a Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948⁹ y en el artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, que reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado¹⁰.

En la Declaración de Derechos Humanos el derecho a la vivienda se configura como un bien primordial, ineludible para garantizar a toda persona un nivel de vida apropiado y acorde con las exigencias derivadas de la dignidad humana. Su reconocimiento se incluye en una lista que enumera, un conjunto de derechos humanos proyectados sobre el ámbito de los derechos sociales.

En el Pacto Internacional se reconoce a toda persona el derecho a una vivienda adecuada, y la adopción por parte de los Estados de medidas con las que asegurar su efectividad¹¹. Se viene a instaurar un sistema de Informes y Comunicaciones de los afectados que se garantiza a través del Protocolo Facultativo. No obstante, tanto el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como los Informes generales y dictámenes elaborados por el Comité, son meramente informadores de la actividad legislativa y judicial.

El Tribunal Constitucional, respecto de estos instrumentos sostiene que “no reconocen un derecho subjetivo exigible, sino que configuran un mandato para los Estados parte de adoptar medidas apropiadas para promover políticas encaminadas a facilite el acceso de todos los ciudadanos a una vivienda digna”¹².

Por otra parte el acceso universal a una vivienda digna y su disfrute estable, asequible y sostenible es asumido internacionalmente en el Objetivo de Desarrollo Sostenible número 11 como un pilar fundamental de la Agenda 2030 de Naciones Unidas. La meta 11.1 demanda el establecimiento de unos objetivos precisos para el año 2030 con el fin de garantizar el acceso a una vivienda y servicios básicos adecuados.

II.2. CONSEJO DE EUROPA

En el ámbito del Consejo de Europa el derecho a la vivienda no se encuentra explícitamente reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en no pocas ocasiones ha hecho alusión al derecho a la vivienda en conexión con los derechos de propiedad y sobre todo con el derecho a la intimidad familiar (artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), entendido como el derecho a disfrutar de un espacio vital adecuado en el que desarrollar la vida íntima y familiar¹³.

En términos generales, observa MARTÍNEZ ESCRIBANO (2025:3-4) que la jurisprudencia del TEDH es algo más comedida en la tutela del derecho a la

vivienda que los comités internacionales de protección de derechos sociales. Uno de los motivos que se achacan a esta postura más restringida del Tribunal de Estrasburgo puede ser el hecho de que los derechos sociales de prestación, como es el derecho a la vivienda, requieren una capacidad económica de los Estados muy elevada que no puede ser exigida a toda costa. Pero ello no ha impedido que el TEDH, en el desarrollo de su jurisprudencia sobre el derecho a la vivienda, haya reconocido unas obligaciones positivas del Estado en este ámbito, si bien de manera recurrente insiste en que las autoridades nacionales no tienen una obligación derivada del Convenio de proporcionar una vivienda a los individuos, aunque sí que viene exigiendo que se valoren las posibilidades de proporcionarles una vivienda alternativa. Este modo, aunque sea mitigado, de reconocer el derecho a la vivienda puede responder, a que la democracia social ha cambiado la noción de derechos humanos, desde una obligación negativa del Estado que impide la intervención de este en la propiedad o en la posesión o la acumulación de capital, hasta el reconocimiento de los derechos como obligaciones positivas que aseguran un bienestar individual a los ciudadanos.

Por otra parte, la Carta Social Europea de 1961 recogió el reconocimiento del derecho a la vivienda de toda persona y se reforzó en la Carta Social Europea revisada en 1996 que contempla el derecho a la vivienda en su artículo 3¹⁴, y lo hace requiriendo a los Estados la adopción de medidas a fin de que, se favorezcan la asequibilidad de la vivienda y se ponga fin al *sinhogarismo*¹⁵.

II.3. UNIÓN EUROPEA

En el ámbito de la Unión Europea el artículo 34.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea aprobada por el Parlamento, el Consejo y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000¹⁶, si bien no reconoce la existencia de un derecho a la vivienda, sí una “ayuda a la vivienda”, Según el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2015, el artículo 34.3 de la Carta Social Europea “no garantiza el derecho a la vivienda, sino el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda en el marco de las políticas sociales basadas en el artículo 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”. No se puede negar sin embargo, su conexión con el artículo 7, que declara que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”. En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2014 (asunto C-34/13; Monika Kusionivá y SMART Capital a.s.), considera el derecho a la vivienda como susceptible de protección judicial para evitar la ejecución sobre la misma y en su parágrafo 65 aseveró que “en el Derecho de la Unión, el derecho a la vivienda es

un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 de la Carta que el tribunal remitente debe tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13”.

En esta línea la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, sobre el acceso a una vivienda digna y asequible para todos, solicita a la Comisión y a los Estados Miembros que “se asegure que el derecho a una vivienda adecuada sea reconocido y ejecutable como un derecho humano fundamental”¹⁷.

Además, es preciso aludir a la vivienda social como servicio de interés en el ámbito de la Unión Europea. La consideración de qué materias son susceptibles de afectar al interés general constituye una competencia compartida entre la Unión y los Estados Miembros. La vivienda social se enmarca en dichos servicios tal y como se desprende de la Resolución de 13 de enero de 2004 del Parlamento Europeo relativa al Libro Verde, sobre los servicios de interés general¹⁸.

La Unión Europea, si bien carece de competencias en materia de vivienda, de manera que son los Estados miembros los que ostentan la competencia en la materia conforme a su modelos de reparto competencial y con una libertad relativamente amplia para configurar el grado de intervención pública en la materia, sí que desempeña un importante papel en cuanto alienta, impulsa y estimula a los Estados miembros a adoptar medidas tendentes a favorecer el acceso a una vivienda digna y asequible.

III. EL DERECHO A LA VIVIENDA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

El análisis tradicional del artículo 47 de la Constitución Española (CE) se ha centrado sobre todo en el reconocimiento general de su dimensión subjetiva, es decir, en la declaración de que “todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”¹⁹, aunque lo cierto según GAVARA (2024: 45) es que sin excesivos resultados prácticos o de efectividad. En menor medida se ha abordado su dimensión objetiva que obliga a “los poderes públicos a promover las condiciones necesarias y de efectividad del derecho a través de dos mecanismos: que impidan la especulación imposibilitando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general y medidas que garanticen que las plusvalías de la acción urbanística pública sean de participación comunitaria”. Esta dimensión objetiva, en la actualidad, se ha desplazado a otros sectores en los que se busca que la política de la vivienda y habitacional tenga una efectividad a corto plazo y con otras finalidades como tratar de incidir en el precio y aumento del mercado urbanístico en las zonas más demandadas, sobre todo centrado en el mercado de alquiler²⁰.

En la situación actual, el derecho a la vivienda se puede caracterizar como un derecho de prestación de carácter social, con un reconocimiento constitucional como principio rector de la política social y que da lugar a un derecho de

configuración legal con una efectividad que se articula en la práctica como un derecho legal, sobre todo a efectos de su protección judicial. En definitiva, afirma GAVARA (2024:46), un derecho con muchas peculiaridades que no responde al esquema de máxima protección constitucional de los derechos fundamentales, sino que se articula en torno a su mero reconocimiento constitucional con posibilidad de realizar un control de constitucionalidad sobre leyes de desarrollo, pero no otro tipo de garantía al margen del principio de legalidad. El efecto de esta caracterización es que incluso se ha negado el carácter de derecho subjetivo del derecho a la vivienda, es decir un derecho sin concreciones en el destinatario, el objeto o el contenido constitucional, lo que no deja de ser una contradicción.

“Se reitera en la STC 79/2024, de 21 de mayo de 2024²¹ respecto de la doctrina constitucional sobre la vivienda lo siguiente, “hemos afirmado que el artículo 47 CE no reconoce un derecho fundamental a la vivienda, ni constituye un título competencial autónomo en favor del Estado, sino que enuncia [como consecuencia de su ubicación constitucional] un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (artículo 53.3 CE) en el ejercicio de sus respectivas competencias, a fin de promover las condiciones necesarias para que todo español pueda disfrutar de una vivienda digna y adecuada”²².

El reconocimiento constitucional no es expresivo de la efectividad del derecho a la vivienda, sino que es importante también que haya una ordenación jurídica en otros niveles que tenga en cuenta la pluralidad de ámbitos en los que la intervención pública es necesaria en el mercado habitacional, sin olvidar, que se trata de un derecho reconocido a nivel internacional y europeo.

IV. EL DESARROLLO DEL DERECHO A LA VIVIENDA EN ESPAÑA

El reconocimiento en la CE del derecho a la vivienda en unos términos ciertamente abiertos, provoca la necesidad de su desarrollo por parte del legislador competente para hacerlo efectivo.

En este sentido aunque la Constitución estableció y los Estatutos de Autonomía han asumido un título competencial exclusivo en materia de vivienda —artículo 148.1.3²³— esto no implica que otros títulos competenciales estatales sean desplazados por dicha competencia, de manera que no puede ni constituir ni caracterizar un título plenamente autónomo de dichas competencias estatales, presentando una complejidad y transversalidad como consecuencia de su dimensión jurídica (legislación civil, mercantil y procesal), económica (planificación general de la actividad económica, fiscalidad) y social (medio ambiente, energía, urbanismo) que presenta la vivienda²⁴.

IV.1. SITUACIÓN LEGISLATIVA HASTA LA APROBACIÓN DE LA LEY ESTATAL POR EL DERECHO A LA VIVIENDA

En España, el derecho a la vivienda ha gozado de una clara consagración a nivel estatal desde el año 2007, dado su reconocimiento en la entonces Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo y su plasmación en el artículo 5, letra a, 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 Urbana²⁵. Su formulación en términos tan genéricos, hacen complicado concretar su contenido y, en la medida que poco añade a lo previsto en el texto constitucional, cabe pensar que su efectividad es más simbólica que real (COFRADES, 2024:122)²⁶, si bien la inclusión de este derecho merece una valoración positiva, en la medida que puede cumplir un papel de estímulo para que las Comunidades Autónomas impulsen en el ejercicio de sus competencias en materia de vivienda, políticas más ambiciosas para atajar los problemas existentes en relación con la vivienda.

El derecho a la vivienda cuenta también con cobertura normativa a nivel autonómico. Todas las Comunidades Autónomas conforme al artículo 148.1.3 CE tienen asumida en sus Estatutos de Autonomía, sin excepción la competencia plena en materia de vivienda. Los legisladores autonómicos pueden por ello formular completos programas normativos de la acción pública en la materia. En este sentido, los distintos parlamentos y gobiernos autonómicos han tratado de dotarle de un concreto contenido susceptible de tutela judicial, aunque es cierto que lo han hecho con distinto alcance. En relación con la vivienda la STC 152/1988, de 20 de julio, FJ 2, declara que “esta competencia faculta a las instituciones de la Comunidad Autónoma para desarrollar una política propia en dicha materia”²⁷.

Ahora bien, a pesar de que el Estatuto de Autonomía atribuya carácter “exclusivo” a la competencia autonómica en materia de vivienda, ello no significa que la misma no pueda verse limitada por las competencias del Estado.

Existen otros títulos competenciales que exigen al Estado abordar esta tarea legislativa. En primer lugar, el del artículo 149.1.1 CE para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, en este caso, en relación con el derecho a la propiedad de la vivienda, pero también con el ejercicio del derecho constitucional a disfrutar de una vivienda digna y adecuada e incluso con los derechos a la intimidad y la inviolabilidad del domicilio, puesto que la vivienda habitual es donde la inmensa mayoría de las personas tienen su domicilio y ejercen la intimidad de su vida personal y familiar. La dignidad y adecuación de la vivienda son, pues, condiciones asimismo para el ejercicio de las personas que las habitan.

También lo están las competencia estatales en materia de legislación mercantil, (artículo 149.1.6 CE) y civil, (artículo 149.1.8. CE) en relación con los contratos vinculados al acceso a la vivienda y toda una pléyade de títulos competenciales, cuyo ejercicio estatal exige la aprobación de normas estatales sobre la materia vivienda, sin perjuicio, naturalmente, del legítimo ejercicio de las competencias exclusivas en dicha materia asumidas por las Comunidades Autónomas y también por otras Administraciones Públicas, particularmente la municipal, a la que se atribuye como competencia propia la promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterio de sostenibilidad financiera.

IV.1.1. Legislación autonómica sobre vivienda y pronunciamientos del Tribunal Constitucional

No fue hasta 2007 que se pudo aprobar la primera Ley autonómica reguladora de la política de vivienda, cuando Cataluña decidió incorporar al ordenamiento un nuevo texto que atendiera ese objeto de forma integral y desde la perspectiva de la ciudadanía (derecho a la vivienda) más que desde el sector inmobiliario estrictamente²⁸. A este nuevo enfoque podríamos llamarle “la política de vivienda del siglo XXI”, para diferenciarlo de la etapa de pasividad generalizada que se produjo después de la Constitución de 1978 y a lo largo de todo el período de implantación de los gobiernos democráticos, tanto estatales como autonómicos y locales.

La Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda de Cataluña, tuvo una tramitación azarosa pero no fue finalmente recurrida ante el Tribunal Constitucional. Ello pudo ser debido a su enfoque estrictamente administrativista, que no generó recelos jurídicos como sí ha ocurrido cuando años después se han introducido enfoques civilistas en el ordenamiento de la materia. También era una época de menor conflictividad política en las relaciones entre Estado y Comunidades Autónomas, con carácter general.

El estallido de la burbuja inmobiliaria en España se produjo justo después de aprobarse la ley catalana, de manera que a partir de 2008 las Administraciones se vieron obligadas a atender las emergencias sociales derivadas de las ejecuciones hipotecarias y los procedimientos de desahucio derivados de ese estallido. Esa circunstancia ha condicionado fuertemente la política pública de vivienda, obligada a centrarse más en la atención a la emergencia social que en la asunción de mecanismos efectivos para la creación de parques estables de vivienda a precios asumibles por las clases trabajadoras del país. Pero la atención a la emergencia —imprescindible—, si no va acompañada de políticas estructurales que permitan que la vivienda resulte asequible para la población, se convierte en un pozo sin

fondo perverso, pues al final resulta imposible acceder a una vivienda y se crea pues un círculo vicioso de consecuencias devastadoras.

Ante esa realidad, puede ser útil conocer que, después de la Ley catalana 18/2007, otras Comunidades Autónomas y la propia Cataluña decidieron aprobar normativa propia que sí fue recurrida ante el Tribunal Constitucional y dio lugar a diversos pronunciamientos. El estudio y análisis de estos pronunciamientos permite a conocer cuál es el margen de actuación que, según la interpretación del Tribunal Constitucional, se reconoce a las Comunidades Autónomas en materia de políticas de vivienda²⁹.

A partir de 2015 se inició una etapa convulsa con numerosos pronunciamientos, por lo que puede ser útil relacionar cronológicamente todos ellos, con mención de la Comunidad impulsora de la legislación y del objeto de la misma. Se trata de las 18 Sentencias siguientes, relativas a las iniciativas de 8 Comunidades Autónomas:

1. STC 93/2015, de 14 de mayo. Andalucía. Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda.
2. STC 16/2018, de 22 de febrero. Navarra. Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra.
3. STC 32/2018, de 12 de abril. Andalucía. Ley 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda.
4. STC 43/2018, de 26 de abril. Canarias. Ley 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de vivienda.
5. STC 80/2018, de 5 de julio. Comunidad Valenciana. Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda.
6. STC 97/2018, de 19 de septiembre. País Vasco. Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda.
7. STC 102/2018, de 4 de octubre. Murcia. Ley 10/2016, de 7 de junio, de reforma de la Ley 6/2015, de la vivienda, y de la Ley 4/1996, del Estatuto de los consumidores y usuarios.
8. STC 106/2018, de 4 de octubre. Extremadura. Ley 2/2017, de 17 de febrero, de emergencia social de la vivienda.
9. STC 4/2019, de 17 de enero. Cataluña. Ley 14/2015, de 21 de julio, del impuesto sobre las viviendas vacías.
10. STC 5/2019, de 17 de enero. Aragón. Decreto-Ley 3/2015, de 15 de diciembre, de medidas urgentes de emergencia social en materia de prestaciones económicas de carácter social, pobreza energética y acceso a la vivienda.
11. STC 8/2019, de 17 de enero. Cataluña. Ley 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión social.

12. STC 13/2019, de 31 de enero. Cataluña. Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética.
13. STC 21/2019, de 14 de febrero. Aragón. Ley 10/2016, de 1 de diciembre, de medidas de emergencia en relación con las prestaciones económicas del sistema público de servicios sociales y con el acceso a la vivienda.
14. STC 14/2020, de 28 de enero. Estado. Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.
15. STC 16/2021, de 28 de enero. Cataluña. Decreto-Ley 17/2019, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda.
16. STC 28/2022, de 24 de febrero. Cataluña. Decreto-Ley 37/2020, de refuerzo del derecho a la vivienda ante los efectos de la pandemia del COVID-19.
17. STC 37/2022, de 10 de marzo. Cataluña. Ley 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación de la Ley 18/2007, de la Ley 24/2015 y de la Ley 4/2016, relativas a la protección del derecho a la vivienda (control de rentas).
18. STC 57/2022, de 7 de abril. Cataluña. Ley 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación de la Ley 18/2007, de la Ley 24/2015 y de la Ley 4/2016, relativas a la protección del derecho a la vivienda (control de rentas). La Sentencia deriva del Recurso que interpuso el Presidente del Gobierno, a diferencia de la previa STC 37/2022, en la que la interposición fue realizada por el Grupo Parlamentario Popular.

La doctrina constitucional reconoce las posibilidades del legislador estatal de incidir en la vivienda desde la óptica del artículo 149.1. CE, si bien ello no se había materializado hasta 2023. En este sentido al controlar la legislación autonómica en la materia, se ha reiterado la siguiente afirmación, “no habiendo el legislador estatal ejercido la habilitación que el artículo 149.1.1. CE le otorga, resulta necesario afirmar que el legislador autonómico en materia de vivienda, en el momento de realizar el enjuiciamiento, no encuentra límites desde esta perspectiva constitucional” (STS 16/2018, de 22 de febrero, FJ 8a). Doctrina que se ha reiterado después en las SSTs 32/2018, de 12 de abril, FJ 8; 43/2018, de 26 de abril, FJ 5 u 80/2018, de 5 de julio, FJ 4).

Esta situación de no ejercicio de las competencias estatales, en los pronunciamientos reseñados, finalizó con la aprobación de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda.

V. LA LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA

Se dicta esta ley al amparo de los artículos 149.1.1.º y 13.º CE que atribuyen al Estado las competencias para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales y las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica. Además los artículos 10, 11, 32, 33, 34, 35, 36 y disposición final primera se amparan en la competencia que el artículo 149.1. 8.º CE atribuye al Estado en materia de legislación civil. El artículo 5 y la disposición final quinta se amparan en la competencia en el artículo 149.1. 6.º CE que atribuye al Estado en materia de legislación procesal. Por último, las disposiciones finales segunda y tercera se incardinan en el artículo 149.1.14.º CE, que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de hacienda general.

El objeto de este apartado no es el análisis del alcance de todos y cada uno de los títulos competenciales que, en su caso, habilitan al Estado para regular la vivienda, lo que se pretende es reflexionar en qué medida se ha avanzado en la articulación del derecho a vivienda con la aprobación de esta ley nacional³⁰.

Nos preguntamos en primer lugar por el ámbito de aplicación de la Ley, y la razón de ello es el problema competencial, la duda generalizada es determinar qué competencia corresponde al Estado en materia de vivienda, y si la propia Ley no aclara qué dimensiones son las que corresponden al Estado y a las que deberán aplicarse estas medidas y cómo debe funcionar el marco normativo coherente, estable y seguro, al que se refiere la Exposición de Motivos de la Ley, difícilmente se estará facilitando la aplicación de la misma.

El artículo 1 de la Ley, determina “el objeto de la ley”, es decir se señala cuál es su fin, por qué y para qué fue creada, un resumen si se quiere, de la explicación ofertada en la Exposición de Motivos. El artículo 2, se titula “fines de las políticas públicas de vivienda, o lo que lo mismo, una forma más extensa y detallada de repetir lo ya indicado en su artículo 1.º. En el artículo 3, se establecen una serie de definiciones que ya están presentes en la legislación autonómica, pero con un contenido distinto al reflejado en aquellas³¹. Surge un problema de coordinación entre las definiciones autonómicas y estatales, al que el artículo 3 cree dar solución mediante una breve indicación al inicio del precepto de prevalencia de la definición autonómica, por lo que como indica MARTENS (2024:21), la dificultad está en el efecto práctico que tiene esa indicación³².

¿Qué alcance tiene la expresión “a los efectos de lo dispuesto en esta ley”? ¿No debiera el legislador, haber introducido una disposición general destinada a aclarar el ámbito de aplicación de esta ley? ¿No hubiese sido conveniente establecer un lenguaje común de referencia y con ello abordar el problema de

coordinación con las normas ya existentes? Seguramente se hubieran evitado duplicidades, divergencias, en definitiva inseguridad.

Esta Ley, como venimos reiterando, representa la primera ocasión en la que el legislador estatal ha pretendido llenar de contenido el derecho de los ciudadanos españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, sin embargo, ¿llega a configurar un derecho subjetivo a la vivienda?

El artículo 8 de la Ley, proclama los derechos del ciudadano en relación con la vivienda y enuncia en su letra a):

“Disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en los términos dispuestos por esta Ley, ya sea en régimen de propiedad, de arrendamiento, de cesión de uso o de cualquier otro régimen legal de tenencia”.

No constituye el contenido del precepto una novedad, en tanto que, en términos similares, se recoge en la letra a) del artículo 5 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

Se trata por ello de una configuración manifiestamente insuficiente para hacer efectivo el derecho, aunque en el artículo 1.1 de la Ley se indique que su objeto es “el derecho a acceder a una vivienda digna y adecuada y al disfrute de la misma” no encontramos a lo largo del articulado en qué consiste el contenido de este derecho, no se delimita el sujeto pasivo del mismo y tampoco su exigibilidad ante los órganos jurisdiccionales (COFRADES, 2024:128)³³.

El artículo 1 establece en el apartado 2 que “con objeto de asegurar el ejercicio del derecho a la vivienda, será asimismo objeto de esta ley la regulación del contenido básico del derecho de propiedad de la vivienda en relación con su función social, que incluye el deber de destinar la misma al uso habitacional previsto en el ordenamiento jurídico, en el marco de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística”. A su vez el artículo 11.1.a) contempla el deber del propietario de una vivienda de su uso y disfrute propios y efectivos conforme a su calificación, estado y características objetivas...”. Por tanto no se concibe el derecho al disfrute de una vivienda digna como un derecho ejercitable frente a los poderes público, ni como un límite a la actuación de terceros para proteger el interés de su titular. El enfoque seguido por el legislador estatal ha consistido en regular, junto a una serie de instrumentos encaminados a garantizar el derecho de acceso y disfrute a una vivienda, la función social de la propiedad sobre la vivienda.

A diferencia de lo que ocurren en la Ley estatal, en el caso de algunas leyes autonómicas si nos encontramos ante un derecho susceptible de ser calificado como derecho subjetivo. En ese sentido la Ley de la Comunidad Autónoma del País Vasco 3/2015, de 18 de junio, de vivienda, contempla en el artículo 7, el derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada y derecho de acceso a la ocupación legal de una vivienda o alojamiento, disponiendo

“1. Todas las personas con vecindad administrativa en cualesquiera municipios de la Comunidad Autónoma de Euskadi tienen el derecho a disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible, definida con arreglo a los parámetros establecidos en el artículo 1 de esta ley.

2. El Gobierno Vasco, a través de sus órganos competentes, así como las entidades locales y demás instituciones públicas con competencias en materia de vivienda, velarán para la satisfacción del derecho previsto en el párrafo antecedente. A tal efecto, promoverán y adoptarán las disposiciones y medidas oportunas conducentes al acceso y ocupación legal de una vivienda o, en su caso, de un alojamiento dotacional por parte de quienes no dispongan de domicilio habitable o, disponiendo de él, resulte inseguro o inadecuado a sus necesidades.

3. A los efectos del presente artículo, las modalidades legales de acceso serán todas las que resulten legalmente factibles y viables con arreglo a la legislación civil o administrativa, comprendiendo tanto la titularidad dominical como el arrendamiento con o sin opción a compra, o cualesquiera derechos reales o de uso sean adecuados para satisfacer el referido derecho”.

Respecto de los modos de satisfacción y requisitos de exigencia de este derecho subjetivo, establece en el artículo 9:

“1. La satisfacción del derecho a la ocupación legal de una vivienda digna y adecuada podrá ser realizada por parte de las administraciones públicas vascas con competencia para ello mediante la puesta a disposición, en régimen de alquiler, de una vivienda protegida o de un alojamiento protegido, o incluso de una vivienda libre en caso de su disponibilidad por causa de programas de intermediación u otros, con la renta o el canon que corresponda en cada caso.

2. En defecto de vivienda o alojamiento, y con carácter subsidiario, esta satisfacción podrá efectuarse mediante el establecimiento de un sistema de prestaciones económicas”.

La Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunitat Valenciana, reconoce el derecho a la vivienda como un derecho subjetivo de la ciudadanía valenciana y, en particular reconoce el derecho a disponer de una vivienda asequible, digna y adecuada, así como su exigibilidad ante las Administraciones Públicas valencianas, habilitando mecanismos para la protección de los colectivos con mayor vulnerabilidad. En este sentido el artículo en el que se regula la Acción pública y derecho subjetivo exigible.

“1. Todas las personas, en ejercicio de la acción pública en materia de vivienda, pueden exigir ante los órganos administrativos y jurisdiccionales competentes el cumplimiento de la normativa en materia de vivienda.

2. Las personas con vecindad administrativa en la Comunitat Valenciana que se encuentren en alguna de las situaciones referidas en el artículo 2 de esta ley y sean titulares del derecho exigible a un alojamiento asequible, digno y ade-

cuado podrán ejercerlo ante la conselleria competente en materia de vivienda, que en un plazo máximo de seis meses resolverá su solicitud proporcionando alguna de las soluciones habitacionales previstas en esta ley.

3. Si transcurrido el plazo de seis meses previsto en el apartado anterior o en su caso el plazo de ampliación excepcional que motivadamente se establezca, de acuerdo con la legislación sobre el procedimiento administrativo común, no se hubiera dictado resolución, se entenderá otorgado el uso de un alojamiento por silencio administrativo. La conselleria responsable en materia de vivienda deberá, en tal caso, indicar de manera inmediata y con la mayor diligencia posibles un alojamiento concreto, evitando en todo caso la concentración y segregación espacial de los solicitantes y garantizando la cohesión social del espacio urbano.

4. Todas las resoluciones de los órganos administrativos competentes, tanto las derivadas del ejercicio de la acción pública en materia de vivienda como las solicitudes para hacer efectivo un derecho subjetivo, serán recurribles ante la jurisdicción competente”.

Por último y en contra de lo que cabría esperar, el legislador estatal se ha servido de su competencia exclusiva para establecer las condiciones básicas sobre los derechos constitucionales para regular el contenido básico del derecho de la propiedad privada de las viviendas³⁴. En particular el artículo 10 de Ley estatal, bajo la rúbrica Contenido del derecho de propiedad de la vivienda, enuncia en el apartado 1, los derechos y facultades que comprende el derecho de propiedad de la vivienda, y según el apartado 2:

“Corresponde a las Administraciones competentes en materia de vivienda velar por el pleno ejercicio de los derechos de la propiedad de la vivienda, actuando de manera concertada y coordinada en la promoción de las acciones previstas en la legislación y en los planes y programas aplicables para favorecer el acceso a la vivienda”³⁵.

A su vez, el artículo 11 recoge el contenido de los deberes y cargas del derecho de propiedad de la vivienda, disponiendo en el apartado 1 que:

“el derecho de propiedad de la vivienda queda delimitado por su función social” y enumera los deberes que comprende.

Y según el apartado 2:

“Corresponde a las Administraciones competentes en materia de vivienda la declaración del incumplimiento de los deberes asociados a la propiedad de la vivienda, habilitando a adoptar, de oficio o a instancia de parte y previa audiencia, en todo caso, del obligado, cuantas medidas prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística y la de vivienda”³⁶.

Ciertamente, llama la atención, que para garantizar el derecho a la vivienda, el legislador haya regulado exclusivamente el contenido básico de la propiedad de la vivienda en relación con su función social, prescindiendo de las condicio-

nes básicas de un derecho expresamente previsto en el texto constitucional, que es precisamente el que pretende resguardar³⁷.

Es por ello que difícilmente se puede admitir que la Ley 12/2023 configure un derecho subjetivo a la vivienda entendido como un poder jurídico de disposición, unitario e independiente del que es titular una persona para la satisfacción de sus intereses (BUSTO LAGO, 2023:4).

VI. CONCLUSIONES

I. La vivienda se presenta hoy como el problema que más preocupa a la sociedad española. Constituye una de las materias más sensibles para las personas más necesitadas, que se enfrentan a obstáculos casi insalvables para su integración. El Defensor del Pueblo viene constatando la cada vez mayor dificultad de las personas que tienen necesidad de una vivienda y no son capaces de obtenerla, o simplemente acceder a ella en condiciones de mercado.

II. El derecho a la vivienda es un derecho constitucional que necesita de una configuración legal, de ahí la importancia de su correcto desarrollo, a ello se une que en esta materia la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas presenta una problemática confusa derivada de la intersección y transversalidad de principios y derechos en conflictos, en la que la verdadera dificultad reside en la determinación del alcance y límites admisibles de las competencias transversales para condicionar una política típicamente autonómica.

III. Las Comunidades Autónomas han intentado hacer frente a estos problemas aprobando, al amparo de sus respectivos títulos competenciales leyes que contemplan medidas de protección del derecho a la vivienda. Regulaciones que en ocasiones han colisionado con las competencias estatales en materia como la planificación de la actividad económica general. Por lo que deben tener la flexibilidad necesaria para implementar políticas propias en la materia.

IV. Más allá de que la competencia la ejerza un ente u otro, lo esencial estriba en asegurar la satisfacción de determinados derechos, que aunque posean un corte social o se califiquen como principios rectores de política social y económica, se han vinculado por instancias internacionales a derechos fundamentales como la vida privada y familiar. Así el contenido que dota el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al derecho a la vivienda no puede ser ignorado por el ordenamiento interno ni por el Tribunal Constitucional, más allá de las atribuciones competenciales que, en cualquier caso, deben resolverse al único y exclusivo objeto de proveer y satisfacer este derecho.

V. El Estado se sitúa en posición de garante, por lo que debe proveer todos los medios para que los derechos fundamentales de las personas no resulten

vulnerados, y la Ley por el derecho a la vivienda, no contempla ese derecho subjetivo, sino que se establecen las bases para la configuración del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles destinados a vivienda como un derecho social. La reciente ley estatal, aunque proclame el derecho a la vivienda, no armoniza el contenido mínimo del mismo a escala estatal, al menos entendido como un derecho directamente exigible en términos de prestación.

El enfoque seguido por el legislador estatal ha consistido en regular la función social de la propiedad sobre la vivienda. Con la Ley por el derecho a la vivienda se pone de manifiesto la incapacidad del Estado y de las Comunidades Autónomas para adoptar una política pública de la vivienda y habitacional efectiva.

Siguen siendo necesarios adoptar políticas públicas y marcos normativos que permitan una convivencia justa entre ambos derechos, garantizando la función social de la propiedad sin menoscabar la seguridad jurídica de los propietarios.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS MARTÍNEZ, M.^a A. (2019). “Las competencias autonómicas en materia de vivienda frente a las competencias estatales de carácter transversal en la reciente jurisprudencia constitucional”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 11:106-121.
- BALAGUER PÉREZ, A. (2018). *El derecho a la vivienda en el Derecho constitucional europeo*, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters.
- BUSTO LAGO, J.M. (2023). “La Ley por el derecho a la vivienda y el derecho subjetivo a la vivienda”, *Cuadernos de Derecho Privado*, 6: 2-9.
- CERVILLA GARZÓN, M.^a D. y ZURITA MARTÍN, I. (2022). *Vivienda y colectivos vulnerables*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi.
- CALVELL NADAL, D. (2023). “Derecho a la vivienda y legislación de las comunidades Autónomas: ¿Cuál es el margen de actuación según el Tribunal constitucional”, *El Derecho*, 6 de julio 2023.
- COFRADES AQUILUÉ, L. (2014). “El estándar mínimo nacional como preludio del derecho a la vivienda”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 61: 107-136.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2022). *Informe sobre el Anteproyecto de Ley por el derecho a la vivienda*, 27 de enero, file:///C:/Users/Usuario/Downloads/20220127%20Informe%20sobre%20el%20anteproyecto%20de%20Ley%20por%20el%20derecho%20a%20la%20vivienda.pdf
- DRIGO, C. (2020). “La protección de los derechos fundamentales en el espacio europeo y los diversos estándares posibles de protección: el caso del reconocimiento de la dimensión social del derecho a la vivienda por parte del TEDH”, *Anales de Derecho, Universidad de Murcia*, 1: 1-25.
- GÁLVEZ CRIADO, A. (2024). “Una valoración de conjunto sobre el derecho privado en la Ley 12/2023 por el derecho a la vivienda”, en A. Gálvez Criado (Dir.) *Aspectos civiles y procesales de la Ley de vivienda*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 513-548.

- GALLEGO RODRÍGUEZ, P. (2024). “Un paso adelante en la función social de la propiedad”, *La Ley Derecho de familia*, 41:1-24.
- GAVARA DE CARA, J. C. (2024). “El derecho a la vivienda. Problemática de su dimensión objetiva en la Ley por el derecho a la vivienda”, *UNED. Revista de Derecho Político*, 119: 41-70.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. (2022). “Propiedad privada y disciplina del mercado en el Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda”, *Cuadernos de Derecho Local*, 59:14-34.
- LÓPEZ RAMÓN, F. (2014). “El derecho subjetivo a la vivienda” *Revista Española de Derecho Constitucional*, 102, 49-91.
- 2020. “El reconocimiento legal del derecho a disfrutar de una vivienda”, *Revista de Administración Pública*, 212:297-308.
- MARTENS JIMÉNEZ, I. (2024). “Las definiciones de vivienda en la Ley por el derecho a la vivienda” en, A. Gálvez Criado (Dir.) *Aspectos civiles y procesales de la Ley de vivienda*, Valencia, Tirant lo Blanch, 19-55.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. (2025). “Función social de la propiedad y derecho a la vivienda”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 880: 577-631.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2025). “La vivienda en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos. Una visión integradora del derecho a la vivienda y el derecho de propiedad”, *Revista de Derecho Civil*, n.º 1 (enero-marzo): 1-56.
- MUÑOZ CASTILLO, J. (2000). *El derecho a una vivienda digna y adecuada. Eficacia y ordenación administrativa*, Madrid, Colex.
- MUÑOZ PÉREZ, D. (2019). *Reconstrucción del derecho a la vivienda en España. Una perspectiva constitucional*, Madrid, La Ley-Wolters Kluwer.
- NASSARRE AZNAR, S. (2022). Diario de Sesiones del Congreso de Los Diputados, n.º 651, sesión n.º 27, de 25 de abril: 1-70.
- “El Proyecto de Ley de vivienda 2022” *Informes y papeles del Grupo de Trabajo Mixto covid-19 [FEDEA]*, 22/11:1-25.
- PÉREZ DAUDÍ, V. (2021). *Tutela efectiva y derecho a la vivienda*, Barcelona, Atelier.
- PONCE SOLÉ, J. (2017). “La tutela judicial del derecho a la vivienda y el papel del Tribunal constitucional español: luces y sombras en el contexto europeo e internacional”, en J Ponce Solé, M Moltó Darner (Coords.) *Derecho a la vivienda y función social de la propiedad. Nuevas políticas públicas en el marco del servicio público de alojamiento*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi.
- RUIZ-RICO RUIZ, G. (2008). *El derecho constitucional a la vivienda. Un enfoque sustantivo y competencial*, Madrid, Ministerio de la Vivienda.
- SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.ª B. (2023). “La redefinición del derecho de propiedad sobre la vivienda en la era de los bienes comunes. A propósito de la Ley 12/2023 del Derecho a la vivienda”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 19: 630-663.
- VALCÁRCEL BUSTOS, M. (2018). “Competencias y reconocimiento de derechos de las personas vulnerables: sanidad, vivienda y derechos fundamentales”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 111: 341-372.
- ZAMORANO WISNE, J. (2022). *El Derecho a la vivienda en Andalucía*, Valencia Tirant lo Blanch.

NOTAS

¹ 1 Se trata de la segunda vez que la vivienda encabeza el listado de preocupaciones de los españoles, después de que se situase en primera posición en el barómetro de diciembre. Su escalada es, además, notoria, ya que el porcentaje de ciudadanos que la citan como gran problema se ha disparado seis puntos, anotando su mayor cifra desde 2008, cuando pinchó la burbuja inmobiliaria. No obstante, sigue lejos del máximo histórico: el 37,3% de septiembre de 2007. Antes, el dato más alto lo había cosechado en octubre, con un 22,7%, cuando era el tercer problema. En noviembre bajaron las menciones al 22,5%, pero se colocó en segunda posición, y un mes después apareció citada en el 22,3% de los cuestionarios, conquistando la primera plaza.

² Respecto del resultado de la votación del dictamen de la Ley por el derecho a la vivienda, realizada el 27 de abril de 2023, los datos son los siguientes: Presentes: 344. Votos a favor 176; Votos en contra: 167; Abstenciones 1 y no votan: 5. En porcentajes: A favor el 51,16% de los votos, en contra, el 48,55%. Las abstenciones representan un 0,29%. Este escenario pone en evidencia una profunda división en la sociedad respecto a los principios de la Ley y anticipaba los desafíos y dificultades en su implementación, debido a la profunda oposición.

³ Hoy resuelto por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 79/2024, de 21 de mayo, publicada en el BOE núm. 152, de 24 de junio de 2024.

⁴ Resuelto en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de enero de 2025, publicada en el BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2025.

⁵ BOE de 3 de octubre de 2023.

⁶ BOE de 3 de octubre de 2023.

⁷ BOE de 3 de octubre de 2023.

⁸ El análisis del derecho a la vivienda en el Derecho constitucional europeo, vid. BALAGUER PÉREZ, (2018).

⁹ “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud, el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda (...)”.

¹⁰ “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a una vida adecuada para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo al efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”. La Observación General 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas precisa a los Estados que el citado derecho incluye la seguridad jurídica de la tenencia, la disponibilidad de servicios, materiales, instalaciones e infraestructuras, la asequibilidad de la vivienda y costes relacionados con la misma, la habitabilidad, la accesibilidad y la adecuación cultural.

¹¹ Las obligaciones de los Estados Partes se recogen en el artículo 2 y se desarrollan en la Observación General N.º 3 del Comité de 1990.

¹² STC 32/2019, de 28 de febrero.

¹³ Sobre la protección de los derechos fundamentales en el espacio europeo y los diversos estándares posibles de protección así como el reconocimiento de la dimensión social del derecho a la vivienda por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, vid. DRIGO (2020:1-25). Vid. Los efectos de la perspectiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de vivienda en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en VALCÁRCEL BUS-TOS (2008:359-366).

¹⁴ “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la vivienda, las partes se comprometen a adoptar medidas destinadas: 1. A favorecer el acceso a la vivienda de una calidad suficiente; 2. A prevenir y paliar la situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación; 3. A hacer asequible el precio de las viviendas a las personas que no dispongan de recursos suficientes”.

¹⁵ El estudio de la vivienda y los colectivos vulnerables en CERVILLA GARZÓN y ZURITA MARTÍN (2022).

¹⁶ “Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda a la vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho Comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales”.

¹⁷ El punto 1 de la Resolución del Parlamento Europeo, “Pide a la Comisión y a los Estados Miembros que garanticen la igualdad de acceso para todos a una vivienda digna y adecuada, incluidos el agua potable limpia y de calidad, un saneamiento e higiene adecuados y equitativos, la conexión a las redes de alcantarillado y traída de aguas, un entorno interior de alta calidad y una energía asequible, fiable y sostenible para todos, contribuyendo así a erradicar la pobreza en todas sus formas, protegiendo los derechos humanos de los hogares desfavorecidos y apoyando a los grupos mas vulnerables, a fin de proteger su salud y bienestar”.

¹⁸ Dispone el apartado 22: “Son servicios de interés general que forman parte de las funciones esenciales de las autoridades públicas, la educación, la salud pública, la vivienda pública y social y los servicios sociales de interés general que asumen funciones de seguridad social y de inserción social”.

¹⁹ Sobre el artículo 47 CE existe una amplia bibliografía, entre otros, MUÑOZ CASTILLO (2000 y 2003); RUIZ-RICO RUIZ (2008), PONCE SOLÉ (2017 y 2019) MUÑOZ PÉREZ (2019).

²⁰ Se afirma en el Preámbulo de la Ley por el derecho a la vivienda que, “El mercado de la vivienda tiene un alto grado de demanda. La insuficiencia de parques públicos de vivienda, explica en buena medida las extraordinarias dificultades de amplias capas de la población para disponer de una vivienda que se adapta a sus necesidades y a sus capacidades económicas. Tal es el caso, por ejemplo de las personas jóvenes que tienen que retrasar la edad de emancipación por sus dificultades para la incorporación al mercado de trabajo y el acceso a la vivienda. De hecho la edad media de emancipación en nuestro país ha sufrido un importante retroceso con motivo de la crisis económica, situándose en 2020, según los últimos datos de Eurostat, en 29,8 años muy por encima de la media de la Unión Europea, que se sitúa en los 26,4 años”. Otro dato de gran relevancia que se expone en el Preámbulo, es que “del total de las viviendas construidas entre el año 1962 y el año 2020, el 31,5% fueron viviendas protegidas, es decir uso 5,7 millones de viviendas que se promovieron al amparo de algún régimen de protección pública, pero que en su mayoría y pese al importante esfuerzo público realizado en su promoción y construcción, han dejado de estar sujetas, en plazo relativamente cortos, a ningún tipo de límite de venta o alquiler”.

²¹ Sentencia que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 5491-2023, interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía en relación con diversos preceptos de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda.

²² STC 7/2010, de 27 de abril, FJ 7 con cita de la STC 152/1988, de 20 de julio, FJ 2; STC 32/2019, de 8 de febrero, FJ 6, con cita de otras muchas

²³ Autoriza este precepto a las Comunidades Autónomas a asumir competencias plenas en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.

²⁴ STC 152/1988, de 20 de julio; STC 37/2022, de 10 de marzo. Sobre las competencias autonómicas en materia de vivienda frente a las competencias estatales de carácter transversal en la jurisprudencia constitucional, vid. ARIAS MARTÍNEZ (2019:106-121).

²⁵ Señala el artículo 5.1.a que “todos los ciudadanos tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible, concebida con arreglo al principio de diseño para todas las personas, que constituya su domicilio libre de ruidos u otras inmisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos por la legislación aplicable y en un medio ambiente y paisajes adecuados”.

²⁶ LÓPEZ RAMON (2020:299) apunta que la interpretación literal es inequívoca, y cualquier cuestionamiento al respecto requiere quien lo plantee demuestre por qué la ley, que garantiza un derecho, en realidad no lo contempla. En el mismo sentido PONCE SOLÉ (2017:61) afirma que el derecho a la vivienda se configura como un auténtico derecho subjetivo, exigible judicialmente.

²⁷ En el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía, asume la competencia en materia de vivienda en virtud de lo establecido en el artículo 56.1 de su Estatuto de Autonomía, según el cual “corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de vivienda, que incluye en todo caso: a) La planificación, la ordenación, la gestión, la inspección y el control de la vivienda; el establecimiento de prioridades y objetivos de la actividad de fomento de las Administraciones públicas de Andalucía en materia de vivienda y la adopción de las medidas necesarias para su alcance; la promoción pública de viviendas; las normas técnicas, la inspección y el control sobre la calidad de la construcción; el control de condiciones de infraestructuras y de normas técnicas de habitabilidad de las viviendas; la innovación tecnológica y la sostenibilidad aplicable a las viviendas; y la normativa sobre conservación y mantenimiento de las viviendas y su aplicación. B) La regulación administrativa del comercio referido a viviendas y establecimiento de medidas de protección y disciplinarias en este ámbito”. Sobre el derecho de vivienda en Andalucía ZAMORANO WISNE (2022).

²⁸ Se dispone en su artículo 1 que “El objeto de la presente ley es regular el derecho a la vivienda, entendida como el derecho de toda persona a acceder a una vivienda digna que sea adecuada, en las distintas etapas de la vida de cada cual, a la situación familiar, económica y social y a la capacidad funcional” y define este derecho como “derecho constitucional y estatutario”.

²⁹ Sobre los distintos pronunciamientos del Tribunal Constitucional y su margen de actuación respecto del derecho a la vivienda y la legislación de las Comunidades Autónomas (CLAVELL NADAL, 2023).

³⁰ En la Exposición de Motivos de la Ley y ante la ausencia de una norma que “fije aquellas condiciones básicas y de igualdad que garanticen un tratamiento uniforme del derecho a la vivienda que reconoce la Constitución” se afirma que la ley “busca el establecimiento de una regulación homogénea de los aspectos más esenciales de las políticas de vivienda que tanto afectan, como se ha señalado no sólo a la satisfacción del propio derecho de acceso a la vivienda, sino también a la de otros derechos constitucionales y a la actividad económica del país”.

³¹ Técnica “ajena a nuestra tradición, propia y apropiada de la tradición jurídica anglosajona, pero que en nuestro ordenamiento, en el que no existen las restricciones del ordenamiento anglosajón, y la interpretación extensiva y la aplicación analógica son posibles, las definiciones pueden acabar convirtiéndose en material jurídico deleznable” LÓPEZ Y LÓPEZ, 2022:29). El Consejo General del Poder Judicial en su Informe Jurídico al Anteproyecto de la Ley, es especialmente crítico con el artículo 3, afirma que merece una crítica parcialmente desfavorable toda vez que recoge una serie de conceptos jurídicos, algunos de los cuales por “vulgares”, exceden

el objeto de una ley, y, a menudo, colisionan con otras muchas leyes que más técnicamente los contemplan. Adicionalmente, resulta difícil asumir que las definiciones que contiene lo sean a los limitados efectos de la presente Ley, pues pasan a ser “conceptos jurídicos”, integrados ahora en el ordenamiento positivo, cuya coordinación con otras leyes civiles no está clara y que en algunos casos propician la exclusión de tales definiciones por absolutamente innecesarias. También critica la inclusión en la Ley de una definición para el término vivienda, por cuanto trata de conceptuar con alcance estatal el *factum* “vivienda” cuando éste es el término que sirve a la delimitación exclusiva de la competencia autonómica resultando de nuevo cuestionable en la medida en que se redefine desde la norma estatal el ámbito de las competencias autonómicas.

³² NASSARRE AZNAR (2022:4), en su intervención en el Congreso de los Diputados, considera que uno de los grandes problemas del artículo 3 de la Ley (Anteproyecto entonces), es el “conflicto de los conceptos”.

³³ Vid. GÁLVEZ CRIADO (2024: 513-548).

³⁴ Vid. SAINZ-CANTERO (2023: 630-663).

³⁵ Según el Informe del Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto de la Ley (2022), el artículo 10, por su transcendencia, exige una más profunda reflexión. De esta manera, en términos similares a como hace tiempo ya existe con la propiedad del suelo, *parece consagrar una concepción estatutaria del derecho de la propiedad privada sobre la vivienda* en el sentido de que en él se integran, tan solo, los derechos o facultades que la norma administrativa tipificadamente concede.

³⁶ Vid NASSARE AZNAR (2022:1-25) y en línea similar el Consejo General del Poder Judicial, en su Informe al Anteproyecto de Ley, sostuvo que la clara vocación jurídico-pública le lleva a soslayar, cuando no a contradecir, la normativa civil.

³⁷ Las tenencias intermedias, como otras soluciones de Derecho Civil, pueden ofrecer respuestas a un amplio colectivo de los ciudadanos con rentas medias y bajas, destensionando al mismo tiempo el mercado del alquiler. SAINZ-CANTERO (2023:658). La propiedad compartida y la propiedad temporal son dos nuevas formas de tenencia de bienes inmuebles que ya están previstas en Cataluña y ofrecen solución al acceso al bien, vivienda, y también resuelven sobre su gestión compartida o colaborativa. Y aunque el gobierno español recurrió por inconstitucionalidad basada en invasión de competencias, la propiedad temporal catalana, la STC 95/2017, de 6 de julio, la declaró constitucional afirmando que “la propiedad temporal que regula la Ley 19/2015 no supone la conservación o modificación de una institución existente en el Derecho civil especial de Cataluña, pues ha quedado claro que es una figura jurídico real que no estaba regulada en él al promulgarse la Constitución. Constituye, sin embargo, una actualización a las necesidades presentes de acceso a la vivienda de un principio preexistente en dicho ordenamiento, cual es la utilización de fórmulas de dominio dividido para facilitar el acceso a la propiedad”.

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 CIN-DOC (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 reseñas 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.lopdp@corpme.es.

