REVISTA CRITICA
DE
D E R E C H O
INMOBILIARIO

Año XCIX • Mayo - Junio • Núm. 803

REVISTA CRÍTICA

DE

DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Dedicada, en general, al estudio
del Ordenamiento Civil y Mercantil,
y especialmente al Régimen Hipotecario

Año XCIX • Mayo-Junio 2024 • Núm. 803

REVISTA BIMESTRAL

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

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

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

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

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

ÓRGANOS RCDI

Presidente

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

Secretario

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

Comité editorial

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

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

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

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

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

Consejo Científico

Don Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Don Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

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

Don Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

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

Don Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Juan José Pretel Serrano
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Alfonso Candau
Ex Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Luis Fernández del Pozo
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Don Basilio Aguirre Fernández
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

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

Don Joaquín Delgado Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

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

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

Don Vicente Guilarte Gutiérrez
Catedrático de Derecho Civil Universidad de Valladolid

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

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

Doña Cristina Martínez Ruiz
Registradora de la Propiedad y Mercantil

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

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

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

Doña Encarnación Roca Trías
Magistrada del Tribunal Constitucional

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

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

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

Doña Fátima Yañez Vivero
Catedrática de Derecho Civil UNED Madrid

Don Manuel Ballesteros Alonso
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Doña Pilar Palazón Valentín
Registradora de la Propiedad

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

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

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

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

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

SUMARIO / *SUMMARY*

Págs.

ESTUDIOS/*STUDIES*

BALBÁS GARCÍA, Andrés: La responsabilidad civil de los registradores y su alcance para los terceros beneficiados / *Civil liability of registrars and its scope towards third party beneficiaries* 1303

CLEMENTE CRISTÓBAL, Víctor: La prescripción de las acciones de responsabilidad contra administradores sociales / *The Statute of Limitations for Liability Actions Against Company Directors* 1349

MATAS BENDITO, Manuel: Los nuevos instrumentos de transformación urbanística de la ciudad y su inscripción en el Registro de la Propiedad / *The new instruments of urban transformation of the city and its registration in the Land Registry.* 1365

ESTUDIO LEGISLATIVO / *LEGISLATIVE STUDY*

HERNÁNDEZ SAINZ, Esther: Conversión del tipo de interés variable en un tipo fijo en los préstamos hipotecarios como remedio ante la subida de los tipos de interés tras el RD-Ley 19/2022 / *Conversion of the variable interest rate to a fixed rate in mortgage loans as a remedy to rising interest rates after RD-Ley 19/2022* 1429

DICTÁMENES Y NOTAS / *LEGAL OPINIONS AND NOTES*

ROVIRA FERRER, Irene: El nuevo supuesto de no sujeción al IIVTNU relativo a los hijos y sujetos dependientes de mujeres fallecidas por violencia de género: análisis crítico y propuesta de reformulación / *The new case of non-subjection to the Spanish Tax on the Increase in Value of Urban Land related to children and dependents of women deceased due to gender-based violence: critical analysis and proposal for its reformulation* 1491

Págs.

DERECHO COMPARADO / *COMPARATIVE LAW*

MEDA RUANO, Lester Manuel: Registro de la Propiedad en la República de Guatemala y aplicación de criterios registrales por la Corte de Constitucionalidad / *Property Registry in the Republic of Guatemala and application of registration criteria by the Constitucional Court.* .. 1533

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

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, coordinado por Juan José Jurado Jurado 1557

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / *JUDICIAL STUDIES*

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

— La necesidad y conveniencia de vacunación de un menor contra la covid-19. Consentimiento informado por representacion / *The need and convenience of vaccination of a minor against covid-19. Informed consent by representation*, por Elena FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA..... 1693

1.2. Derecho de Familia

— La renta vitalicia como instrumento económico de protección para las personas mayores y discapacitadas / *Life annuity as an economic instrument of protection for elderly and disabled people*, por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT..... 1713

1.3. Derecho Reales

— La distribución de la responsabilidad hipotecaria y su relación con la indivisibilidad de la hipoteca / *Distribution of mortgage responsibility and indivisibility of the mortgage*, por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA..... 1817

Págs.

1.5. Obligaciones y contratos

— Gastos hipotecarios: Sobre el *dies a quo* tras las sentencias del TJUE / *Mortgage expenses: On the dies a quo after EUCJ decisions*, por Robert REINHART SCHULLER 1841

1.7. Concursal

— La cesión de bienes para pago y el concurso de acreedores. Ámbito de aplicación del artículo 1175 del Código Civil / *The transfer of assets for payment and the bankruptcy of creditors. Scope of application of article 1175 of the Civil Code*, por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS 1865

2. MERCANTIL. DERECHO CONCURSAL

— La enajenación en fase común concursal sin autorización judicial como negocio incompleto, legitimación e interés jurídico / *Disposal in the common bankruptcy phase without judicial authorization as an incomplete business, legitimation and legal interest*, por Francisco REDONDO TRIGO 1889

3. URBANISMO

— Reflexiones sobre la regulación de la afección real urbanística reparcelatoria en el Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana / *Reflections on the regulation of the urban security right in plot-redivision procedures by the draft bill amending the Spanish Building Act,* , por Eugenio-PACELLI LANZAS MARTÍN 1915

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / *BIBLIOGRAPHY INFORMATION*

MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo, "*Comunidad hereditaria y Registro de la Propiedad",* Aranzadi, Madrid 2024, 194 páginas, por Javier GÓMEZ GÁLLIGO 1935

ZUMAQUERO GIL, Laura, *Efectos de la compensación de deudas*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 318 páginas, por Begoña GONZÁLEZ ACEBES 1943

ESTUDIOS

La responsabilidad civil de los registradores y su alcance para los terceros beneficiados

Civil liability of registrars and its scope towards third party beneficiaries

por
ANDRÉS BALBÁS GARCÍA
Estudiante
Doble Grado Derecho-Ciencias Políticas

RESUMEN: El presente trabajo versa sobre la responsabilidad civil profesional de los registradores plasmando las peculiaridades derivadas de su condición mixta de funcionarios públicos y profesionales del derecho. El estudio recoge un análisis sobre las características del régimen específico de responsabilidad de estos profesionales estipulado en la LH. De esta manera, se analizan íntegramente los elementos necesarios para el nacimiento de la responsabilidad a través de una revisión jurisprudencial y bibliográfica de la materia, poniendo el foco en cuestiones relevantes tales como el *quantum* indemnizatorio, la prescripción de la acción del perjudicado y un sucinto examen sobre los supuestos legales que dan lugar a la responsabilidad. Asimismo, se analiza el alcance de la responsabilidad en los terceros beneficiados, puesto que la importancia de las acciones realizadas por el registrador hace muy probable que puedan repercutir de manera beneficiosa en terceros ajenos a la conducta culposa o negligente.

ABSTRACT: The present academic exploration concerns the professional civil liability of registrars. It aims at capturing the peculiarities arising from their dual status as public officials and legal professionals. The study encompasses an analysis of the characteristics of the specific liability regime for these professionals as stipulated in the LH. Thus, the necessary elements for the emergence of liability are thoroughly examined through a jurisprudential and bibliographic review of the

subject, focusing on relevant issues such as indemnity quantum, the prescription of the aggrieved party's action, and a succinct examination of the legal scenarios giving rise to liability. Additionally, the scope of liability in relation to third-party beneficiaries is analyzed, as the significance of actions performed by the registrar makes it highly probable that they may beneficially affect third parties unrelated to negligent or culpable conduct.

PALABRAS CLAVE: Registrador, tercero beneficiado, daño, conducta negligente o culposa, nexo causal, indemnización, prescripción, enriquecimiento sin justa causa.

KEYWORDS: Registrar, third-party beneficiary, damage, negligent or culpable conduct, causal link, indemnification, prescription, unjust enrichment.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIGURA DEL REGISTRADOR.—III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD DEL REGISTRADOR: III.1. Debate doctrinal sobre el carácter civil o administrativo de la responsabilidad del registrador. III.2. Régimen de responsabilidad civil de los registradores. *III.2.A. Marco legal. III.2.B. Características de la responsabilidad civil de los registradores. III.2.C. Elementos o presupuestos necesarios de la responsabilidad civil de los registradores.* III.3. Prescripción de la acción de responsabilidad. III.4. Algunos supuestos de responsabilidad. III.5. La indemnización del daño debido al acto negligente o culposo del registrador.—IV. LA POSIBLE EXISTENCIA DE TERCEROS BENEFICIADOS. IV.1. Algunos aspectos procesales sobre la existencia del tercero beneficiado. *IV.1.A. Legitimación pasiva. IV.1.B. Existencia de un pacto extrajudicial entre el registrador o la aseguradora y el perjudicado. IV.1.C. Acerca de la intervención provocada. IV.1.D. Posibilidad de acumulación subjetiva de acciones y el Juzgado o Tribunal competente. IV.1.E. La prescripción con terceros beneficiados*.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

El régimen original de responsabilidad civil de los registradores, recogido en los artículos 311 a 333 de la ley fundacional hipotecaria de 1861[1], fue uno de los primeros sistemas de responsabilidad profesional que vio la luz en el marco legislativo español. El articulado de esta pionera regulación ha llegado prácticamente intacto hasta la actualidad[2], donde se recoge en el vigente Decreto de

8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria en sus artículos 296 a 312.

No obstante, la existencia de una regulación específica relativa a la responsabilidad civil de los registradores ha generado numerosas críticas y debates doctrinales. En este sentido, algunos autores[3] lo consideran insuficiente, imperfecto y escaso, dando lugar a la necesidad de aplicación subsidiaria de los artículos del Código Civil: el art. 1902 por responsabilidad extracontractual, o el art. 1101 si se entendiera que entre el registrador y el cliente hay un vínculo contractual.

Asimismo, la doble condición de funcionario público y de profesional del Derecho característica de los registradores otorga un atractivo añadido al régimen de responsabilidad de estos. Como resultado, es común que un sector doctrinal[4] conecte la función pública de estos profesionales con el régimen de responsabilidad aplicable, lo que en sentido estricto podría dar cabida a una eventual responsabilidad patrimonial de la Administración. La exposición de estas controversias relativas tanto a la condición del registrador como a la posible existencia de responsabilidad administrativa, serán tratadas más detenidamente en las siguientes páginas.

El incremento durante los últimos años de las reclamaciones contra estos profesionales, tal y como confirman ESTRUCH ESTRUCH (2014*,* 18) y PARRA LUCÁN (2007*,* 823), dota a esta materia de particular interés. Al mismo tiempo, este aumento se ha visto acompañado de un crecimiento en las exigencias profesionales relativas a las funciones de publicidad e información de los registradores y del Registro en aras de mejorar la seguridad jurídica.

A su vez, la importancia que tienen las funciones llevadas a cabo por el registrador en el mercado y en la seguridad jurídica del tráfico hace inevitable la enorme repercusión de sus posibles errores o negligencias. Por este motivo, es posible que se den una infinidad de casos distintos donde haya perjudicados de distinta naturaleza e incluso personas beneficiadas por esa actuación negligente o errónea. La LH dedica un especial tratamiento a los terceros beneficiados, que gozan de un incremento en su patrimonio sin ninguna justa causa. El alcance de la responsabilidad de estos terceros será desarrollado con especial detalle al final de este trabajo.

Antes de pasar a desarrollar el contenido de este trabajo, es útil un breve recordatorio de dos instituciones ligadas al análisis de la responsabilidad civil de los registradores. En primer lugar, resulta necesario recordar la diferencia entre la figura del registrador y la del Registro. El Registro es aquella institución pública dependiente del Ministerio de Justicia y enmarcado en el esquema de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública[5] que "tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás

derechos reales sobre bienes inmuebles"[6] en el caso de los Registros de la Propiedad. Para algunos autores, el hecho de que el acto dañoso sea consecuencia de actos del propio registrador o del funcionamiento del Registro como servicio público debe proyectar sus efectos en cuanto a la responsabilidad por sus consecuencias.

En segundo lugar, es indispensable recordar las funciones del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Como es sabido, es una Corporación de Derecho público amparada por la ley y reconocida por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad, que gozará de autonomía para el cumplimiento de sus fines, como se señala en el artículo primero de sus Estatutos. Esta corporación se rige por lo establecido en la legislación hipotecaria, en la de los Colegios Profesionales y por sus Estatutos; y se relaciona con la Administración a través de Ministerio de Justicia y de la Dirección General de los Registros y del Notariado[7].

Pues bien, a efectos del presente trabajo, la corporación tiene la posibilidad de contratar una póliza de seguro colectiva de responsabilidad civil. Es decir, conforme al art. 520 RH[8], el Colegio de Registradores contrata de manera colectiva una póliza de seguro para cubrir las eventuales responsabilidades patrimoniales en las que pueda incurrir cualquier registrador. Se trata de una cuestión de la que nos ocuparemos con mayor profundidad más adelante.

II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIGURA DEL REGISTRADOR

Conviene comenzar este trabajo tratando de identificar la figura del registrador y su naturaleza jurídica. El registrador es aquel funcionario público que, accediendo al cargo por medio de la oposición al Cuerpo de Aspirantes a registradores de la propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, actúa como máximo dirigente y responsable del Registro de la Propiedad, Mercantil o de Bienes Muebles que tenga designado según la circunscripción correspondiente.

Las funciones que tienen asignadas estos profesionales vienen recogidas en las distintas normas legales y reglamentarias. Sin embargo, no se pretende abordar en este trabajo el conjunto de funciones de los registradores, sino que únicamente se mencionarán aquellas que se consideran más relevantes para posteriormente poder tratar la casuística que pueda dar lugar a la responsabilidad de estos profesionales.

La primera función asignada a los registradores es la dirección y llevanza de los Registros de la Propiedad, Mercantiles o de Bienes Muebles que tengan atribuidos, lo que es una de las principales facetas de su condición de profesionales

del Derecho. Por otro lado, los registradores son los profesionales competentes para la calificación de legalidad de los documentos que los clientes soliciten a inscripción, así como para determinar la capacidad y legitimidad de los otorgantes, y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas.[9] Además, deben autorizar los asientos que se practiquen en el Registro, una función que puede dar lugar a numerosos casos de responsabilidad por la especial importancia del asiento de presentación a efectos de seguridad jurídica. Finalmente, los registradores también tienen deberes relativos a la información o al asesoramiento realizados por medio de la publicidad de los asientos o expidiendo certificaciones y notas simples informativas, o por medio de la realización de otras funciones similares recogidas en la normativa hipotecaria.

En definitiva, en última instancia la labor de estos profesionales busca la protección de la seguridad jurídica del mercado inmobiliario y mobiliario, dando publicidad a las inscripciones y anotaciones de sus libros, y del tráfico jurídico mercantil, publicando los datos de las sociedades, así como los casos de representación e inscripciones.

La necesidad de estudiar el régimen de responsabilidad de los registradores se explica por una peculiaridad que los caracteriza: esta figura "reúne la doble condición de funcionario público y profesional del derecho"[10], tal y como recoge el Preámbulo del Real Decreto 483/1997, de 14 de abril, por el que se aprueban los Estatutos generales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España: "Los registradores de la Propiedad y Mercantiles tienen el doble carácter de funcionarios públicos y de profesionales del Derecho, unidos de manera indisoluble."

En primer lugar, son funcionarios públicos porque ejercen funciones públicas encomendadas por las normas, acceden al puesto por medio de oposición libre, siendo admitidos en virtud de un título administrativo habilitante y son titulares indisolublemente de las Oficinas Liquidadoras de Distrito Hipotecario[11]. Aún más, según el art. 274 de la LH "[l]os registradores de la propiedad tienen el carácter de funcionarios públicos para todos los efectos legales". Con respecto a los registradores Mercantiles el art. 13.3 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil asimila su estatuto jurídico al de los registradores de la propiedad, "sin más especialidades que las establecidas por la Ley y por este Reglamento". De todo ello puede deducirse que la naturaleza legal y formal del registrador parece coincidir con la de funcionario público.

Por otra parte, los registradores son profesionales del Derecho tal y como establece el Preámbulo del RD 483/1997 recientemente expuesto. A este respecto, es una nota fundamental de su profesionalidad que la remuneración del registrador no se deriva de los Presupuestos Generales del Estado como el del resto

de funcionarios, sino que su salario se percibe de los honorarios de los clientes fijados conforme a los aranceles establecidos por el Gobierno y que se pagan directamente a la oficina del registro, tal y como indica NAVARRO GÓMEZ (2007, 28)[12].

Además, son profesionales que organizan de forma independiente sus oficinas contratando a sus empleados como estipula el art. 558 del RH: "[e]l registrador tendrá en su despacho los empleados que necesite, los cuales desempeñarán los trabajos que les encomiende, bajo la exclusiva responsabilidad de aquél y siempre bajo el régimen jurídico de relación laboral". Es decir, el registrador es prácticamente un empresario que contrata a sus trabajadores y los engloba dentro de su ámbito de decisión, dependencia y organización. Finalmente, otra nota caracterizadora del carácter profesional del registrador es que este último deberá de hacerse cargo de los gastos de funcionamiento e inversión necesarios para el registro.[13]

En conclusión, los registradores gozan de una condición mixta con cualidades de profesional del derecho y de funcionario público. En palabras de MARTÍNEZ-CARDÓS (2021), los registradores pueden ser calificados como "funcionarios funcionales" (MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, (2021, *sub* apartado 1). La especialidad de los registradores recaería en que ejercen la función pública que desempeñan en un régimen de independencia y bajo su responsabilidad (BALLESTEROS ALONSO, 2003, p. 71). En lo que respecta al marco legal, el art. 536 del Reglamento Hipotecario establece que "[l]os registradores de la Propiedad y Mercantiles ejercen profesionalmente, bajo su responsabilidad, las funciones públicas atribuidas por las leyes en general, y en particular por la legislación hipotecaria y mercantil, y en virtud del carácter de funcionarios públicos que les reconoce el artículo 274 de la LH, tienen los derechos reconocidos por las leyes administrativas."

Por lo tanto, la solución que establece el legislador ha sido identificar al registrador como un funcionario a efectos formales, ya que el mismo ejerce profesionalmente las funciones públicas que le asignan las normas. Por lo tanto, el concepto imperante sería el de "ejercicio privado de funciones públicas", en tanto que, "mantiene una posición profesional independiente y, en su caso, imparcial frente a la Administración; no se integra en el aparato administrativo y, por tanto, no recibe instrucciones singulares —salvo supuestos de excepción—, sino que cumple exclusivamente las reglas generales que regulan su actividad, bajo su propia responsabilidad", como sucede con las profesiones que se enmarcan dentro de este concepto[14].

A su vez, suscita interés en el marco de este debate sobre la condición del registrador, la posible, o no posible, comisión de un delito de prevaricación por parte de un registrador. Como es sabido, el art. 404 del Código Penal (CP) tipi-

fica como delito dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo en caso de que el sujeto activo del delito sea una "autoridad o funcionario público." Por consiguiente, el debate se ocasiona en lo relativo al carácter de funcionario público del registrador y a si sus tareas se enmarcan dentro de lo denominado "asunto administrativo", una controversia que ni la doctrina ni la jurisprudencia han aclarado en su totalidad.

En este sentido, la STS 29 de septiembre de 2009 (RJ 2009, 5984) aclara en su FD 4.º [15] la atipicidad de unos hechos por los cuales se acusaba a un registrador de un delito continuado de prevaricación, puesto que el Tribunal considera que las resoluciones dadas por el registrador no se enmarcan dentro del concepto de "asuntos administrativos". En la línea contraria, la SAP de Las Palmas de 13 de mayo de 2005 (ARP 2005, 547), a pesar de absolver al registrador, clarifica que es posible que un registrador incurra en este tipo penal estipulando que "al tratarse de un delito especial propio, los elementos objetivos de la autoría quedan determinados por la cualidad de funcionario público del agente, cualidad ampliada a los supuestos de toda persona que participe en el ejercicio de funciones públicas, (…) entre los que se encuentran, sin duda, los registradores de la propiedad".

Por consiguiente, el debate que se suscita vuelve a recaer sobre la verdadera condición de los registradores, así como de sus actos. Por este motivo, para algunos autores, los registradores a efectos penales deben ostentar en todo caso la condición de funcionarios públicos[16]. Sin embargo, entendemos que, si los registradores no son considerados funcionarios públicos en aspectos como el régimen retributivo o la responsabilidad profesional, no parece aceptable concluir que lo sean solo a efectos penales.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD DEL REGISTRADOR

III.1. Debate doctrinal sobre el carácter civil o administrativo de la responsabilidad del registrador

El atractivo de la condición mixta del registrador de la propiedad suscita el problema del cauce relativo a la responsabilidad de sus actos, ya que, si se consideran funcionarios públicos de manera estricta, sus actos se enmarcarían dentro de las funciones administrativas, por lo que el régimen de responsabilidad debería ser administrativo. Sin embargo, si se consideran profesionales liberales, la responsabilidad se encuadraría dentro del marco legal de la normativa hipotecaria y del régimen civil común del CC.

En este sentido, se va a desarrollar esta controversia a partir de las tres posturas o interpretaciones que MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, identificó sobre la naturaleza de la responsabilidad de los registradores[17].

En primer lugar, la tesis civilista defiende la aplicación de la normativa civil en lo relativo a la responsabilidad de estos profesionales. Se escudan en la redacción dada por diversos preceptos de las normas, y principalmente en el art. 18 LH que establece que "[l]os registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase (…)" y en el art. 536 RH que dice: "ejercen profesionalmente, bajo su responsabilidad". En este sentido, los autores de esta tesis afirman correctamente que en ningún momento la ley hace alusión a una hipotética responsabilidad patrimonial de la Administración.

Esta es la posición defendida por PARRA LUCÁN[18] y BALLESTEROS ALONSO[19], afirmando este último que las normas de responsabilidad de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos no son aplicables a los registradores por su independencia y carácter profesional. Con ellos, otros como Domínguez Luelmo, Sagardoy de Simón, Parada Vázquez o Barrero Rodríguez también afirman la naturaleza civil de la responsabilidad de estos profesionales.

La segunda de las posturas se identifica con la tesis administrativista, que sostiene que los registradores son funcionarios públicos conforme al art. 274 LH y que, al ejercer funciones públicas, todos los daños causados por ellos deben ser reclamados conforme al régimen normativo de la Administración Pública. En este sentido, sería de aplicación la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en su artículo 32 que recoge la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. La aplicación de este precepto conllevaría que la responsabilidad aplicable al registrador fuese objetiva, mientras que la responsabilidad en el ámbito civil es subjetiva o por culpa.

Esta tesis es defendida por GONZÁLEZ PEREZ, que acusa a los "hipotecaristas" de tener escasa "preparación jurídico-administrativa" cuando afirman el carácter privado del régimen registral. Por ello, establece que hablando del Registro de la propiedad "resulta obvio que estamos en presencia de un servicio público" y afirma que "los actos dictados por aquel órgano estatal al que corresponde la realización del servicio público registral son, cualquiera que sea la concepción de acto administrativo de que se parta, actos administrativos, dictados en un procedimiento administrativo."[20]

Esa misma línea se defiende por DOMINGUEZ LUIS, que la denomina como *organicista* en su tesis doctoral. A su juicio, el registrador de la propiedad "se trata de un funcionario que actúa directamente por el Estado, en cuanto forma parte de éste como órgano a través del cual el mismo Estado expresa su propia

voluntad expresiva de la función pública registral y, por tanto, es imputable en último término directamente a la Administración".[21] Además, entiende que la vía administrativa es más garante para el perjudicado que la vía privada o civil, algo no exento de crítica debido a la escasa agilidad de la tramitación procedimental administrativa. Concordamos, eso sí, con el autor en que la responsabilidad objetiva es más beneficiosa y garante para el perjudicado que la subjetiva, ya que esta última exige por parte de la víctima la prueba de la culpa por el profesional.

En un punto intermedio se sitúan quienes combinan ambas posturas. A esta tesis, que denominaremos mixta, corresponden autores como ESTRUCH ESTRUCH o PARRA LUCÁN. En ambos casos, se estudia el régimen de responsabilidad de los registradores de una manera pragmática, lo que los lleva a afirmar la necesidad de intervención del régimen administrativo cuando la responsabilidad civil no es suficiente.

Así, por ejemplo, ESTRUCH ESTRUCH considera que la Administración debería de responder cuando, a pesar de que existiesen daños causados a un tercero, el registrador hubiese cumplido con sus obligaciones y el estándar de diligencia superior que ya se ha mencionado. Además, entiende que los daños generados por el funcionamiento ordinario del Registro (concebido como servicio público) en los que el registrador no hubiese actuado culposamente con mayor motivo debería de depurarse responsabilidad del servicio público. La posición se justifica trayendo a colación el principio de fe pública y el art. 149.1. 8.ª CE relativo a la competencia estatal en materia de registros públicos[22].

Por su parte, PARRA LUCÁN señala que, a pesar de que el régimen de responsabilidad aplicable sea el civil, se dan casos en los que una sucesión de actos tanto del Notario como del registrador provocan daños a los que el sistema civil de culpa no puede hacer frente de forma eficiente, afirmando así que "[u] n sistema de responsabilidad objetiva, como la que existe en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración cubriría unos daños, (…) que no quedan cubiertos en un sistema como es el del responsabilidad por culpa que se aplica a Notarios y registradores."[23]

En una línea equivalente se encuentra LACRUZ BERDEJO. Aunque parte de la exclusión del Registro con respecto al resto del aparato de la Administración desde la promulgación de la primera Ley Hipotecaria, la responsabilidad subsidiaria de la Administración Pública por la actuación del registrador se justifica a partir de la función pública desempeñada por los registradores y por el art. 106.2 de la Constitución Española[24].

Los argumentos expuestos deben llevar a la conclusión de que, como en el caso de los Notarios, los registradores ejercen de forma profesional unas funciones públicas atribuidas por Ley, tal y como estipulan los arts. 332.7 RH, y 334.1 RH.[25] Además, la normativa hipotecaria y mercantil relativa a los registradores

afirma que numerosas funciones realizadas por los mismos son ejercidas "bajo su responsabilidad". Por este motivo, se confirma que la responsabilidad del registrador es de carácter personal, y, por lo tanto, civil, sin que tenga ningún fundamento la defensa de la vía administrativa para los actos negligentes o culposos y dañosos realizados por estos.

El contraste con otros ordenamientos es muy útil desde la perspectiva ahora analizada. Singular interés tiene el caso italiano[26]. En este ordenamiento la responsabilidad de los actos de los registradores era personal y directa antes de la entrada en vigor de la Ley núm. 22, de 21 de enero de 1983. Sin embargo, tras la aprobación de la mencionada Ley, se estableció un régimen de responsabilidad del Estado por los actos producidos por los equivalentes a los registradores en el país italiano (*Conservatore dei registri immobiliari*).

Es de notoria importancia poner de manifiesto que este cambio de régimen vino precedido por la Ley núm. 734, de 15 de noviembre de 1973 que modificaba el sistema de retribución de los registradores, dado que los emolumentos u honorarios pasaron a formar parte de las arcas estatales. Esta reforma generó en Italia un profundo descontento en los registradores que tendieron a abandonar sus puestos de trabajo poniendo en jaque al sistema de seguridad jurídica del mercado inmobiliario italiano; de ahí que la Ley núm.22 del 1983 cambiara el sistema de responsabilidad desde los daños producidos por los registradores desde el día 24 de noviembre de 1973.

En este clarividente caso se puede ver como la discordancia entre el origen de las retribuciones de los profesionales y el régimen de responsabilidad patrimonial están conectados y su discordancia puede generar irregularidades e inestabilidad en el sistema. En la situación inversa a la dada en Italia (si el registrador percibiese los honorarios directamente de sus clientes, pero la responsabilidad patrimonial de sus actos estuviese a cargo de la Administración), la situación tampoco sería correcta, puesto que el Estado se tendría que hacer cargo de los daños causados por el profesional.

El ejemplo italiano refuerza la tesis civilista, ya que, como se ha explicado con anterioridad, el sistema retributivo de los registradores en España es conforme a los honorarios de sus clientes fijados por los aranceles estipulados por el Gobierno.

III.2. Régimen de responsabilidad civil de los registradores

III.2.A. Marco legal

Una vez resuelta la caracterización de la responsabilidad de los registradores como una responsabilidad propia, personal y directa (*ubi emolunmentum ubi*

onus), analizamos ahora el marco legal de este régimen especial de responsabilidad.

Como ya se ha indicado al principio de este trabajo el régimen especial de responsabilidad civil de los registradores lleva existiendo desde la antigua Ley Hipotecaria de 1861 que recogía en su Título XI (arts. 313 a 333) las disposiciones relativas al mismo. Este régimen sigue prácticamente intacto en los arts. 296 y ss. de la LH recogidos dentro del Título XII denominado "De la responsabilidad y del régimen disciplinario de los registradores"[27], ya que la única modificación significativa fue la del actual 303 LH que incorpora el término Tribunal en lo relativo a la competencia para conocer sobre las demandas contra los registradores.

A pesar de que la intención inicial del legislador en la Ley Hipotecaria de 1861 era establecer un *númerus clausus* de los supuestos que podían dar lugar a responsabilidad, el régimen actual no es suficiente para cubrir la totalidad de casos en los que la actuación del registrador pueda provocar algún daño. La jurisprudencia y la doctrina más numerosa coinciden en que las normativas específicas de responsabilidad no son suficientes, por lo que en muchos casos se hace necesario acudir a las normas del CC (1902 y 1101 CC) [28]. La normativa específica "no tiene la suficiente completitud como para poder ser considerada como un régimen especial de responsabilidad profesional" y, por tanto, no origina un sistema cerrado de responsabilidad, sino que esas normas "deben completarse, interpretarse y aplicarse de conformidad con la normativa general en materia de responsabilidad profesional"[29]. El carácter incompleto del régimen podría explicarse porque la preocupación principal del legislador se limitará a establecer un cauce que facilitase la indemnización a los perjudicados[30].

Asimismo, se deben tener en consideración, además de los arts. 296 y ss. de la LH, otras disposiciones recogidas en la misma norma o en otras que afirman la responsabilidad civil y personal del registrador por distintos actos negligentes o inadecuados que generen daños y perjuicios[31]. La mayoría de estos preceptos centran su atención en el concepto ya tratado con anterioridad que afirma legalmente la responsabilidad personal del profesional: "bajo su responsabilidad."

Por su parte, la jurisprudencia también ha sido partidaria de la aplicación de las normas de responsabilidad personales y propias, siempre y cuando se den las notas necesarias para la aplicación de las mismas (actuación negligente o culposa, producción de daño y relación de causalidad entre la actuación y el daño), que coinciden con las relativas a la responsabilidad civil extracontractual.

En este sentido, la STS de 2 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 267) trataba de un caso de donación con prohibición de disponer, sin que esta última hubiese sido inscrita en el Registro de la Propiedad. Esto dio lugar a la presentación de una demanda contra el registrador "por haber dado la apariencia de inscribir en su totalidad el título, cuando no inscribió la limitación de enajenar, confun-

diendo a la actora". Por lo tanto, el demandante podía acudir los arts. 296 y 300 LH[32] para reclamar la responsabilidad civil del registrador, unos preceptos que se pueden encajar dentro de la responsabilidad civil especial del registrador. En este sentido, el Tribunal añade: "La jurisprudencia interpreta estos preceptos con arreglo al principio de resarcimiento universal del daño causado mediante culpa o negligencia, cuya aplicación debe hacerse al amparo del artículo 1902 CC examinando si concurren los presupuestos de un daño o un interés protegido por el Derecho, de culpa o negligencia del agente, y de un nexo de causalidad entre la conducta de éste y el daño producido que permita su imputación (SSTS, entre otras, de 18 de mayo de 2006, RC n.º 3099/1999, STS 15 mar. 2006, RC n.º 2797/1999)."

Sin embargo, el Tribunal finalmente no aprecia la existencia del nexo de causalidad entre el daño y la omisión en el asiento registral, debido a que la prohibición de disponer establecida en la donación podía ser alterada con la autorización de la parte demandante, dando esta última su consentimiento para la enajenación que se llevó a cabo. Es decir, el error del registrador consistió en la no inscripción de la prohibición de disponer, lo que aprovecho la actora para enajenar el bien; sin embargo, la parte demandante dio el consentimiento de la enajenación, levantamiento que venía recogido en la prohibición de disponer a pesar de que la misma no estuviera inscrita. Por consiguiente, el registrador fue absuelto, por no darse uno de los presupuestos principales para generar responsabilidad civil, la existencia de un nexo causal entre la actuación y el daño.

La misma fundamentación sigue la SAP de Tarragona de 9 de febrero de 2009 (AC 2009, 344), que resuelve un caso sobre una nota informativa emitida por el registrador. En este sentido, la Audiencia establece que: "la responsabilidad civil de los registradores está regulada en el Título XII de la LH (RCL 1946, 886) y sin perjuicio de la aplicación del art. 1902 CC". Además, el Tribunal hace mención de los tres presupuestos necesarios para que exista responsabilidad civil conforme al art. 1902: "1 Que haya habido una conducta profesional negligente por parte del registrador, por acción u omisión, con incumplimiento de alguno de los deberes que le incumben. 2. Debe haberse producido un daño efectivo. – (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 29 de junio de 1999) y 3. Debe haber una relación de causalidad entre la conducta del registrador y el daño Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 16 de mayo del 2001 (JUR 2001, 213640)".

En conclusión, vemos como en ambas sentencias el Tribunal admite y afirma la aplicación de los principios generales de responsabilidad civil extracontractual, por lo que denota la no exclusividad de aplicación del régimen específico de responsabilidad de los registradores recogido en la normativa hipotecaria.

Por consiguiente, cuando haya habido una conducta negligente o culposa del registrador conforme a las normas hipotecarias, tanto legales como reglamentarias, y se dé una relación de causalidad entre estas y el daño o perjuicio producido a un tercero, se generará la responsabilidad civil correspondiente. No obstante, a juicio de parte de la doctrina, sería posible la responsabilidad civil aun cuando no se hayan vulnerado por parte del registrador la normativa legal o reglamentaria correspondiente. Es decir, puede darse el caso de que el registrador lleve a cabo una conducta negligente o culposa que no contradiga ninguna de las disposiciones que regulan sus tareas y obligaciones, y aun así provoque algún daño o perjuicio a terceros.[33]

III.2.B. Características de la responsabilidad civil de los registradores

Una vez explicado el marco legal de aplicación en lo relativo a la responsabilidad civil de los registradores se va a tratar de identificar sus características. En primer lugar, siguiendo la doctrina y la jurisprudencia, se puede afirmar que estamos ante un tipo de responsabilidad extracontractual, ya que el registrador no realiza ningún negocio jurídico con sus clientes, sino que sus funciones y obligaciones nacen directamente de la ley. A juicio de algunos autores, ello es compatible con la responsabilidad civil contractual en los registradores, por ejemplo, en casos donde se dé una inscripción voluntaria y el perjudicado por la actuación culposa del registrador es quién solicito la inscripción[34].

Esta situación es menos dificultosa en el caso de los Notarios, puesto que, a pesar de tener una condición similar a la de los registradores —ejercicio privado de funciones públicas—, sí que pueden incurrir claramente en responsabilidad contractual con respecto de sus clientes. Sin embargo, el registrador no tiene clientes en el sentido estricto del concepto, puesto que no realiza ningún contrato ni negocio jurídico con los particulares que desean utilizar cualquier servicio del Registro, sino que el registrador actúa directamente por mandato de la Ley. Es decir, los particulares bajo el principio de rogación solicitan los servicios que necesitan, respondiendo a ello el registrador no por obligación contractual, sino por el cumplimiento de unas obligaciones públicas.[35]

Además, la doctrina defensora de la tesis extracontractualista[36], donde se posiciona este trabajo, encuentra apoyo en el art. 311 LH relativo al plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil para reclamar los daños y perjuicios derivados de la actuación del registrador. Este precepto contempla el plazo de un año para ejercer la acción, lo que coincide con el art. 1968 CC relativo a la prescripción de las acciones de responsabilidad derivadas de obligaciones extracontractuales.[37]

En este sentido, la SAP Córdoba 7 de marzo 2018 (JUR 2018/276574), establece en su FD2.º que en el caso de considerar la responsabilidad de un registrador "nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual, regulado en el artículo 1902 CC como norma general y en los artículos 296 y siguientes de la LH como norma especial, responsabilidad aquiliana que supone la existencia de un daño causado con independencia de cualquier relación jurídica que ligue a las partes en el proceso." Igualmente, la SAP Barcelona 30 marzo 2001 (JUR 2001, 161460) vuelve a afirmar que estamos ante una responsabilidad extracontractual propia y personal, por lo que los preceptos específicos de la LH (296 a 312) deben ser completados con lo dispuesto en el art. 1902 CC.

Por lo tanto, lo relevante es que las obligaciones que tiene el registrador derivan del ministerio de la Ley y no de un negocio jurídico con los solicitantes del Registro. Por este motivo, alguna doctrina jurisprudencial ha identificado que la responsabilidad del registrador es de carácter legal. Así, la SAP Granada 12 abril 2004 (JUR 2004, 158244) establece: "No está totalmente claro que la responsabilidad del registrador de la propiedad por actos en el ejercicio de sus funciones sea realmente extracontractual, como propugna, sin embargo, un sector de la doctrina. Tampoco cabe pensar que sea de naturaleza contractual. Más bien habrá que considerar que se trata de una responsabilidad legal, además, especial, sobre todo por su regulación específica en los artículos 296 y ss. de la LH (RCL 1946, 886)." Es decir, la Audiencia identifica una responsabilidad legal y especial, ya que los preceptos de la LH le dotan de estas características.

A pesar de la afirmación que realiza la Audiencia Provincial de Granada, entendemos que la responsabilidad legal, entendida como aquella que emana directamente de la ley (en este caso de la LH), debe identificarse también como un supuesto de responsabilidad extracontractual[38].

Finalmente, la última característica relevante de esta responsabilidad es que estamos ante una responsabilidad civil de carácter subjetivo. Como se ha ido dilucidando con la doctrina y la jurisprudencia expuestas, la responsabilidad se fundamenta en la culpa o en la negligencia de la actuación profesional del registrador.[39] Se trata de una afirmación que tampoco está exenta de debate, puesto que, en ocasiones, se defiende que los supuestos del art. 296 LH parecen exponer una especie de elencos de responsabilidad objetiva[40]. Sin embargo, entendemos que la culpa o negligencia del registrador es necesaria para dar lugar a la responsabilidad civil profesional, junto con la producción de un daño o perjuicio efectivo a un tercero.

En este sentido, la SAP de Pontevedra de 5 de mayo de 2005 (JUR 2006, 25564) estipula que: "Tanto la acción como la omisión pueden ser las causas de la responsabilidad, y esto ha sido recogido en esos preceptos, pero siempre que una u otra originen daños a terceros, pues en otro caso sólo surgiría la respon-

sabilidad disciplinaria, la cual es de orden interno distinta (…).” De nuevo, se advierte de la necesaria existencia de culpa, tanto por acción como por omisión, y del daño efectivo.

Por su parte, la STS de 12 de febrero 1996 (RJ 1996, 1248) que versa sobre la inscripción de una finca rústica que resultó falsa, desestima el recurso contra el registrador por no apreciar la culpa o negligencia en la conducta de este. Considera el Tribunal que el registrador actuó con la diligencia debida y conforme a la normativa hipotecaria, ya que “la falsificación por sus características podía inducir fácilmente al error de tenerla por verdadera” (FD 1.º).

Así, la ya mencionada STS 23 de enero 2008 (2008, 216) que versa sobre la prohibición de disponer en una donación establece que “La jurisprudencia interpreta estos preceptos [296 y 300 LH] con arreglo al principio de resarcimiento universal del daño causado mediante culpa o negligencia, cuya aplicación debe hacerse al amparo del artículo 1902 CC examinando si concurren los presupuestos de un daño o un interés protegido por el Derecho, de culpa o negligencia del agente, y de un nexo de causalidad entre la conducta de éste y el daño producido que permita su imputación (SSTS, entre otras, de 18 de mayo de 2006, RC n.º 3099/1999, STS 15 mar. 2006, RC n.º 2797/1999)”.

En conclusión, se puede afirmar que la responsabilidad del registrador se basa en un sistema subjetivo fundamentado en la culpa o negligencia, que debe construirse sobre la base de la aplicación complementaria de los preceptos específicos de la LH y el régimen general del CC en materia de responsabilidad civil extracontractual.

III.2.C. Elementos o presupuestos necesarios de la responsabilidad civil de los registradores

La tesis sostenida (que la responsabilidad de los registradores es un caso de responsabilidad civil extracontractual) justifica que los presupuestos requeridos para la existencia de responsabilidad civil del registrador sean idénticos a los requisitos propios necesarios para el nacimiento de la responsabilidad civil extracontractual (STS 23 enero 2008 (2008, 216)), FD 4.º Por consiguiente, es necesaria la concurrencia de (1) acción u omisión culposa o negligente o, como se analizará a continuación, simplemente errónea; (2) que haya un daño o perjuicio para un tercero y (3) que exista una relación de causalidad o un nexo causal entre la acción y el daño[41]. Pasamos a analizarlos brevemente.

En primer lugar, ya se ha mencionado el carácter subjetivo de la responsabilidad, por lo que es necesario que se dé una conducta profesional culposa o negligente ya sea por acción o por omisión[42], como por ejemplo la no inscripción de

títulos, la omisión errónea en las inscripciones o las cancelaciones necesarias no realizadas. La LH establece en su artículo 300: "El que por error, malicia o negligencia del registrador perdiere un derecho real o la acción para reclamarlo podrá exigir, desde luego, del mismo registrador el importe de lo que hubiere perdido." Por lo tanto, la literalidad de la norma exige que haya error, malicia o negligencia en la conducta del registrador para que pueda generarse su responsabilidad. [43]

A pesar de la importancia que tiene el cumplimiento de las obligaciones normativas del registrador para dilucidar si existe o no responsabilidad, se ha de advertir de la posibilidad de que nazca responsabilidad del profesional sin que se haya dado una vulneración de alguna norma. Por lo tanto, el incumplimiento de la normativa no es requisito imprescindible para el nacimiento de la responsabilidad, ya que es posible generar un daño a partir de una conducta negligente o culposa sin necesidad de vulnerar algún precepto concreto relativo a las obligaciones de los registradores. Además, los registradores son cualificados profesionales del Derecho con un conocimiento técnico superior, por lo que los estándares de diligencia se elevan en comparación con otros profesionales.[44]

En segundo lugar, es necesario que se produzca un daño o perjuicio efectivo en un tercero. Es importante destacar el concepto de daño efectivo dado que este debe ser "real en su existencia y en su cuantía."[45] Así, la importancia de la existencia de un daño efectivo queda recogido en la STS de 23 de enero de 2008 (RJ 2008, 216) donde el registrador no incurrió en responsabilidad, puesto que el tribunal consideró que faltaba el presupuesto del daño, el cual no se había producido de manera efectiva conforme al art. 300 LH. Por lo tanto, el daño debe ser cuantificado y probado, cuya carga de la prueba recae conforme el art. 217 LEC en el demandante.

Esa configuración del daño como presupuesto suscita la duda de si la responsabilidad del registrador podría surgir en caso de daños eventuales y futuros. Atendiendo a las reglas generales de responsabilidad civil la respuesta a esta pregunta sería negativa. Sin embargo, se ha de advertir que no es lo mismo el daño eventual, que el daño futuro, puesto que este último podrá ser objeto de indemnización cuando se pruebe su certidumbre —que vaya a suceder—, y cuando pueda ser evaluado, probado y cuantificado al tiempo de que se reclame. Por el contrario, el daño eventual nunca puede dar lugar a responsabilidad, ya que no estamos hablando de un daño real y efectivo en un tercero, sino que existe una incertidumbre sobre el posible perjuicio que, en caso de que se le indemnizase, podría derivar en un enriquecimiento injusto del eventual perjudicado.

Así la STS de 18 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3809) en su FD 2.º establece "la existencia y realidad del daño es una "*quaestio facti*" y, por lo tanto, corresponde apreciarla a los tribunales de instancia con exclusión de la revisión casacional, salvo mediante el mecanismo excepcional del error en la valoración probatoria."

Es decir, al ser una cuestión de hecho, el daño debe ser apreciado en instancia, y en caso de que estemos ante un daño futuro, se exigirá que se pruebe la certidumbre del mismo. Se trata de una tesis también seguida por parte de nuestra doctrina, que entiende que el daño futuro puede ser indemnizable siempre que se den dos condiciones: se pruebe su certidumbre y que pueda ser susceptible de evaluación inmediata en instancia[46].

En tercer lugar, debe existir un nexo causal entre la actuación negligente o culposa del registrador y el daño efectivo que se produce al tercero. A este presupuesto inexcusable se refiere de nuevo la STS de 18 de mayo 2006 (RJ 2006, 3809) en su FD 5.º estableciendo que: "La relación de causalidad es el nexo que une a la acción u omisión del sujeto agente y el resultado, que permite atribuir el daño en la cuenta del autor. Responde a la pregunta del cómo y el porqué del perjuicio, y su fijación se produce en virtud de apreciaciones fácticas y criterios normativos."

Por lo tanto, estamos ante un presupuesto sumamente importante que conecta la conducta negligente o culposa con el daño producido. En este sentido, en caso de que el Tribunal considere que no existe esta relación de causalidad, no nacerá la responsabilidad civil del profesional, dado que es un elemento indispensable. Esto sucedió en la ya mencionada STS de 2 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 267) en la que el registrador no incurrió en responsabilidad por una inexistencia del nexo causal entre la actuación y el daño. En esta resolución, la prohibición de disponer que acompañaba a la donación dependía de la autorización del perjudicado, ya que si este daba su autorización la prohibición se levantaba. Por lo tanto, como el perjudicado autorizó tácitamente la enajenación del bien donado, se anuló el nexo causal entre la omisión del registrador a la hora de inscribir el derecho con la prohibición de disponer y el daño creado en el perjudicado, por lo que no se apreció responsabilidad.

Además, también se debe advertir que es posible que la actuación del perjudicado determine la interrupción del nexo causal entre la actuación diligente y el daño efectivo realizado.[47]

En conclusión, es necesaria la concurrencia de los tres presupuestos que se han explicado hasta ahora, dado que es posible que haya situaciones donde se produzca un daño por una actuación del registrador que no sea negligente ni culposa, por lo que en estos casos no nacería ningún tipo de responsabilidad frente al profesional, ya que ha actuado conforme a sus funciones y obligaciones. [48] O, por el contrario, podría darse el caso en el que un registrador vulnere alguna norma en su actuación, pero que esta no se materialice en la producción de un daño efectivo a un tercero. En este caso, la responsabilidad del registrador no sería civil (no hay un daño), sino que se enmarcaría dentro de una responsabilidad disciplinaria del profesional, en casos extremos, en responsabilidad penal.

Finalmente, a estos presupuestos añade ESTRUCH ESTRUCH la necesidad de que exista una imputación objetiva de los daños a la conducta realizada por el registrador. Este presupuesto debería de atender a los criterios de imputación objetiva que la doctrina ha ido identificando. Por ejemplo, Claus Roxin o Gunther Jakobs identificaron: la disminución del riesgo, el aumento del riesgo permitido, la prohibición de regreso, el criterio de adecuación, el riesgo general de la vida, etc.[49]

III.3. Prescripción de la acción de responsabilidad

La LH es bastante clara en lo relativo al plazo para ejercer la acción de reclamación correspondiente contra el registrador en los casos que pueda haber responsabilidad civil de este. En este sentido, el artículo el art. 311 LH dice: "La acción para pedir la indemnización de los daños y perjuicios causados por los actos de los registradores prescribirá al año de ser conocidos los mismos perjuicios por el que pueda reclamarlos y no durará en ningún caso más tiempo que el señalado por el Código Civil para la prescripción de las acciones personales, contándose desde la fecha en que la falta haya sido cometida."

Por lo tanto, el precepto recoge un doble sistema de plazos, uno de un año y otro haciendo referencia a las acciones personales del código civil. Por este motivo, se explicarán de forma separada ambos plazos, en vista de que su naturaleza y sus peculiaridades son muy distintas, para posteriormente tratar de aclarar su funcionamiento a partir de una serie de sentencias relevantes para el caso.

En primer lugar, la LH establece un plazo ordinario de prescripción de un año a contar desde que los daños producidos por la negligente o culposa actuación del registrador sean conocidos por el tercero perjudicado. Por consiguiente, estamos ante un plazo normal de prescripción que se sujeta al régimen común de la prescripción siéndole aplicables las normas relativas a la interrupción de estos plazos recogidas en el art. 1973 CC.

Además, como ya se ha señalado anteriormente en el trabajo, este plazo coincide con el del artículo 1968.2 CC relativo al plazo de prescripción para exigir la responsabilidad civil "por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902, desde que lo supo el agraviado."[50] Esta coincidencia, probablemente pretendida por el legislador, no deja inadvertidos a los defensores de la tesis extracontractualista de la responsabilidad civil del registrador, ya que ven en ella un motivo más que suficiente para abanderar su postura.

Sin embargo, el *dies a quo* de este plazo de prescripción ha sido objeto de controversias y litigios en numerosos casos. En primer lugar, la literalidad del

artículo 311 LH establece que el plazo comienza a contar desde que los daños y perjuicios sean conocidos por el que pueda reclamarlos. A pesar de ello, "los Tribunales han mantenido una interpretación muy favorable a los intereses de los reclamantes a la hora de determinar el momento inicial para computar el plazo de prescripción de un año, aplicando la doctrina general elaborada en torno al art. 1968.2 CC."[51]

Es decir, se aplica un criterio subjetivo desde la jurisprudencia[52] para estipular el *dies a quo* del plazo de prescripción de las acciones por responsabilidad extracontractual. En este sentido, el plazo únicamente empezará a contar "desde el momento en que los daños fueran efectivos y reales"[53]. Esto se debe a que, como veremos más adelante en la exposición de las sentencias, es posible que la actuación del registrador no produzca daños que se materialicen al instante, por ejemplo, porque aún no se ha celebrado ningún negocio jurídico confiando en una inscripción errónea que está registrada. [54]

En segundo lugar, el art. 311 LH señala un plazo máximo de ejercicio de la acción. Este plazo es el mismo que el señalado en el CC para la prescripción de las acciones personales, es decir, cinco años.[55] Este artículo es el 1964.2 CC, y establece que: "Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación".

Se ha de advertir que estamos ante un plazo máximo que no tiene las peculiaridades de un plazo de prescripción[56], lo que quiere decir que la acción deberá ejercitarse necesariamente dentro de esos cinco años contados desde que el registrador cometió la falta, ya que una vez transcurridos no se podrá ejercitar de ninguna manera.

El *dies a quo* de este plazo de cinco años se corresponde con el momento en el que el registrador realiza la acción culposa o negligente. Esto ocasiona que pueda haber casos en los que el plazo transcurra sin que el daño o el perjuicio derivado de la conducta negligente o culposa se materialice o se desconozca para el perjudicado, lo que dará lugar a la imposibilidad del ejercicio de la acción por parte de este último.

Además, este plazo no puede ser interrumpido o suspendido de ninguna manera; por lo que la acción se tiene que ejercitar en todo caso dentro de los cinco años desde que el registrador realizara la acción, y "en el plazo de un año desde que el perjudicado tuvo conocimiento efectivo y completo de los daños."[57]

En aras de intentar plasmar de una forma pragmática lo expuesto teóricamente acerca de la prescripción se va a llevar a cabo un análisis de la reciente STS de 2 de noviembre de 2021 (RJ 2021/4941). Esta sentencia versa sobre un caso en el que la sociedad mercantil Planificación y Servicios S.L. Playser adquiere el día 2 de junio de 1999 una vivienda y dos plazas de garaje; sin embargo, el registrador al inscribir la compraventa omitió erróneamente una de las plazas

de garaje que formaban parte del contrato, por lo que la misma siguió inscrita a favor del vendedor.

Con fecha 30 de septiembre de 2013 la Agencia Tributaria embargó la plaza de garaje a nombre del vendedor y la adjudicó en subasta pública. La entidad mercantil perjudicada tuvo conocimiento de este hecho el día 23 de enero de 2014, ya que la comunidad de propietarios advirtió del cambio de titularidad de la plaza. A la vista de estos hechos la sociedad mercantil remitió reclamación extracontractual contra el Registro de la Propiedad correspondiente[58] y contra el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad los días 7 de febrero de 2014 y 28 de julio de 2014. A su vez, la entidad también presentó el 28 de julio de 2014 acto de conciliación contra el registrador demandado.

Posteriormente, la demandante tuvo que pagar 20.250 euros para recuperar la plaza de garaje, siendo el 14 de enero de 2015 cuando la sociedad mercantil interpusiese la demanda de indemnización de daños y perjuicios contra el registrador de la propiedad y contra la sociedad encargada de gestionar la compraventa.

Lo relevante de este caso no recae tanto en si la actuación del registrador es errónea, dado que él mismo admite en el pleito haber actuado de forma errónea y, por lo tanto, reconoce su responsabilidad. Sin embargo, el registrador argumenta que la acción de responsabilidad había prescrito. En esta línea, tanto la primera como la segunda instancia corroboraron que la acción estaba prescrita, por lo que el registrador no podía ser responsable. Sin embargo, el TS casa la sentencia entendiendo que la acción de resarcimiento se encontraba dentro de los plazos legales recogidos en el art. 311 de la LH.

En primer lugar, como ya hemos mencionado en la teoría, el *dies a quo* del plazo de prescripción de un año es el momento "desde que el que el perjudicado tuvo conocimiento de los perjuicios causados por la conducta negligente del registrador de la propiedad, lo que guarda coherencia con lo dispuesto en el art. 1968.2 del CC"[59]. Por lo tanto, la fecha desde que empieza a contar el plazo de un año sería el 23 de enero de 2014, cuando la comunidad de propietarios le comunica el cambio de titularidad. Por su parte, con respecto al plazo máximo (de quince años, en el caso analizado por el tribunal[60]) comenzaría a contar desde el 29 de julio de 1999 que es cuando el registrador lleva a cabo la conducta culposa, es decir, inscribe erróneamente dejando fuera una plaza de garaje objeto del contrato.

Por lo tanto, para observar si la acción está dentro de plazo el tribunal argumenta que las reclamaciones extrajudiciales, tanto al Registro como al Colegio de Registradores, no tienen ningún valor dado que no se dirigen directamente contra el demandado. Sin embargo, la demanda de conciliación presentada el 14 de enero de 2015 directamente contra el registrador sí que es admitida por la jurisprudencia como ejercicio de la acción ante los tribunales (STS 62/2018, de 5

de febrero (RJ 2018, 218)), por lo que goza de eficacia interruptiva conforme al art. 143 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Por consiguiente, el tribunal concluye "Reclamado el resarcimiento del daño dentro de los dos plazos señalados en el art. 311 LH, no podemos considerar que la acción hubiera prescrito."[61] Es decir, "el demandante, formula reclamación contra el registrador dentro de los plazos fijados en el precitado precepto, tanto en largo de los quince años desde la comisión de la falta, como en el corto de un año desde que el daño fue conocido, en cuyo caso entraba dentro de las facultades dispositivas del registrador demandado proceder al resarcimiento del daño causado, máxime cuando reconoce expresamente su responsabilidad."[62]

Asimismo, recuerda el Tribunal Supremo (FD 4.º) el carácter crucial de la prescripción estableciendo que: "es una institución que, no fundada en principios de estricta justicia sino en la presunción de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho, determina que su aplicación por los tribunales deba ser cautelosa y restrictiva."[63]

Finalmente, el Tribunal estima el recurso de apelación interpuesto por la sociedad mercantil y se condena al registrador a abonar la cantidad fijada en la sentencia recurrida de 20.250 euros, con los intereses legales correspondientes. Como se desarrollará más adelante en el apartado relativo a la indemnización, se ha de mencionar que la cuantía a la que debe de hacer frente el registrador se corresponde con el daño emergente que sufrió el perjudicado, en este caso la cantidad que desembolsó para levantar el embargo de la plaza de garaje. Asimismo, se ve cómo, en este caso, el demandante no solicita la indemnización por lucro cesante o daños morales, por lo que únicamente se incluye el daño emergente en la indemnización.

Otro ejemplo sería la SAP de Granada de 12 abril (JUR 2004, 158244) que versando sobre el *dies a quo* establece: "Lo verdaderamente determinante para la computación del plazo anual de la acción es el pleno conocimiento de la causación del daño o perjuicio real, que se produce, en el caso de autos, para el actor cuando no tiene más remedio que proceder al pago." De nuevo se vuelve a aducir el criterio subjetivo para dar comienzo al cómputo del plazo de prescripción, lo que la Audiencia entiende que, "es perfectamente defendible también en el marco del artículo 311 de la LH que señala explícitamente que la acción prescribirá al año de ser conocidos los perjuicios por el que pueda reclamarlos."

Como este supuesto trataba sobre el embargo de una finca, entrando en el fondo del asunto la Audiencia considera que un embargo puede ser levantado en cualquier momento, por lo que entiende que el *dies a quo* en el caso se corresponde "cuando el propio adquiriente tiene que pagar la cantidad garantizada con el embargo para lograr el levantamiento del mismo". Por lo tanto, la materiali-

zación efectiva del daño y del perjuicio sobre el adquiriente es cuando tiene que enfrentarse al embargo que no conocía.

III.4. Algunos supuestos de responsabilidad

A continuación, se tratarán brevemente algunos supuestos en los cuales el registrador puede incurrir en responsabilidad. El gran elenco de posibilidades hace imposible detenerse a analizar uno por uno todos los casos.

Legalmente, se dispone una enumeración de supuestos que dan lugar a responsabilidad en el art. 296 LH. La lista, a juicio de la doctrina, no conforma un *numerus clausus,* sino que es meramente declarativa, ya que, a lo largo de toda la normativa hipotecaria, tanto reglamentaria como con rango de Ley, se recogen otros supuestos distintos no incluidos en este precepto[64]. De hecho, a recepción legal de algunos supuestos ni siquiera agota todas las posibilidades, pues hay casos más allá de la normativa a los cuales se puede aplicar las reglas generales de derecho de daños que den lugar a responsabilidad del registrador.[65]

El artículo 296 LH establece que responderán civilmente "por no asentar en el Diario, no inscribir o no anotar preventivamente en el término señalado en la Ley los títulos que se presenten al Registro." Este apartado es de notoria importancia, dado que es referente al asiento de presentación, el cual goza de una gran trascendencia a efectos jurídicos bajo el principio de prioridad[66] estableciendo, a su vez, el plazo máximo de sesenta días para llevar a cabo la inscripción o anotación precedente. Por lo tanto, la práctica indebida del mismo, su error o insuficiencia, o la negativa indebida e injustificada del registrador a realizarlo, serán casos donde pueda surgir la responsabilidad del profesional.

En segundo lugar, el art. 296 LH recoge el supuesto de responsabilidad "por error o inexactitud cometidos en inscripciones, cancelaciones, anotaciones preventivas o notas marginales." En este sentido, la normativa hipotecaria permite la rectificación en los casos recogidos en el art. 213 LH[67], lo que no quita para que el registrador responda conforme al art. 297 LH de los perjuicios generados de forma previa a la rectificación por ese error o inexactitud.

Por otro lado, la LH recoge los supuestos de responsabilidad "por no cancelar sin fundado motivo alguna inscripción o anotación, u omitir el asiento de alguna nota marginal, en el término correspondiente", o, por el contrario, "por cancelar alguna inscripción, anotación preventiva o nota marginal, sin el título y los requisitos que exige esta Ley."

Finalmente, el precepto recoge el supuesto "por error u omisión en las certificaciones de inscripción o de libertad de los inmuebles o derechos reales, o por no expedir dichas certificaciones en el término señalado en esta Ley." Se contem-

plan, así, dos posibilidades: (I) cuando se ocasionan perjuicios por no cumplir los plazos de expedición, y (II) por los perjuicios por errores u omisiones en las certificaciones.[68]

Fuera de este precepto quedan, por tanto, los supuestos de notas simples informativas erróneas, las cuales deben distinguirse de las certificaciones, ya que, a pesar de que ambas sean medios de publicidad registral, solo las últimas gozan de valor probatorio al ser un documento público, siendo la nota simple puramente informativa. Sin embargo, el artículo 222.5 LH[69] establece la posibilidad del nacimiento de responsabilidad del registrador en caso de omisiones y errores en la expedición de la nota informativa cuando genere algún daño. Como ejemplo, tenemos la SAP de Barcelona de 26 de julio de 2000 (JUR 2000, 306620)[70] en la que un registrador al emitir una nota simple informativa omite el mandamiento de embargo sobre una finca que es vendida.

Además, existen otros preceptos tales como el art. 300 LH que recoge dos supuestos: (I) cuando la actuación culposa deriva en la pérdida de un derecho real o la acción para reclamarlo, y (II) cuando derive en la pérdida de la hipoteca que asegure una obligación. Obsérvese que, en este caso cambia el foco de la atención del legislador, que pasa a ser el perjudicado y el daño sufrido, en vez de la acción realizada por el registrador como hace el art. 296 LH.

Finalmente, ya se ha resaltado la importancia del uso de la expresión "bajo su responsabilidad" en la normativa hipotecaria cuando hace referencia a la calificación registral. Por ello, siguiendo a BALLESTEROS ALONSO y a ESTRUCH ESTRUCH[71] el registrador debe responder de los daños generados por las calificaciones erróneas e inadecuadas de los documentos. Sin embargo, ambos autores distinguen entre la calificación positiva, que permite inscribir el derecho, y la calificación negativa negando la posibilidad de inscripción contra la cual se admite recurso, por lo que la responsabilidad del registrador en esta última "estará vinculada necesariamente a que el Tribunal competente o la DGRN [DGSJFP] haya ordenado la práctica de la inscripción denegada por el registrador"[72] y siempre que se haya dado culpa o negligencia.

III.5. La indemnización por el daño debido al acto negligente o culposo del registrador

Una vez abordados algunos supuestos en los que puede surgir la responsabilidad civil del registrador, se va a analizar el alcance de la indemnización a la que debería de hacer frente el profesional en caso de que prosperase la acción del perjudicado. Además, se va a identificar hasta qué punto el patrimonio del regis-

trador se ve comprometido o sujeto a la satisfacción de la deuda que generaría incurrir en responsabilidad civil para con un tercero.

En primer lugar, se ha de decir que el articulado de la normativa hipotecaria hace escasa referencia a la indemnización. En este sentido, pueden verse los artículos 296 y 300 LH, estableciendo el primero de ellos el alcance de la sujeción de los bienes del registrador a la indemnización, ya que estipula que: "Responderán civilmente, en primer lugar, con sus fianzas, y en segundo, con sus demás bienes(…)". Este precepto será traído a colación más adelante cuando se desarrollen los bienes con los que debe responder el registrador.

Sin embargo, el artículo 300 LH, como ya se ha dicho, se divide en dos apartados: el primero nos dice que, en caso de pérdida de un derecho real o de una acción para reclamarlo, el perjudicado podrá exigir "el importe de lo que hubiere perdido." Por lo tanto, parece que cuando una actuación culposa del registrador genera la pérdida de un derecho real o de una acción, el registrador únicamente tendrá que hacer frente al importe del derecho o de la acción que se haya perdido. Esto genera dos problemáticas: (1) en lo que respecta al importe del resto de daños que se identifican en la responsabilidad civil, y (2) en lo relativo a la cuantificación del importe del derecho o de la acción de la que se ha visto despojada el perjudicado.

En segundo lugar, el art. 300 LH establece el caso de que el perjudicado que pierda sólo la hipoteca que asegure una obligación podrá exigir del profesional que le proporcione otra hipoteca igual a la perdida o deposite la cantidad asegurada para responder en su día a dicha obligación. Por lo tanto, en los casos donde se pierda una hipoteca, el registrador deberá reponer la misma garantía u otra equivalente, ya que, conforme a los principios de resarcimiento del daño, el patrimonio del perjudicado debería de quedar en la misma situación que estaba antes de la actuación culposa del registrador[73], por lo que la garantía del cumplimiento de la obligación que otorga la hipoteca debe de ser restaurada.

A pesar de lo ya mencionado, la jurisprudencia y la doctrina han solucionado el problema del *quantum* de la indemnización, estipulando que esta comprende la totalidad de daños y perjuicios que provoque la actuación culposa del registrador, [74] sin que únicamente se incluya el importe de lo que se hubiere perdido o la restitución de la hipoteca.

Por lo tanto, el *quantum* de la indemnización alcanza, en primer lugar, los daños emergentes o daños directos de la actuación, es decir, lo que se corresponde estrictamente con "el importe de lo que hubiere perdido" el perjudicado. Por ejemplo, esto sucede cuando un perjudicado debe levantar el embargo de una finca después de adquirirla sin conocimiento de la carga por la actuación culposa del registrador (STS de 2 de noviembre de 2021 (RJ 2021/4941), SAP de Granada de 12 de abril 2009, JUR 2004/158244; o SAP de Islas Baleares de

14 de octubre de 2002, JUR 2003/29102). A su vez, se enmarcaría dentro de este apartado indemnizatorio la restitución de la hipoteca del registrador en los casos a los que se refiere el art. 300 II LH.

Por otro lado, los tribunales han admitido que la indemnización puede comprender tanto el lucro cesante conforme al art. 1106 CC[75] y los daños morales siempre que se encuentren debidamente acreditados.

Con respecto al lucro cesante, la SAP de Sevilla de 19 de mayo de 2004 (JUR 2004, 199126) versa sobre un caso de inscripción errónea del registrador, ya que inscribe una hipoteca sobre la totalidad de una finca, cuando realmente solo debía comprender a una parte segregada del mismo. En la resolución, la Audiencia corrobora la valoración de la cuantía condenatoria de instancia incluyendo el lucro cesante por la paralización de la actividad, ya que la parte de la finca inscrita erróneamente pertenecía a una mercantil que desarrollaba actividades profesionales de obra menor. Por lo tanto, el Tribunal demuestra la presunción de la actividad y la continuación de la misma durante la existencia de la hipoteca por la existencia de la autorización administrativa para realizar la actividad de obra menor. Resulta interesante observar cómo es necesaria la presunción cierta y real del lucro cesante, que en este caso se corresponde con la autorización administrativa para desarrollar la actividad profesional que se desempeñaba en la finca inscrita erróneamente.

En lo que respecta a los daños morales se ha de decir que estos también pueden incluirse dentro de la indemnización por responsabilidad del registrador[76]. Al igual que el lucro cesante, estos daños deben ser perfectamente acreditados, algo que en muchas ocasiones es costoso debido a que no atienden a una dialéctica patrimonial, sino que versan sobre cosas inmateriales tales como la dignidad, la imagen, la salud mental… Así, la SAP Islas Baleares de 14 de octubre de 2002 (2003, 299102) reconoce la inclusión de los daños morales en el *quantum* de la indemnización. En este caso el registrador no inscribe el auto de cancelación de hipoteca de una finca, por lo que se embarga la misma teniendo el perjudicado que abonar la cuantía necesaria para levantarlo. El perjudicado solicita en instancia que la cuantía de la indemnización incluya los daños morales, además de los emergentes; sin embargo, esta pretensión es desestimada por no considerarlos suficientemente acreditados. Por ello, la Audiencia establece que "no obstante la siempre difícil acreditación de los daños morales por prueba directa, no puede dejar de considerar la Sala la realidad del desasosiego y sufrimiento que en el ánimo de los afectados han de provocar tales trabas de esta entidad en las bienes propios, como son los que resultan de autos, en quien se postula por resolución judicial que cree debidamente registrada legítimo propietaria; trabas de tal importancia que de no haberse levantado a tiempo hubieren podido ocasionar daños de todo punta irremediables" (FD 4.º).

Por otro lado, con respecto a la segunda controversia relativa a la determinación del importe del derecho, se plantea la cuestión de si se debe de atender al valor de mercado del bien, o seguir el valor que consta en el título por el cual se solicitó la inscripción. Entendemos que debe tomarse el valor de mercado siguiendo los principios básicos de la responsabilidad civil, ya que el principio de reparación integral consiste en dejar el patrimonio del perjudicado indemne.[77]

Por lo tanto, si partimos de la base de que el importe debe atender al valor del mercado, se tendría que resolver la cuestión relativa al momento del valor del bien o derecho, dado que este puede variar notoriamente con el tiempo. La solución a esta cuestión es dada por la LEC en su artículo 219[78] que establece que debe cuantificarse exactamente en la demanda el importe de lo que se reclame, por lo que el perjudicado no podría interponer una demanda contra el registrador apelando a la mera existencia de un crédito contra el profesional, sino que en la propia demanda se debe determinar exactamente el importe o la valoración de los daños.

Finalmente, se considerará hasta qué punto el patrimonio del registrador se verá comprometido para satisfacer la deuda. La respuesta a esta cuestión debe entenderse en función de la evolución temporal que ha tenido la protección del registrador. En primer lugar, los registradores están sometidos a la entrega de una fianza individual[79] conforme al art. 282 LH.[80] Sin embargo, el art. 520 RH[81] contempla la posibilidad de que el Colegio Nacional de Registradores constituya una fianza colectiva que sustituya las individuales para garantizar las responsabilidades contraídas por sus actuaciones en el ejercicio de su cargo.

A pesar de esto, la fianza colectiva del Colegio y su regulación (305 a 310 LH) han quedado obsoletos[82], por lo que se ha recurrido a otros métodos de protección y aseguración de la reparación del daño.

Lo dicho explica la existencia del Servicio de Responsabilidad Civil del Colegio Nacional de Registradores regulado en los arts. 69 y ss. del RD 483/1997. Este servicio cimienta todo un procedimiento especial para los casos de eventual responsabilidad del registrador en los que él mismo solicita al Colegio y el perjudicado o reclamante acepta someterse al mismo.[83]

El proceso está presidido por la Junta Directiva quien abre el proceso para dictar una resolución tras escuchar al reclamante y al registrador y estudiar el caso. Una vez dictada la resolución, contra la cual no cabe recurso corporativo alguno, en caso de que la misma hubiese decretado la necesidad de indemnizar al perjudicado, el art. 69.4.º del RD 483/1997 dispone que "el reclamante a quien se haya de satisfacer la indemnización deberá inexcusablemente ceder al Colegio todas las acciones que pudieran corresponderle contra el causante del daño." Además, añade el RD 483/1997 que la indemnización será cubierta en un

75 por ciento por el Colegio y el 25 por ciento restante por el registrador, salvo excepciones.[84]

La naturaleza jurídica de este proceso corporativo promovido por el Colegio de Registradores es debatida. En unos casos, se sostiene que se trata de un servicio estricto de mediación[85]. Otros autores entienden que no es posible dicha caracterización, al no ser el Colegio un tercero ajeno al procedimiento[86], por lo que se trataría de un simple procedimiento especial cuya resolución no tiene efecto de cosa juzgada[87]. Hay coincidencia, en todo caso, en desligar este proceso del arbitraje, debido a que la resolución no tiene efecto de cosa juzgada pudiendo acudir el reclamante a los Tribunales de forma posterior.

El art. 55.d) del RD 483/1997 recoge la posibilidad de que el Servicio de Responsabilidad Civil proponga la concertación de pólizas colectivas de seguro para los colegiados, lo que debe completarse con el artículo 69 de la misma norma, según la cual, sin perjuicio de ello, el Colegio "organiza el servicio de pago a los interesados de las indemnizaciones debidas por los registradores en virtud de las responsabilidades civiles en que incurrieran en el ejercicio de su cargo".

En conclusión, el patrimonio personal del registrador queda bastante protegido por la actuación del Colegio de Registradores, ya que en la mayoría de los casos la indemnización se distribuye tal y como se ha explicado con anterioridad. Además, el articulado del RD 483/1997 denota un claro interés de que el perjudicado vea garantizados sus derechos en caso de responsabilidad del registrador, algo que no sucedía con el sistema de fianzas.

IV. LA POSIBLE EXISTENCIA DE TERCEROS BENEFICIADOS

La importancia de las funciones llevadas a cabo por los registradores hace que las actuaciones erróneas o negligentes de los mismos den lugar a numerosos efectos en el tráfico jurídico del mercado inmobiliario, mercantil o mobiliario. Por ello, al igual que las actuaciones de estos profesionales pueden dar lugar a la materialización de un daño efectivo, estas también pueden derivar en un beneficio patrimonial que recaiga sobre un tercero.

Por este motivo, la LH en sus artículos 301 y 302 establece un régimen especial de responsabilidad solidaria entre el registrador y el tercero beneficiado para hacer frente a las indemnizaciones a las que haya sido condenado el registrador por causa de su error, malicia o negligencia.

El tenor literal del art. 301 LH indica que "[e]l que por error, malicia o negligencia del registrador quede libre de alguna carga o limitación inscritas será responsable solidariamente con el mismo registrador del pago de las indemnizaciones a que éste sea condenado por su falta." De este precepto se extrae que, se-

gún la literalidad, únicamente habría cabida a la responsabilidad solidaria cuando el beneficiario quede libre de alguna carga o limitación inscrita, es decir, cuando el registrador lleve a cabo una cancelación indebida.

Sin embargo, atendiendo a la casuística y a la enorme repercusión de la actuación del registrador en el tráfico jurídico, se ha de advertir de la gran variedad de casos en los cuales la actuación negligente o culposa del registrador puede dar lugar al incremento o beneficio patrimonial de un tercero. Por este motivo, cabría preguntarse por la posibilidad de incluir, analógicamente, el resto de casos en la responsabilidad solidaria recogida en el art. 301 LH. Si la respuesta fuera negativa, habría que cuestionarse, además, si es posible aplicar el régimen del enriquecimiento injusto a los casos no expresamente recogidos en esa norma.

La respuesta a la primera pregunta ha sido objeto de controversia entre la doctrina. Para ESTRUCH ESTRUCH, el precepto debería aplicarse en todos los casos en que un tercero obtuviera un beneficio o ventaja de la actuación culposa o negligente del registrador. La aplicación analógica del art. 301 LH, en todo caso, debería limitarse a las situaciones en las que el beneficio del tercero fuera injustificado, ya que, como se verá más adelante, no es lo mismo en caso de que el tercero haya participado en la actuación que dio lugar al daño o perjuicio.[88]

En una línea diferente, PARRA LUCÁN considera muy discutible la aplicación analógica de los arts. 301 y 302 LH a supuestos no recogidos en la norma[89]. A su juicio, sería más acorde aplicar las reglas relativas al enriquecimiento injusto recogidas en el CC, siempre y cuando el beneficio haya sido injustificado. Además, considera que la regulación hipotecaria se trata de una solidaridad impropia, lo que tendrá una serie de repercusiones en el plazo de prescripción.[90] En el fondo, subyace a este planteamiento la idea de que el régimen de los arts. 301 y 302 LH es muy excepcional, lo que excluiría la posibilidad de extensión analógica.

Por su parte, la solución que ha dado la jurisprudencia ha sido más cercana a la aplicación analógica del art. 301 LH a los casos no expresamente recogidos en el mismo. En este sentido, la SAP de Valencia de 31 de octubre de 2000 (JUR 2001, 28052), resolviendo la demanda interpuesta por el seguro concertado por el Colegio que se hizo cargo de la responsabilidad del registrador que no inscribió las cargas, reconoce la responsabilidad solidaria del beneficiado a partir de que la demanda de repetición se funda en el régimen de enriquecimiento injusto de los dos beneficiados.

Así, la SAP de Barcelona de 26 de julio de 2000 (JUR 2000, 306620) aplica el art. 301 LH a un error del registrador al emitir una nota simple informativa, ya que en esta última no incluía el mandamiento de embargo sobre una finca que fue vendida. Es decir, la Audiencia identifica la figura del beneficiado en el vendedor de la finca que tenía el mandamiento de embargo, puesto que el adquiriente actuó

sin conocimiento de la existencia de la carga pagando un precio conforme a esa falsa realidad generada de la cual se benefició el vendedor.

Si, como aquí se sostiene, es viable la responsabilidad solidaria[91] del tercero beneficiado, se debería encontrar la justificación a esta responsabilidad. En primer lugar, debemos distinguir los casos en los que el tercero beneficiado ha participado en la actuación que ha dado lugar al daño, debido a que estos deberían encuadrarse dentro de las reglas de responsabilidad extracontractual entre el perjudicado y el tercero siempre que se den los presupuestos desarrollados anteriormente en este trabajo.[92]

Sin embargo, el fundamento de la responsabilidad del tercero beneficiario por la actuación negligente del registrador cuando no ha participado en la actuación dañosa no se corresponde con los de la responsabilidad extracontractual, sino que se basan en el enriquecimiento injustificado que ha obtenido[93]. Por lo tanto, la justificación de su responsabilidad es el enriquecimiento injusto, y en caso de aplicación del art. 301 LH, esta responsabilidad será solidaria y no mancomunada, que sería la regla aplicable fuera de la norma hipotecaria.

En función de estos principios, la siguiente cuestión debería ser relativa al alcance de la responsabilidad de los beneficiarios, ya que, si no han participado en la actuación, parece excesivo que se hagan cargo del total de la indemnización. ¿Hasta dónde alcanza esta responsabilidad solidaria? ¿Abarca el lucro cesante? ¿Y los daños morales?

La respuesta depende de la justificación de la solidaridad. Si la responsabilidad del tercero beneficiario se fundamenta en el enriquecimiento injusto o sin causa que ha obtenido por la actuación del registrador, el alcance de la restitución a la que debe de hacer frente el beneficiado será como máximo la del incremento patrimonial que haya obtenido. Así, la reciente mencionada SAP de Valencia de 31 de octubre de 2000 (JUR 2001, 28052) establece que "el reclamo [de la entidad aseguradora del Colegio a los beneficiados] es en cuanto se han enriquecido los demandados sin causa con el pago de la demandante".

Finalmente, como ya se ha mencionado en el apartado relativo a la indemnización, los daños y perjuicios derivados de la actuación del registrador pueden abarcar incluso el lucro cesante y los daños morales que puede haber sufrido el perjudicado. Por consiguiente, se entiende que del lucro cesante deberá responder únicamente el registrador, y nunca el tercero beneficiario que no ha participado en los hechos.[94] Esto también se aplica a los daños morales, puesto que la responsabilidad del beneficiado se fundamenta en su incremento patrimonial sin causa, y no en la producción de un daño a partir de unos hechos negligentes o culposos.

Es decir, parece lógico que conforme al principio de enriquecimiento sin justa causa el beneficiado únicamente tenga que responder de ese aumento pa-

trimonial injustificado. No sería conforme a Derecho que el beneficiado tuviese que hacerse cargo del resto de daños ajenos a su beneficio que ha producido la actuación culposa de un registrador.

La concurrencia de un acto del registrador y un beneficio obtenido por un tercero por efecto del mismo explica la regla recogida en el artículo 302 LH. Según su tenor literal, "[I]Siempre que en el caso del artículo anterior indemnice el registrador al perjudicado, podrá repetir la cantidad que por tal concepto pagare contra el que por su falta haya resultado favorecido. [II] Cuando el perjudicado dirigiere su acción contra el favorecido por dicha falta, no podrá repetir contra el registrador sino en el caso de que no llegue a obtener la indemnización reclamada o alguna parte de ella."

El primer caso no proporciona dudas acerca de la posibilidad de repetición del registrador frente al beneficiado, aunque se debe advertir que la dicción del mismo es errónea, ya que establece que el registrador podrá repetir "la cantidad que por tal concepto pagare". Sin embargo, como se ha mencionado previamente el fundamento de la responsabilidad del beneficiado descansa en el enriquecimiento injusto, por lo que el límite de la cuantía de la repetición será el que se corresponda con ese enriquecimiento del beneficiado y no con el resto de daños realizados por la actuación del registrador. Es decir, "no hay ningún fundamento para que el beneficiado pueda estar obligado a pagar más que aquello en que se enriqueció."[95]

Por otra parte, tampoco hay que olvidar que, aunque haya un tercero que se haya beneficiado de la actuación del registrador, los daños derivan de una conducta negligente del profesional. No puede repercutir contra el tercero la totalidad del daño, porque el beneficio del tercero deriva de una acción u omisión culposa que resulta imputable al profesional.

Como ejemplo tenemos de nuevo la SAP de Valencia de 31 de octubre de 2000 (JUR 2001, 28052), porque la compañía de seguros que había satisfecho la totalidad de la indemnización del registrador presenta una demanda de repetición contra los favorecidos por la actuación negligente. Por ello, la Audiencia, tras identificar el beneficio adquirido por los terceros, establece que, los casos en los que el profesional haya satisfecho la totalidad de la indemnización "el artículo 312 de la Ley hipotecaria permite al registrador que indemnice al perjudicado dirigirse contra el favorecido". Sin embargo, se vuelve a advertir al lector que únicamente podrá reclamar el tercero beneficiado la cuantía que corresponda con el incremento patrimonial injustificado de este.

Por otro lado, la segunda parte del art. 302 LH puede suscitar dudas ya que el concepto "repetir" que emplea el legislador no se refiere a la acción de regreso, sino que "se está refiriendo a la repetición del perjudicado contra el registrador (…) la acción de indemnización de daños para obtener la indemnización que no

ha podido obtener del favorecido."[96] Por lo tanto, el precepto indica que, con indiferencia de las normas comunes de responsabilidad solidaria, el perjudicado, una vez ejercitada la acción contra el favorecido, únicamente podrá reclamar al registrador en los casos en que los daños producidos por la actuación negligente de este sea superior al incremento patrimonial recaído en la figura del tercero beneficiado.

Por su parte, BALLESTEROS ALONSO ha entendido que a este precepto le es también aplicable la definición alternativa de "repetir" relativa a la acción de regreso. Entiende el autor que el demandado tampoco puede ejercitar una acción de regreso contra el registrador, lo que es completamente lógico puesto que la fundamentación de la responsabilidad civil profesional de este último deriva de su actuación culposa que únicamente es ejercitable por el perjudicado[97].

Como vemos, los preceptos hipotecarios relativos a los terceros beneficiados no han pasado desapercibidos en la doctrina, ya que se han realizado numerosas interpretaciones sobre los mismos. Por ejemplo, BALLESTEROS ALONSO, entiende que este precepto configura la responsabilidad del registrador como subsidiaria en los casos de que exista un tercero beneficiado, en vista de que la acción de enriquecimiento injusto prevalecería sobre la de responsabilidad del registrador[98].

PARRA LUCÁN adopta una postura crítica con el conjunto del sistema de responsabilidad solidaria del beneficiado en la responsabilidad del registrador. La autora establece que estos preceptos están destinados a dotar de garantías injustificadas al registrador, y se alejan mucho de lo que es un sistema de responsabilidad civil. En este sentido, se cuestiona si una norma que establece la obligación de indemnizar al registrador que por su negligencia beneficia a un tercero es, auténticamente, una regla de responsabilidad civil[99].

Quizás las peculiaridades del régimen legal explican la constatación de que una de las preocupaciones fundamentales del legislador hipotecario, más que establecer un régimen específico de responsabilidad civil del registrador, es procurar que el perjudicado obtenga efectivamente la indemnización que le corresponda[100].

Entendemos que la posición que pone el foco en la necesidad de reparación íntegra del perjudicado es acertada. Además, la efectividad y alcance de las funciones del Registro aumentan la posibilidad de que sus actuaciones negligentes o culposas deriven en un beneficio para el tercero, por lo que es totalmente consecuente que este tercero deba restituir este incremento patrimonial sin justa causa.

Por lo dicho hasta ahora, el sistema adoptado por el legislador debe considerarse acorde con las normas y principios generales de reparación del daño. Además, no se puede pretender que el registrador se haga cargo de la totalidad de la indemnización y que el tercero siga disfrutando de ese enriquecimiento in-

justificado. Por consiguiente, tiene sentido el reconocimiento de la acción de repetición en los términos dispuestos en el art. 302 LH. Asimismo, ningún sentido tendría que, una vez indemnizado el perjudicado por el registrador de la totalidad de los daños, el primero pueda ejercitar una acción de enriquecimiento injusto ante el favorecido lo que daría lugar a otro incremento patrimonial injustificado del perjudicado.

IV.1. Algunos aspectos procesales sobre la existencia del tercero beneficiado

IV.1.A. Legitimación pasiva

La primera cuestión procesal que se plantea en los casos de responsabilidad profesional del registrador con terceros beneficiados es la relativa a la legitimación pasiva de la acción del perjudicado.

El art. 302 LH recoge la posibilidad de que el perjudicado se dirija contra el registrador, o, por el contrario, entable primero la acción contra el beneficiado. La norma hipotecaria, por tanto, confirma un régimen específico aparte del régimen general de responsabilidad solidaria recogido en el art. 1144 CC conforme al cual el acreedor puede ir contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Además, la normativa hipotecaria se adecúa con la normativa común, ya que, al ser el registrador y el tercero beneficiado deudores solidarios, no existe litisconsorcio pasivo necesario, por lo que no es necesario que el perjudicado reclame a ambos deudores.[101]

En este sentido, no se puede afirmar que se rompa con la regla general del derecho civil, puesto que el perjudicado tiene la opción de ir contra el registrador o contra el beneficiado, o contra ambos conjuntamente como se verá más adelante. Sin embargo, existe la posibilidad de que las cuantías a las que deban hacer frente cada uno de ellos sean distintas, por lo que en caso de que se reclame al beneficiado, este último no deberá satisfacer los daños que superen el incremento patrimonial del que se ha beneficiado.

Por lo tanto, es posible que el perjudicado dirija su acción contra el beneficiado por la actuación del registrador. A pesar de ello, la acción no correspondería con la responsabilidad extracontractual del 1902 CC, ya que el tercero no ha llevado a cabo ninguna actuación u omisión dañosos, sino que la acción, como ya se ha mencionado, atendería al incremento patrimonial injustificado del tercero. Además, este enriquecimiento debe ser correlativo al empobrecimiento del perjudicado por la actuación profesional.[102] Por lo tanto, la cuantía de la pretensión indemnizatoria no podría superar el enriquecimiento sin justa causa del beneficiado.

Por otro lado, el perjudicado puede ir directamente contra el registrador que en caso de que satisfaga íntegramente la indemnización, el art. 302 LH permite repetir contra el beneficiado la cuantía relativa a su incremento patrimonial injustificado. En este sentido, se debe de hacer mención a la posibilidad de que la entidad aseguradora del trabajador —normalmente contratada por el Colegio de Registradores— se subrogue en los derechos y acciones del mismo conforme al art. 43 LCS[103] en aras de repetir contra el beneficiado.

IV.1.B. Existencia de un pacto extrajudicial entre el registrador o la aseguradora y el perjudicado

Otra peculiaridad de los casos donde existen favorecidos por la actuación del registrador es la relativa al supuesto de que se formalice un pacto extrajudicial entre la aseguradora o el registrador y el perjudicado. La cuestión que se nos suscita sería si el registrador en estos supuestos podría repetir contra el beneficiado.

La SAP de Barcelona de 13 de marzo de 2006 (AC 2006, 1163) niega la posibilidad de ejercitar la acción del 301 y 302 LH en supuestos de pactos extrajudiciales, puesto que el registrador no ha sido condenando por su falta, lo que hace que nazca su responsabilidad. Sin embargo, parece correcto afirmar que es posible el ejercicio de la acción de enriquecimiento sin causa cuando el registrador o la aseguradora hayan pagado la indemnización pactada extrajudicialmente[104]. Es decir, es necesario que se corroboré la relación del empobrecimiento de una parte con el enriquecimiento sin justa causa de la otra para poder accionar la vía del derecho civil ajena a los artículos 301 y 302.

En un sentido similar, la SAP de Valencia de 31 de octubre de 2000 (JUR 2001, 28052) relativa a un caso de pacto extrajudicial entre la entidad aseguradora del Colegio de Registradores y el perjudicado, en el que la primera paga íntegramente la indemnización pactada, admite la posibilidad de ejercitar la acción de enriquecimiento injusto por parte de la entidad. Asimismo, la Audiencia advierte de forma rotunda que esta acción de la asegurada es ajena al art. 43 LSC, ya que no se subroga en ningún derecho del registrador, sino que acciona por sí misma el régimen relativo al enriquecimiento sin justa causa.

IV.1.C. Acerca de la intervención provocada

Otro aspecto procesal que se engloba en los casos de que el perjudicado se dirija contra el registrador es la imposibilidad[105] de solicitar la intervención provocada conforme al art. 14 LEC[106]. Esto se debe a que el precepto de la LEC establece que se permitirá que el demandado llame a intervenir a un tercero en

el proceso únicamente cuando la ley lo permita. Por lo tanto, vemos como la normativa hipotecaria no hace referencia alguna a la posibilidad de que el registrador solicitase la intervención provocada del tercero.

No obstante, si estamos ante el caso en el que el perjudicado dirige la demanda directamente al beneficiado, ESTRUCH ESTRUCH entiende que el registrador tiene un interés directo y legítimo en el resultado del proceso, por lo que conforme al art. 13 LEC[107] podrá solicitar ser admitido en este[108].

IV.1.D. Posibilidad de acumulación subjetiva de acciones y el Juzgado o Tribunal competente

Finalmente, se puede dar el caso de que el perjudicado se dirija conjuntamente contra el registrador y contra el favorecido, lo que sería una acumulación de pretensiones basadas en diversos motivos jurídicos pero mismos hechos.[109] Esta posibilidad viene recogida en el art. 72 LEC[110] relativo a la acumulación subjetiva de acciones.

Esta acumulación de acciones genera una serie de cuestiones procesales relevantes que deben ser consideradas. En primer lugar, el art. 303 LH[111] establece un régimen imperativo de competencia por el cual el Juzgado o Tribunal competente será aquel al que corresponda el Registro donde se cometió la falta, con independencia de que el puesto del registrador haya variado entre el momento de los hechos que dieron lugar a la responsabilidad y cuando se interpone la demanda por el perjudicado.

A pesar de este claro precepto, los supuestos de acumulación de pretensiones contra el registrador y el beneficiado pueden generar confusión sobre la competencia del Tribunal. Sin embargo, en aplicación del art. 53 LEC[112] el Tribunal competente en estos supuestos sería el del lugar correspondiente a la acción que sirva de fundamento para las demás. Por lo tanto, se puede afirmar[113] que la acción fundamental es la que se dirige contra el registrador, ya que si esta no prosperase —por no quedar acreditado el daño, o la actuación culposa o el nexo causal entre ambas, u otros motivos— no podría derivarse enriquecimiento injusto del beneficiado por la actuación responsable del registrador, puesto que esta no hubiese existido.

IV.1.E. La prescripción con terceros beneficiados

En el apartado relativo a la prescripción de la acción de responsabilidad civil se ha desarrollado el artículo 311 LH, por el cual el plazo de prescripción de la acción para solicitar la indemnización de los registradores es de un año desde

que se conocen los perjuicios por el potencial demandante, sin que en ningún caso dure más tiempo de cinco años, conforme al art. 1964 CC. Sin embargo, los supuestos de responsabilidad en los que existe un tercero beneficiado suscitan alguna controversia en la materia de prescripción, ya que, según cómo se interprete el régimen de responsabilidad solidaria del art. 301 LH, se aplicarán unas normas u otras.

En primer lugar, se debe aclarar la distinción entre el plazo de prescripción de un año para llevar a cabo la acción de indemnización contra el registrador y el plazo de cinco años del 1964.2 CC, que se aplica a las acciones por enriquecimiento injusto que fundamenta la responsabilidad o sujeción del tercero beneficiado ante el perjudicado. Debido a este desequilibrio temporal es relevante identificar el tipo de responsabilidad que indica el art. 301 LH, ya que dependerá de si la prescripción queda interrumpida para ambos deudores o, únicamente, contra el que se ejercite la acción.

Con respecto a esta problemática, un sector de nuestra doctrina considera que la responsabilidad solidaria propia "no puede limitarse únicamente al caso en que la actuación del registrador produzca la consecuencia de liberar una finca de alguna carga o limitación inscritas."[114] A pesar de la literalidad del art. 301 LH, la solidaridad abarcaría el conjunto de acciones del registrador que den lugar a un daño y a la existencia de algún beneficiado.

De esta interpretación se seguiría, a efectos de prescripción, la posibilidad de aplicar el art. 1974 I CC, por el cual "la interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores." Esto significa que, en caso de que el perjudicado inicie las acciones pertinentes únicamente contra el beneficiado —dentro del año de prescripción del 311 LH—, la interrupción de la prescripción se aplicará a su vez para con las acciones que el perjudicado tenga contra el registrador.

Otros autores, en cambio, consideran que el régimen de los arts. 301 y 302 LH conforma una solidaridad impropia, a pesar de la dicción de los preceptos[115]. Ello impediría la aplicación de la norma general de solidaridad en la interrupción de la prescripción del art. 1974 I CC, por lo que se debería demandar a ambos deudores —cada uno con sus pertinentes acciones— para interrumpir el plazo.

Entendemos que las interpretaciones doctrinales acerca de los preceptos hipotecarios de prescripción no pueden ser ajenas a la literalidad de los mismos. Por consiguiente, opinamos que el legislador estableció consecuentemente en el art. 301 LH que la solidaridad propia únicamente opere en los casos en los que el tercero favorecido quede libre de alguna carga o limitación inscritas, dejando fuera el resto de supuestos, a los cuales se les debe aplicar la solidaridad impropia generada por las resoluciones.

Por consiguiente, en los supuestos donde el beneficio del tercero sea ajeno a los supuestos recogidos en el art. 301 LH se entiende que el perjudicado deberá demandar a ambas partes —de forma separada o conjunta conforme al art. 72 LEC— para poder interrumpir la prescripción de las acciones contra el registrador y el beneficiado. Es decir, se aplicaría la responsabilidad impropia, por lo que no sería de aplicación el art. 1974 I CC relativo a la solidaridad legal o propia, por el cual se interrumpiría la prescripción de las acciones contra la totalidad de los deudores.

Esto se fundamenta en que la solidaridad impropia es de origen jurisprudencial tras las numerosas ocasiones a las que se ha referido a ella el TS: SSTS 15 febrero 2002 (RJ 2002, 1449), 20 de mayo de 2014 (RJ 2014, 2256), 27 junio 2018 (RJ 2017, 3197), 14 de marzo 2019 (RJ 1097/2016)). El cambio definitivo de criterio jurisprudencial se dio con la STS de 14 de marzo 2003 (RJ 2003, 3645)[116], que sirvió como base para el acuerdo de la Junta de Magistrados de la Sala Primera del TS de 27 de marzo de 2003. Este acuerdo votado por amplia mayoría disponía que "El párrafo primero del artículo 1974 del Código Civil únicamente contempla efecto interruptivo en el supuesto de las obligaciones solidarias en el sentido propio cuando tal carácter deriva de norma legal o pacto convencional, sin que pueda extenderse al ámbito de la solidaridad impropia, como es la derivada de responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente." Por consiguiente, la jurisprudencia ha determinado desde ese momento la no aplicación de la norma de interrupción de la prescripción en la solidaridad propia a la solidaridad impropia.

De las posibles interpretaciones del art. 301 LH parece, por tanto, preferible aquella que no rompe drásticamente con la solidaridad legal del art. 301 LH, sino que la amplía al resto de supuestos no expresamente contemplados en él[117]. Sin embargo, la interpretación extensiva de la solidaridad propia escudándose en los intereses del perjudicado no se adecúa a la literalidad de la ley. Además, no se debe olvidar la presunción de no solidaridad recogida en el art. 1137 CC conforme a la cual "solo habrá lugar a esto [solidaridad] cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria."

Se comparte, en este sentido, la interpretación que se contiene en la SAP Islas Baleares de 13 de junio de 2006 (JUR 2006, 191829). En este caso, los compradores de una casa y una parcela desconocen en el momento de la compra[118] la existencia de una anotación de embargo sobre la misma debido a un error del registrador; por lo que, con posterioridad a la transmisión los compradores tienen que abonar una cantidad para conseguir el levantamiento del embargo el 12 de abril de 2002. Por este motivo, los compradores deciden interponer querella únicamente contra los vendedores de la finca, resultando éste proceso en una sentencia absolutoria.

Una vez dada la resolución penal, los compradores deciden interponer demanda contra los vendedores el 19 de octubre de 2005, conforme a las reglas de pago realizado por tercero en beneficio del deudor, y contra el registrador de la propiedad por responsabilidad profesional al haber omitido en la nota simple la anotación de embargo. Esta pretensión, es confirmada en instancia considerando que la prescripción de la acción contra el registrador había sido interrumpida conforme al art. 1974 CC. Ante esta resolución, el registrador interpone apelación solicitando que: (1) se entienda prescrita la acción por aplicación del 311 LH, (2) la inexistencia de responsabilidad solidaria conforme al art. 301 LH, y otros motivos que no son relevantes para lo que se trata.

La apelación es aceptada por la audiencia, ya que considera que "la solidaridad declarada en la sentencia [de instancia] no está contractualmente establecida ni se deriva tampoco de precepto legal alguno." Es decir, el tribunal corrobora la idea de que la solidaridad propia del 301 LH únicamente atiende a los casos de liberación de cargas o limitaciones, y no al resto de supuestos donde se enmarca este beneficio de los vendedores. Por consiguiente, afirma la sentencia que se está ante una solidaridad impropia establecida en la propia sentencia cuando se ejercita acción de responsabilidad extracontractual contra varias personas. Esta solidaridad impide, conforme a la Junta de Magistrados de la Sala Primera del TS de 27 de marzo de 2003, aplicar el artículo 1974 I CC relativo a la interrupción de la prescripción.

Desde tales premisas, el tribunal concluye que no se ha interrumpido la prescripción de un año relativa a las acciones para la solicitar indemnización del registrador, ya que la acción penal únicamente fue dirigida contra los vendedores, por lo que, conforme a la jurisprudencia de la solidaridad impropia, esa interrupción no puede extenderse al resto de deudores. En este sentido, se admite el recurso del registrador ya que ha transcurrido más de un año desde que acaeciese el perjuicio o daño real, identificándose este en el momento en que los compradores deben de abonar la cantidad para levantar el embargo (12 de abril de 2002), hasta que se ejercita la acción civil contra el registrador (19 de octubre de 2005).

V. CONCLUSIONES

I. La doble condición jurídica de los registradores, como funcionarios públicos y profesionales del derecho, suscita el interrogante de su régimen de responsabilidad. Pero, al ser profesionales del derecho que llevan a cabo funciones públicas y no derivar su retribución de los presupuestos generales, sino de los honorarios satisfechos por los clientes, la responsabilidad no puede ser otra que civil, como confirma

la doctrina mayoritaria, la jurisprudencia y la propia normativa hipotecaria. Así, el régimen de responsabilidad específico de estos profesionales, contenido en los arts. 296 y ss. LH, debe complementarse con las normas comunes de responsabilidad civil.

II. La responsabilidad civil de los registradores debe calificarse como extracontractual, ya que el sistema registral se rige por el principio de rogación del cliente y los registradores actúan conforme al ministerio de la Ley. Además, la responsabilidad es de carácter subjetivo porque se fundamenta en la culpa o negligencia del profesional. De ello se desprende que los presupuestos necesarios para el nacimiento de la responsabilidad son idénticos a los de la responsabilidad extracontractual: (1) que se dé una conducta profesional culposa o negligente, (2) un daño o perjuicio efectivo y (3) la existencia de un nexo causal entre la actuación y el daño efectivo.

III. La recepción de ciertos supuestos de responsabilidad en la Ley Hipotecaria no constituye una enumeración cerrada. Por tanto, cuando se den los presupuestos de la responsabilidad civil del registrador ya mencionados se estará ante un caso de responsabilidad a pesar de que este no se incluya expresamente en el articulado.

IV. El art. 300 LH conduce a error en lo relativo a la determinación del *quantum* indemnizatorio, ya que únicamente incluye en su dicción los daños emergentes, sin tratar el lucro cesante o los daños morales que la jurisprudencia y la doctrina han aceptado.

V. El riesgo de responsabilidad civil que recae sobre los registradores puede ser mitigado, singularmente a través del Servicio de Responsabilidad Civil del Colegio Nacional de Registradores, régimen potestativo que ha sustituido al antiguo sistema de fianzas.

VI. Los arts. 301 y 302 LH contienen un tratamiento de la responsabilidad de los registradores cuando su actuación deriva en el beneficio patrimonial de un tercero, situación no infrecuente. El régimen incluye un sistema especial de responsabilidad solidaria y de acción de repetición del registrador frente al beneficiado que, para parte de nuestra doctrina, constituye una sobreprotección del registrador. Sin embargo, el régimen recogido en la normativa hipotecaria es conforme con los principios y las reglas generales de resarcimiento del daño, por lo que debe aplicarse en su literalidad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ARANDA RODRÍGUEZ, R. (2011), La responsabilidad civil del Notario. *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tomo 1, pp. 147-164.

ATIENZA LÓPEZ, J.I. (2001), Responsabilidad civil del registrador de la propiedad, *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, Tomo X, Fascículo VII.

BALLESTEROS ALONSO, M. (2003), La responsabilidad civil de registradores y notarios, *Cuadernos de derecho judicial*, Tomo VII, pp. 67-132.

CERDÁ OLMEDO, M. (1985), Responsabilidad civil por daños futuros, *Anuario de derecho civil,* Tomo XXXVIII, Fascículo III, pp. 623-648.

CHICO ORTIZ, J.M. (2000), *Estudios sobre Derecho hipotecario.* Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

DÍAZ VALES, F. (2016), La responsabilidad civil del registrador de la propiedad: naturaleza y conductas que la originan, *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, Tomo VI, pp. 6-29.

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. (2012), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial.* Madrid: Civitas.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2002), Responsabilidad del Registrador de la Propiedad por errores y omisiones en el contenido de una nota simple informativa. *Revista de Derecho bancario y bursátil*, Año 21, n.º 86, pp. 251.278.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2018), Doctrina jurisprudencial sobre la interrupción de la prescripción en los supuestos de responsabilidad solidaria subsidiaria de los agentes que intervienen en el proceso de edificación. Comentario a la STS de 27 de junio 2017 (RJ 2017, 3197), *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Tomo 105, pp. 609-628.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2019), *Comentarios a la Ley Hipotecaria.* Pamplona: Aranzadi

ESTRUCH ESTRUCH, J. (2014), *La responsabilidad civil del registrador,* Madrid: Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios.

GARCÍA GARCÍA, J.M. (2023), *Código de Legislación Hipotecaria.* Pamplona: Civitas.

GONZÁLEZ PEREZ, J. (1955), La impugnación de los actos registrales, *Revista Crítica.*

GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M. (2018), La responsabilidad civil derivada del ejercicio de la seguridad jurídica preventiva: Notarios y Registradores. *Responsabilidad profesional Tirant lo Blanch* (MONTERROSO CASADO, E., Dir.)

GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (2009), La responsabilidad del Registrador en el ejercicio de la función calificadora: su necesaria persistencia en beneficio del usuario. *Boletín del Colegio de Registradores de España*, n.º 156, pp. 727-747.

LACRUZ BERDEJO, J.L. (1979), Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del registrador, *Revista Crítica*, pp. 75-183.

MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, J.L, (2021), La responsabilidad por daños de los registradores de la propiedad, *LegalToday*, disponible en: https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/civil/la-responsabilidad-por-danos-de-los-registradores-de-la-propiedad-2021-03-01/

MOISSET DE ESPANÉS, L. (2007), Informática, seguridad jurídica y responsabilidad del Registrador. *Derecho y cambio social*, n.º 11, año IV. Disponible en: http://www.derechoycambiosocial.com/revista011/informatica.htm.

NAVARRO GÓMEZ, R. (2008), *El arancel de los funcionarios públicos: análisis jurídico tributario,* Madrid: Marcial Pons

PALOMARES BRAVO, J (2022), La responsabilidad civil del registrador de la propiedad en los casos de ausencia de inscripción registral de prohibiciones de disponer constituidas válidamente, *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* Volumen XVIII, pp. 1886-1921. Disponible en: https://riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/25312/Propuesta%20comunicaci%C3%B3nPALOMARES%20BRAVO.pdf?sequence=4&isAllowed=y

PARRA LUCÁN, M.A. (2007), «La responsabilidad civil de Notarios y registradores. Estudio Jurisprudencial», en MORENO MARTÍNEZ, J. (dir.), *La responsabilidad civil y su problemática actual,* Madrid, pp. 821-884

SAINZ MORENO, F. (1983), «Ejercicio privado de funciones públicas», *Revista de Administración Pública,* núm. 100-102, pp. 1699-1783.

YZQUIERDO TOLSADA, M. (1988), La responsabilidad civil del profesional liberal.

VII. RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 12 de febrero 1996 (RJ 1996, 1248)
- STS de 14 de marzo 2003 (RJ 2003, 3645)
- STS de 18 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3809)
- STS de 23 de enero 2008 (2008, 216)
- STS de 29 de septiembre de 2009 (RJ 2009, 5984)
- STS de 2 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 267)
- STS de 5 de febrero de 2018 (RJ 2018, 218)
- STS de 2 de noviembre de 2021 (RJ 2021/4941)
- SAP de Barcelona de 26 de julio de 2000 (JUR 2000, 306620)
- SAP de Barcelona 30 marzo 2001 (JUR 2001, 161460)
- SAP de Barcelona de 13 de marzo de 2006 (AC 2006, 1163)
- SAP de Barcelona de 15 de julio de 2007 (JUR 2007, 331489).
- SAP de Córdoba 7 de marzo 2018 (JUR 2018/276574)
- SAP de Las Palmas de 13 de mayo de 2005 (ARP 2005, 547)
- SAP de Pontevedra de 5 de mayo de 2005 (JUR 2006, 25564)
- SAP de Sevilla de 19 de mayo de 2004 (JUR 2004, 199126)
- SAP de Tarragona de 9 de febrero de 2009 (AC 2009, 344)
- SAP de Valencia de 31 de octubre de 2000 (JUR 2001, 28052)
- SAP de Granada 12 abril 2004 (JUR 2004, 158244)
- SAP de Islas Baleares de 14 de octubre de 2002, JUR 2003/29102)
- SAP de Islas Baleares de 13 de junio de 2006 (JUR 2006, 191829)

NOTAS

[1] La Ley Hipotecaria de 1861 fue aprobada el 11 de enero de 1861 por unanimidad parlamentaria.

[2] Las variaciones más importantes son las relativas a la denominación del actual Título XII en el que se incluyó la sección dedicada al régimen disciplinario de los registradores, y la incorporación del término "tribunal" al art. 303 LH.

[3] ESTRUCH ESTRUCH, 2014., p.22; PARRA LUCÁN, 2007, p. 825.

[4] DOMINGUEZ LUIS, 1994, pp. 378 y ss.; GONZÁLEZ PEREZ, 1995, pp.513 y ss.

[5] El Real Decreto 139/2020 modificó la denominación de la Dirección General pasando de ser la Dirección General de los Registros y el Notariado que dependía de la Subsecretaría de Estado de Justicia, a denominarse la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública que depende de la Secretaría de Estado de Justicia. El presente trabajo se referirá a la Dirección General conforme a la denominación vigente en la actualidad, excepto en aquellos casos donde la literalidad de la Ley siga sin ser modificada y se refiera a la DGRN.

[6] Página Web de registradores de España. https://www.registradores.org/el-colegio/registro-de-la-propiedad

[7] Artículo 1 del Real Decreto 483/1997, de 14 de abril, por el que se aprueban los Estatutos generales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

[8] Artículo 520 RH: "A los efectos del artículo doscientos ochenta y dos de la Ley, el Colegio Nacional de Registradores podrá constituir una fianza de carácter colectivo que sustituya las individuales de los registradores y que garantice las responsabilidades contraídas por éstos en el ejercicio de su cargo. La fianza se constituirá en valores públicos, en la Caja General de Depósitos, a disposición de la Dirección General de los Registros y del Notariado (…)"

[9] Artículo 18 del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

[10] ESTRUCH ESTRUCH, 2014, p. 25

[11] Artículo 536, del Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario.

[12] En aras de reforzar la idea sobre la importancia del sistema de retribuciones para dotar del carácter profesional a estos profesionales se recomienda ver la pág.12 de este trabajo relativa al caso italiano tratado por ESTRUCH ESTRUCH, 2014, p. 35 donde un cambio de sistema de retribución no acompañado de una modificación en el régimen de responsabilidades de los registradores derivó en una profunda crisis en las oficinas de los Registros.

[13] ESTRUCH ESTRUCH, 2014, p. 25.

[14] SAINZ MORENO, 1983, p.1783.

[15] Sigue la misma línea que lo estipulado por la SAP de Barcelona de 15 de julio de 2007 (JUR 2007, 331489).

[16] LACRUZ BERDEJO, 1979, p. 161 y DOMÍNGUEZ LUIS, 1994, p. 389).

[17] MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, 2021, Apartado 3.

[18] "No puede deducirse la responsabilidad patrimonial de la Administración por los errores cometidos por Notarios o por registradores en el desempeño de su función, puesto que incurren en una responsabilidad personal y propia", PARRA LUCÁN, 2007, p. 827.

[19] BALLESTEROS ALONSO, 2003, p. 71.

[20] GONZÁLEZ PEREZ, 1995, p. 515.

[21] DOMÍNGUEZ LUIZ, 1994, p. 541.

[22] ESTRUCH ESTRUCH, 2014, p. 416 y ss.

[23] PARRA LUCÁN, 2007, p. 825.

[24] Artículo 106.2 CE: "Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.". LACRUZ BERDEJO, 1979, p. 172 y ss.

[25] Artículo 332.7 RH: "Los registradores, en el ejercicio profesional de su función pública, están obligados a colaborar entre sí, y para atender solicitudes de publicidad formal, en los términos previstos por la Ley y este Reglamento (…)"

Artículo 334. 1 RH: "Los registradores, en el ejercicio profesional de su función pública, deberán informar a cualquier persona que lo solicite, asesorándola, en materias relacionadas con el Registro (…)"

[26] Se sigue en esta parte a ESTRUCH ESTRUCH, 2014 p.35.

[27] Una de las principales alteraciones de este Título XII de la LH fue la incorporación del nuevo régimen disciplinario de estos funcionarios que se incorporó a través de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que añadió al Título XII la denominación "De la responsabilidad y del régimen disciplinario de los registradores".

[28] Por el contrario, BALLESTEROS ALONSO, 2003, p. 72 considera que la normativa hipotecaria recoge, tal y como quería el legislador, todos los casos en los que el registrador puede incurrir en responsabilidad, por lo que no es posible la aplicación subsidiaria de las normas comunes del Código Civil.

[29] ESTRUCH ESTRUCH, 2014, p. 24.

[30] PARRA LUCÁN, 2007, p. 864.

[31] Véase: de la LH: arts. 18 (calificación de la legalidad de los documentos de toda clase, capacidad de los otorgantes y validez de los actos dispositivos), 99 (calificación de la legalidad de los documentos en cuya virtud se soliciten las cancelaciones), 100 (calificación de la competencia de Jueces o Tribunales cuando ordenen las cancelaciones), 213 (posibilidad de rectificar los errores materiales cometidos), 222.5 (emisión de notas simples informativas), 270 (remisión al Presidente de la Audiencia de certificación), 327 (posibilidad de rectificar la calificación recurrida).

Del RH: arts. 36 y 37 (documentos otorgados en territorio extranjero), 161, 321 (posible modificación de los erros materiales en asientos), 354 (obligación de información continuada), 472, 485 c), 536 (precepto de responsabilidad general).

Del RRM: arts. 6 (calificación de la legalidad de los documentos de toda clase, capacidad de los otorgantes y la validez de su contenido), 15.2 (casos de cotitularidad del Registro), 31.2 8 (traslado al nuevo registrador de todo lo que estipule el inventario), 39.1(plazo de inscripción del asiento de presentación) y 382.2.

[32] Ambos relativos al establecimiento de responsabilidad civil de los registradores por (1) falta de inscripción de los títulos o error u omisión, y (2) dando la posibilidad a la parte de reclamar al registrador el importe de la pérdida de un derecho real o de la acción para reclamarlo.

[33] ESTRUCH ESTRUCH, 2014, p. 53 y PARRA LUCÁN, 2007 p. 836.

[34] BALLESTEROS ALONSO, 2003, p. 73.

[35] ESTRUCH ESTRUCH, 2014, p.40.

[36] LACRUZ BERDEJO, 1974, p. 171; PARRA LUCÁN, 2007, p. 864.

[37] El tema de la prescripción será tratado con mayor detenimiento en el apartado 3.2.4 de este trabajo.

[38] Por el contrario, PALOMARES PRAVO, 2023, p. 1986 identifica la responsabilidad legal como una categoría independiente o autónoma respecto de la responsabilidad civil.

[39] PALOMARES BRAVO, 2023, p. 1897.

[40] PALOMARES BRAVO, 2023, p. 1897.

[41] Véase también la STS 2 diciembre 2009 (2010, 267).

[42] Véase la SAP de Pontevedra de 5 de mayo de 2005 (JUR 2006, 25564)

[43] Véase también el art. 296 (II), 297, 301 LH.

[44] Lo mismo sucede para con los notarios tal y como establece la SAP de las Islas Baleares de 10 de julio 2000 (JUR 2000, 295084)

[45] CERDÁ OLMEDO, 1985, p. 624.

[46] CERDÁ OLMEDO, 1985, p. 624.

[47] STS 6 abril de 2010, FD 3.º, (RJ 2010. 4354).

[48] Véase SAP de Barcelona de 25 de junio de 2008 (AC 2008, 2006) que trata un caso de doble inmatriculación en el cual no se aprecia ninguna actuación negligente del registrador a pesar de que el particular con peor derecho sufrió un daño.

[49] ESTRUCH ESTRUCH, 2014, p. 89.

[50] Artículo 1968.2 del Código Civil.

[51] PARRA LUCÁN, 2007, p. 879.

[52] A lo largo de la explicación de las sentencias se desarrollará más minuciosamente la doctrina jurisprudencial imperante en este sentido.

[53] ESTRUCH ESTRUCH, 2014, p. 348.

[54] Véase en la exposición de sentencia la SAP Granada de 12 de abril de 2004 (JUR 2004/158244), en la cual la materialización efectiva del daño y del perjuicio sobre el adquiriente se identifica cuando el adquiriente de la finca tiene que hacer frente a un embargo del cual no tenía conocimiento ya que la adquirió confiando en una nota simple informativa que estipulada que la finca objeto del negocio jurídica estaba libre de cargas. Por lo tanto, considera la Audiencia que el plazo anual computa desde el momento del pago por parte del vendedor para levantar el embargo.

[55] Con anterioridad a la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil el plazo de prescripción para ejercitar las acciones personales era de quince años. Además, en el momento de entrada en vigor de la primer Ley Hipotecaria de 1861, este plazo era de veinte años conforme a las Leyes de Toro. Por lo tanto, con el transcurso del tiempo y las modificaciones el registrador ha salido beneficiado ya que el plazo máximo en el que se debe interponer la acción se ha reducido diez años desde 2015, y en quince desde la primera ley hipotecaria.

[56] BALLESTEROS ALONSO, 2003, p.101 dice que estamos ante un plazo de caducidad más que de prescripción.

[57] ESTRUCH ESTRUCH, 2014, p. 370.

[58] En ese momento, el Registro había cambiado de titular y estaba servido por otro registrador ajeno al proceso.

[59] STS 751/2021, de 2 de noviembre 2021. FJ 4.º

[60] En ese proceso es de quince años conforme al art. 1964 del CC y no el actual de cinco que se incorpora con la Ley 42/2015, de 5 de octubre, que no estaba en vigor al presentarse la demanda.

[61] STS 751/2021, de 2 de noviembre 2021. FJ. 4.ª .

[62] Ídem.

[63] "SSTS 877/2005, de 2 de noviembre (RJ 2005, 7619); 134/2012, de 29 de febrero (RJ 2012, 5268); 623/2016, de 20 de octubre (RJ 2016, 4956); 708/2016, de 25 de noviembre (RJ 2016, 5742), 721/2016, de 5de diciembre (RJ 2016, 6310); 326/2019, de 6 de junio (RJ 2019, 2736) y 279/2020, de 10 de junio (RJ 2020, 2283), entre otras muchas)." STS 751/2021 de 2 de noviembre (RJ 2021, 4941).

[64] ESTRUCH ESTRUCH (2014, p. 133)

[65] BALLESTEROS ALONSO, 2003, p. 93. La afirmación es coherente con el hecho de que la responsabilidad civil procedería en aquellos casos en que se dieran los presupuestos necesarios conforme al régimen general, como ya se ha indicado.

[66] Véase el art. 17 LH: "Inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real.

Si sólo se hubiera extendido el asiento de presentación, no podrá tampoco inscribirse o anotarse ningún otro título de la clase antes expresada durante el término de sesenta días, contados desde el siguiente al de la fecha del mismo asiento.": y el art. 25 LH relativo al principio de preferencia: "Para determinar la preferencia entre dos o más inscripciones de igual fecha, relativas a una misma finca, se atenderá a la hora de la presentación en el Registro de los títulos respectivos."

[67] Art. 213 LH: "Los registradores podrán rectificar por sí, bajo su responsabilidad, los errores materiales cometidos: Primero. En los asientos de inscripción, anotación preventiva o cancelación, cuyos respectivos títulos se conserven en el Registro. Segundo. En los asientos de presentación, notas marginales e indicaciones de referencias, aunque los títulos no obren en la oficina del Registro, siempre que la inscripción principal respectiva baste para dar a conocer el error y sea posible rectificarlo por ella."

[68] BALLESTEROS ALONSO, 2003, pp. 89 y 90.

[69] ESTRUCH ESTRUCH, 2014*,* p. 238, dice que la polémica sobre la responsabilidad civil en el caso de las notas simples informativas quedó subsanada con la reforma de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de Reformas para el Impulso de la Productividad, ya que la dicción actual del precepto versa: "La nota simple informativa tiene valor puramente informativo y no da fe del contenido de los asientos, sin perjuicio de la responsabilidad del registrador, por los daños ocasionados por los errores y omisiones padecidos en su expedición. Deberá reproducir, literal si así lo solicita el interesado, o en extracto en otro caso, el contenido de los asientos vigentes relativo a la finca objeto de manifestación, donde conste, al menos, la identificación de la misma, la identidad del titular o titulares de derechos inscritos sobre la misma y la extensión, naturaleza y limitaciones de éstos. Asimismo se harán constar, en todo caso, las prohibiciones o restricciones que afecten a los titulares o a los derechos inscritos."

[70] Esta resolución será tratada más adelante para tratar la eventual existencia de terceros beneficiados.

[71] BALLESTEROS ALONSO*,* 2003, pp. 94 y 95; ESTRUCH ESTRUCH, 2014, pp. 158 y ss.

[72] ESTRUCH ESTRUCH, 2014*,* p.161.

[73] ESTRUCH ESTRUCH, 2014 p. 277.

[74] Ídem*,* p.275.

[75] Artículo 1106 CC: "La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes".

[76] BALLESTEROS ALONSO, 2003, p. 94

[77] En este sentido, ESTRUCH ESTRUCH, 2014, p. 294 y 295.

[78] Artículo 219.1 LEC: "Cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que

pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética."

[79] Esta fianza es a la que se refiere el art. 296 LH cuando establece que "los registradores responderán civilmente, en primer lugar, con sus fianzas (…)".

[80] Artículo 282 LH: "No se dará posesión de su cargo a los que sean nombrados registradores, sin que presten previamente una fianza en la forma y cuantía que fijará el Reglamento."

[81] Artículo 520 RH: "A los efectos del artículo doscientos ochenta y dos de la Ley, el Colegio Nacional de Registradores podrá constituir una fianza de carácter colectivo que sustituya las individuales de los registradores y que garantice las responsabilidades contraídas por éstos en el ejercicio de su cargo. La fianza se constituirá en valores públicos, en la Caja General de Depósitos, a disposición de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

La fianza únicamente podrá ser embargada por los Tribunales de Justicia, previa declaración de haberse incurrido en la indicada responsabilidad y de su índole registral por la Dirección General.

El Centro Directivo, a propuesta de la Junta del Colegio dictará, en su caso, las disposiciones oportunas para la constitución de dicha fianza colectiva y la cancelación de las personales constituidas."

[82] BALLESTEROS ALONSO, 2003, p.103.

[83] Sin perjuicio de que el reclamante pueda ejercer una acción posterior ante los Tribunales si no está de acuerdo con la resolución de la Junta (art. 69.3 del RD 483/1997).

[84] Artículo 69.5.ª (II): "Con carácter rigurosamente excepcional y atendidas las circunstancias del caso, podrá acordar la Junta que sea a cargo del Servicio la totalidad de la indemnización, o bien que el registrador contribuya con cantidad superior al 25 por 100, señalado, o incluso que sea de cargo del mismo el total de la indemnización."

[85] PARRA LUCÁN, 2007, p. 827.

[86] Piénsese en el eventual caso de que se acuerde una indemnización el Colegio hace frente a la mayoría del importe.

[87] ESTRUCH ESTRUCH, 2014, p. 389

[88] ESTRUCH ESTRUCH, 2014, p. 311 y ss.

[89] PARRA LUCÁN, 2007, p. 867.

[90] Véase apartado 4.1.5 de este trabajo relativo a los aspectos procesales cuando se dan supuestos de responsabilidad con la existencia de un tercero beneficiado por la actuación del registrador.

[91] La discusión sobre el carácter propio o impropio de la responsabilidad se desarrollará en el apartado relativo a las cuestiones procesales. Véase apartado 4.1.5 de este trabajo.

[92] ESTRUCH ESTRUCH, 2014, pp. 314 y 315.

[93] BALLESTEROS ALONSO, 2003, p. 104; ESTRUCH ESTRUCH, p. 315 y PARRA LUCÁN, 2007, p. 866.

[94] ESTRUCH ESTUCH, 2014, p. 316.

[95] BALLESTEROS ALONSO, 2003, p. 105.

[96] PARRA LUCÁN, 2007, p. 867.

[97] BALLESTEROS ALONSO, 2003, p. 105.

[98] BALLESTEROS ALONSO, 2003, pp. 104 y ss.

[99] PARRA LUCÁN, 2007, p. 871.

[100] En ese sentido, ESTRUCH ESTRUCH, 2014, p. 328.

[101] PARRA LUCÁN, 2007, p. 869 y ESTRUCH ESTRUCH, 2014, p.374.

[102] ESTRUCH ESTRUCH, 2014, p.322.

[103] Artículo 43 I LCS: "El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente las personas responsables, del mismo, hasta el límite de la indemnización."

[104] ESTRUCH ESTRUCH, 2014, p. 331.

[105] ESTRUCH ESTRUCH, 2014, p. 377.

[106] Artículo 14 LEC. Intervención provocada: "(…) 2. Cuando la ley permita al demandado llamar a un tercero para que intervenga en el proceso, se procederá conforme a las siguientes reglas (…)"

[107] Artículo 13 LEC. Intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados. 1. "Mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito. En particular, cualquier consumidor o usuario podrá intervenir en los procesos instados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los intereses de aquéllos."

[108] ESTRUCH ESTRUCH, 2014, p. 378.

[109] ESTRUCH ESTRUCH, 2014, p.339.

[110] Artículo 72. LEC: Acumulación subjetiva de acciones: Podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir.

Se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos

[111] Artículo 303 LH. "Toda demanda que se deduzca contra el registrador para exigirle la responsabilidad se presentará y sustanciará ante el Juzgado o Tribunal a que corresponda el Registro en que se haya cometido la falta."

[112] Artículo 53 LEC. Competencia territorial en caso de acumulación de acciones y en caso de pluralidad de demandados. "1. Cuando se ejerciten conjuntamente varias acciones frente a una o varias personas será tribunal competente el del lugar correspondiente a la acción que sea fundamento de las demás; en su defecto, aquel que deba conocer del mayor número de las acciones acumuladas y, en último término, el del lugar que corresponda a la acción más importante cuantitativamente."

[113] ESTRUCH ESTRUCH, 2014, p. 375.

[114] ESTRUCH ESTRUCH, 2014, p. 361.

[115] PARRA LUCÁN, 2007, p. 869.

[116] Así lo entiende Sin embargo, tal y como establece DOMÍNGUEZ LUELMO, 2018, p. 610.

[117] ESTRUCH ESTRUCH, 2014, pp. 360 y ss.

[118] Por la inexistencia de la anotación de embargo en la nota simple que emite el Registro al Notario.

Trabajo recibido el 27 de febrero de 2024 y aceptado para su publicación el 11 de marzo de 2024

La prescripción de las acciones de responsabilidad contra administradores sociales

The Statute of Limitations for Liability Actions Against Company Directors

por
VÍCTOR CLEMENTE CRISTÓBAL
Knowledge Lawyer
DLA Piper

RESUMEN: La prescripción de las acciones de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital es una materia que inicialmente tuvo un desarrollo jurisprudencial, ya que la legislación especial de las sociedades de capital guardaba silencio al respecto. A pesar de que, tras la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, la regulación de la prescripción de las acciones social e individual de responsabilidad terminó plasmándose en el art. 241 bis LSC, surgieron dudas acerca de si tal precepto resultaba igualmente de aplicación a la acción de responsabilidad por las deudas sociales del art. 367 LSC. A este respecto, la doctrina y la jurisprudencia menor de las diferentes Audiencias Provinciales han desarrollado dos teorías contrapuestas entre sí y, el Tribunal Supremo, sin posicionarse a favor de ninguna de ellas, ha zanjado el debate en torno a cuál debe ser el régimen de la prescripción de la acción de responsabilidad por las deudas sociales en tres sentencias, dictadas próximas en el tiempo, que vienen a conformar un nuevo cuerpo jurisprudencial.

ABSTRACT: The statute of limitations for liability actions against directors of corporations is a matter that was initially developed in case law, as the special legislation on capital companies was silent on the matter. Despite the fact that, after Law 31/2014 of 3 December, the regulation of the statute of limitations for corporate and individual liability actions ended up being embodied in art. 241 bis

of the Spanish Corporate Enterprises Act, doubts arose as to whether this precept was also applicable to the liability action for corporate debts in art. 367 of the Spanish Corporate Enterprises Act. In this respect, the scholars and the minor case law of the different provincial courts have developed two opposing theories and the Supreme Court, without taking a position in favour of either of them, has settled the debate as to which should be the statute of limitations for the action for liability for corporate debts in three judgments, handed down close in time, which have come to form a new body of case law.

PALABRAS CLAVE: Prescripción, administradores, responsabilidad, sociedades de capital, jurisprudencia.

KEY WORDS: The statute of limitations, directors, liability, corporations, case law.

SUMARIO: I. LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CONTRA ADMINISTRADORES.—II. LA PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS ADMINISTRADORES SOCIALES.—II.1. Consideraciones previas. II.2. Situación inicial. II.3. Punto de inflexión: la STS (1.ª) núm. 749/2001, de 20 de julio. II.4. El art. 241 bis LSC tras la Ley 31/2014, de 3 de diciembre. II.4.A. *Las acciones social e individual de responsabilidad*. II.4.B. *¿La acción de responsabilidad por deudas sociales?* II. 5. Situación actual: la STS (1.ª) núm. 1512/2023, de 31 de octubre.—III.CONCLUSIÓN.— IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CONTRA ADMINISTRADORES

Como aproximación al asunto objeto de estudio, es importante recordar que el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, la "LSC"), contempla principalmente tres vías o acciones para exigir responsabilidad personal a los administradores de las sociedades de capital.

Estas tres acciones podrían clasificarse en dos grupos distintos, a saber: las acciones de responsabilidad por daños (arts. 238 a 241 LSC) y la acción de responsabilidad por las deudas sociales (art. 367 LSC).

a. Las acciones de responsabilidad por daños

Los administradores responden frente a la sociedad, los socios y los acreedores sociales de los daños causados por actos u omisiones contrarios a la ley o a

los estatutos o por los realizados incumpliendo el conjunto de deberes inherentes al cargo de administrador (art. 236 LSC).

En este sentido, la LSC distingue entre la acción social e individual de responsabilidad, en función de que el patrimonio directamente dañado por el acto de los administradores sea el de la sociedad o el de los socios o terceros. De esta manera, dentro de las acciones de responsabilidad por daños, cabe distinguir, a su vez, entre la acción social de responsabilidad y la acción individual de responsabilidad.

En primer lugar, la acción social de responsabilidad (arts. 238 a 240 LSC) se interpone cuando la conducta (activa u omisiva) de los administradores ha ocasionado un daño a la propia sociedad.

Por ello, en primer lugar, la legitimación para ejercitar la acción social contra los administradores se atribuye a la propia sociedad, previo acuerdo en ese sentido de la junta general (art. 238 LSC).

No obstante, la LSC prevé un sistema de legitimación subsidiaria o en cascada, de manera que, cuando la acción social de responsabilidad no se haya entablado por la sociedad y se cumplan ciertos requisitos adicionales, los socios que posean al menos un 5% del capital social podrán ejercitar la acción (art. 239 LSC).

Por último, el art. 240 LSC permite a los acreedores de la sociedad ejercitar la acción social de responsabilidad cuando se cumplan dos presupuestos: (i) que la acción social de responsabilidad no haya sido ejercitada por la sociedad o sus socios y (ii) que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos.

En cualquiera de los tres casos, la acción social de responsabilidad se ejercita para reclamar en favor de la sociedad y reparar o resarcir los daños que en ella hayan causado los actos o las omisiones de los administradores. Por eso, cuando los socios o los acreedores ejercitan la acción social de responsabilidad, no están reclamando el resarcimiento de un daño particular, sino que reclaman una indemnización para la propia sociedad.

En segundo lugar, la acción individual de responsabilidad (art. 241 LSC) se ejercita por los socios (con independencia de su porcentaje de participación en el capital social) y/o por los acreedores contra los administradores para buscar la reparación de la lesión directa que éstos hayan causado en los intereses individuales de aquellos.

b. La acción de responsabilidad por las deudas sociales

Frente a las acciones (social e individual) de responsabilidad, el art. 367 LSC contempla una responsabilidad "sanción *ex lege*"[1], conocida como responsabilidad por las deudas sociales.

En virtud de tal precepto, (i) los administradores que incumplan la obligación de convocar la junta general en el plazo de dos meses a contar desde el acaecimiento de una causa legal o estatutaria de disolución o, en caso de nombramiento posterior, a contar desde la fecha de la aceptación del cargo, para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución o aquel o aquellos que sean necesarios para la remoción de la causa y (ii) los administradores que no soliciten la disolución judicial en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando esta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución, responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa de disolución o, en caso de nombramiento de esa junta o después de ella, de las obligaciones sociales posteriores a la aceptación del nombramiento.

Como se puede observar, las acciones social e individual de responsabilidad por daños y la acción de responsabilidad por las deudas sociales tienen distintos presupuestos materiales, los cuales, sin embargo, no serán objeto de estudio.

Adicionalmente, estas acciones de responsabilidad también poseen distintos requisitos de carácter procedimental o procesal, entre los que se encuentran los plazos legales para su ejercicio. Con excusa de las recientes SSTS (1.ª) núm. 1512/2023, de 31 octubre, núm. 217/2024, de 20 de febrero, y núm. 275/2024, de 27 de febrero, que vienen a consagrar un nuevo criterio jurisprudencial acerca del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad por las deudas sociales (art. 367 LSC), se considera de utilidad elaborar este estudio, cuyo objeto principal se circunscribe a analizar la situación actual sobre el plazo de prescripción de las principales acciones de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital.

En este sentido, no se entrará a analizar la institución de la prescripción, sino únicamente los vaivenes legales y jurisprudenciales que se han ido perfilando en cuanto a cuál debe ser el plazo de prescripción de las diferentes acciones de responsabilidad contra los administradores sociales.

II. LA PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS ADMINISTRADORES SOCIALES

III.1. Consideraciones previas

En primer lugar, para poder comprender adecuadamente cual es el estado de la cuestión actual acerca de la prescripción de las acciones de responsabilidad contra los administradores sociales, es conveniente realizar un repaso sobre los principales cambios legislativos y jurisprudenciales acaecidos en la materia durante los últimos años.

II.2. Situación inicial

En el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada y, posteriormente, en la LSC, a pesar de regular los presupuestos materiales que debían concurrir para poder exigir responsabilidad a los administradores sociales, no se contemplaba ningún plazo de prescripción específico para entablar las diferentes acciones de responsabilidad frente a los mismos.

Esta laguna normativa se cubría con la aplicación analógica del art. 949 del Código de Comercio, en virtud del cual "la acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades terminará a los cuatro años, a contar desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración"[2].

Si bien la aplicación analógica del art. 949 del Código de Comercio al ámbito de las sociedades de capital era una cuestión pacífica en lo que respecta a la acción social de responsabilidad y a la acción de responsabilidad por las deudas sociales, esta regla generaba dudas respecto a la acción individual de responsabilidad.

Por una parte, el Tribunal Supremo (*vid*. las SSTS (1.ª) de 21 de mayo de 1992 [ECLI:ES:TS:1992:14024], núm. 588/1999, de 2 de julio [ECLI:ES:TS:1999:4737] y núm. 813/1999, de 2 de octubre [ECLI:ES:TS:1999:6025]), entendió que la acción individual de responsabilidad se encontraba sometida al plazo de prescripción de un año (art. 943 Ccom. y art. 1968.2.º CC) y no al de cuatro años previsto en el art. 949 del Código de Comercio. Los motivos pueden reducirse básicamente a dos. En primer lugar, se argumenta que la acción individual de responsabilidad, en tanto que acción vinculada a la producción de un daño extracontractual (art. 1902 CC), se encuentra sometida al plazo de prescripción de un año del art. 1968.2.º del Código Civil (art. 943 Ccom.)[3]. Y, en segundo lugar, el Alto Tribunal estableció que la regla del art. 949 del Código de Comercio estaba pensada únicamente para el ejercicio de "otras responsabilidades derivadas de la gestión social o de la representación, pero no a la responsabilidad del artículo 1902 del Código Civil"[4].

Por otra parte, el Alto Tribunal, en las SSTS (1.ª) de 22 de junio de 1995 [ECLI:ES:TS:1995:11043] y núm. 348/1999, de 29 de abril [ECLI:ES:TS:1999:2902], estableció que la acción individual de responsabilidad se encontraba sometida al plazo de prescripción de cuatro años del art. 949 del Código de Comercio y no al de un año del art. 1968.2.º del Código Civil cuando el daño reclamado por el tercero derivara de una relación contractual con la sociedad.

En suma, bajo esta etapa inicial, el estado de la cuestión era el siguiente. En primer lugar, la acción social de responsabilidad se encontraba sometida al plazo de prescripción de cuatro años previsto en el art. 949 del Código de Comercio. En segundo lugar, la acción individual de responsabilidad se encontraba sometida: (i) al plazo de prescripción de cuatro años previsto en el art. 949 del Código de Comercio si el daño derivaba de una relación contractual; o (ii) al plazo de prescripción de un año previsto en el art. 1968.2.º del Código Civil si el daño derivaba de una relación extracontractual. Y, en tercer lugar, la acción de responsabilidad por las deudas sociales se encontraba sometida al plazo de prescripción de cuatro años previsto en el art. 949 del Código de Comercio (STS (1.ª) núm. 588/1999, de 2 de julio [ECLI:ES:TS:1999:4737]).

II.3. Punto de inflexión: la STS (1.ª) núm. 749/2001, de 20 de julio

La doctrina del Tribunal Supremo cambió a raíz de la STS (1.ª) núm. 749/2001, de 20 de julio [ECLI:ES:TS:2001:6416], en la que el Alto Tribunal, consciente de la divergencia de criterio que existía hasta el momento, se decantó por aplicar el plazo de prescripción de cuatro años previsto en el art. 949 del Código de Comercio también a la acción individual de responsabilidad.

Los principales motivos esgrimidos por el Tribunal Supremo son los que se resumen a continuación. En primer lugar, el art. 949 del Código de Comercio asigna un plazo de prescripción de cuatro años a la acción contra administradores, sin distinguir entre diferentes tipos de acciones. En particular, el Tribunal Supremo sostiene que "el art. 943 C.Com., punto de partida para llegar al art. 1968-2.º CC, se refiere textualmente a "las acciones que en virtud de este Código no tengan un plazo determinado para deducirse en juicio". Sin embargo, resulta que el propio C.Com., en su art. 949, sí asigna un plazo determinado, el de cuatro años, a "la acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades", sin distinción alguna, por más que su emplazamiento sistemático, a la vista del contenido de los dos artículos que le preceden, permita opinar que podría estar refiriéndose sólo a la acción que contra el administrador ejerciten los socios". En segundo lugar, al regularse la acción individual de responsabilidad en una norma mercantil de carácter especial (art. 241 LSC), el Código de Comercio, en tanto que norma mercantil general, debe aplicar con preferencia al Código Civil. En consecuencia, "existiendo por tanto en el Código de Comercio una norma especial sobre el plazo de ejercicio de "la acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades", no hay por qué acudir al Código Civil en busca de otro plazo diferente que en realidad se establece para unas acciones menos específicas, las ejercitadas para exigir responsabilidad "por

las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902", debiendo aplicarse la norma especial con preferencia sobre la general". En tercer lugar, manteniéndose al margen de la discusión doctrinal sobre si la acción individual de responsabilidad tiene carácter contractual o extracontractual, el Tribunal Supremo considera que la acción individual de responsabilidad tiene por finalidad reclamar una indemnización por la actuación que los administradores hayan realizado en el ejercicio de su cargo. Por tanto, nada impide que junto con la acción del art. 241 LSC, "por la conducta ilícita del administrador en su actividad orgánica, coexista la acción genérica del art. 1902 CC por los daños que el administrador hubiera podido causar a socios o terceros al margen de esa actividad". En cuarto y último lugar, se esgrime que la unificación del plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad contra administradores en cuatro años aporta seguridad jurídica en la materia, ya que permite superar la dificultad de discernir entre responsabilidad contractual y extracontractual.

Esta doctrina se consolidó sobradamente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, siendo reiterada, entre otras muchas, por las SSTS (1.ª) núm. 124/2010, de 12 de marzo [ECLI:ES:TS:2010:1123], núm. 184/2011, de 21 de marzo [ECLI:ES:TS:2011:1492], núm. 242/2011, de 4 de abril [ECLI:ES:TS:2011:2016] y núm. 389/2016, de 8 de junio [ECLI:ES:TS:2016:2629]. Además, por si quedaba alguna duda respecto al plazo de prescripción de la acción de responsabilidad por las deudas sociales, las SSTS (1.ª) núm. 1101/2007, de 26 de octubre [ECLI:ES:TS:2007:7185] y núm. 415/2009, de 18 de junio [ECLI:ES:TS:2009:5721], aclaran expresamente que el art. 949 del Código de Comercio resulta de aplicación a todas las acciones de responsabilidad contra administradores. Por lo tanto, se aplica a: (i) la acción social de responsabilidad, (ii) la acción individual de responsabilidad y (iii) la acción de responsabilidad por las deudas sociales.

II.4. El art. 241 bis LSC tras la Ley 31/2014, de 3 de diciembre

II.4.A. Las acciones social e individual de responsabilidad

En parte, la anterior doctrina jurisprudencial terminó plasmándose en el vigente art. 241 bis LSC, en virtud del cual "La acción de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual, prescribirá a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse"[5].

La principal diferencia entre el art. 949 del Código de Comercio y el art. 241 bis LSC no estriba en torno al plazo de prescripción, ya que en ambos casos se fija en cuatro años, sino en su cómputo o *dies a quo*. En efecto, mientras que el art. 949 del Código de Comercio señala que el cómputo de los cuatro años

comienza a contar desde el cese del administrador, el art. 241 bis LSC inicia el cómputo "desde el día en que hubiera podido ejercitarse [la acción]"[6].

De esta manera, en lo que respecta al *dies a quo*, el legislador societario acogió la regla que rige con carácter general en el Derecho común (art. 1969 CC). Por ello, el régimen de la prescripción establecido en el art. 241 bis LSC queda completado por las reglas comunes de prescripción de acciones establecidas en el Código Civil, tales como el cómputo del plazo, su interrupción y suspensión o la determinación del momento en que pudo ejercitarse la acción[7].

Esta traslación de la regla común al derecho especial tiene como inconveniente la intensificación de la inseguridad jurídica sobre el inicio del cómputo de la prescripción, pues se pasa de una regla más o menos objetiva (el cese del administrador) a una regla subjetiva (desde el día en que hubiera podido ejercitarse). Al respecto, se sostiene que el momento del inicio del cómputo debería ser aquel en el que se manifieste ante el perjudicado el sufrimiento de una consecuencia dañosa como resultado de la acción u omisión del administrador[8].

A nivel jurisprudencial, se atiende al momento en el que el perjudicado tenga conocimiento del daño que ha sufrido y no al de la mera producción o acaecimiento del mismo (STS (1.ª) núm. 544/2015, de 20 de octubre [ECLI:ES:TS:2015:4149] y núm. 589/2015, de 14 de diciembre [ECLI:ES:TS:2015:5628]). En definitiva, la jurisprudencia atiende a que el interesado disponga de conocimiento suficiente para sustentar la acción, siendo a partir de ese momento cuando pueda ejercitarla y, por ende, cuando se inicie el cómputo de la prescripción.

II.4.B. ¿La acción de responsabilidad por deudas sociales?

Las primeras dudas que surgieron al calor del art. 241 bis LSC se plantearon en torno a si el mismo era únicamente aplicable a las acciones social e individual de responsabilidad o también a la acción de responsabilidad por las deudas sociales[9].

Para una parte de la doctrina, el art. 241 bis LSC únicamente resultaba de aplicación a las acciones social e individual de responsabilidad (arts. 238 a 241 LSC). Por ello, la acción de responsabilidad por las deudas sociales (art. 367 LSC) seguía sujeta al plazo de prescripción previsto en el art. 949 del Código de Comercio[10].

Los argumentos utilizados para sostener esta posición pueden resumirse en los siguientes. En primer lugar, acudiendo a la literalidad del precepto, el art. 241 bis LSC solo hace referencia a la acción social e individual de responsabilidad, guardando silencio respecto a la acción de responsabilidad por las deudas sociales. En segundo lugar, la ubicación sistemática del art. 241 bis LSC es reveladora

de la voluntad del legislador. Así, el precepto se sitúa dentro del Capítulo V ("la responsabilidad de los administradores") del Título VI ("la administración de la sociedad") de la LSC, mientras que el art. 367 LSC se inserta en el Capítulo I ("la disolución") del Título X ("Disolución y liquidación"). En tercer lugar, se hace referencia a la diferente naturaleza de las acciones de responsabilidad. Como ya se ha señalado al inicio de estas páginas, las acciones social e individual de responsabilidad forman parte de las acciones de responsabilidad por daños, donde se requiere una conducta dolosa o culposa, mientras que la acción de responsabilidad por las deudas sociales es una responsabilidad de naturaleza cuasi-objetiva. En cuarto y último lugar, se argumenta que el art. 949 del Código de Comercio no ha sido derogado por la introducción del art. 241 bis LSC, lo que quiere decir que sigue siendo aplicable a la acción de responsabilidad por las deudas sociales.

Para otro sector doctrinal, en cambio, el plazo de prescripción contemplado en el art. 241 bis LSC resultaba plenamente aplicable a todas las acciones de responsabilidad reguladas en la LSC y, en consecuencia, también debía aplicarse a la acción de responsabilidad por las deudas sociales[11].

Los defensores de esta posición doctrinal, generalmente, sostienen que: (i) el art. 241 bis LSC lleva por nombre "acciones de responsabilidad", sin distinción alguna; (ii) la no derogación del art. 949 del Código de Comercio se debe a que sigue resultando de aplicación para las sociedades de personas; (iii) la laguna que el art. 367 LSC contiene en torno a la prescripción de la acción debería colmarse con la aplicación analógica del art. 241 bis LSC, ubicado en sede de sociedades de capital y no con el art. 949 del Código de Comercio, destinado a sociedades personalistas; (iv) la jurisprudencia del Tribunal Supremo había establecido un principio de unidad de tratamiento de las distintas acciones de responsabilidad de administradores a los efectos de determinación del plazo de ejercicio (y su cómputo); y (v) el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil contenía una regla especial para las acciones social e individual de responsabilidad y otra para la acción de responsabilidad por las deudas sociales. Así, mientras que las dos primeras prescribirían a los cuatro años "desde el día en que hubiera[n] podido ejercitarse", la acción de responsabilidad por deudas sociales prescribiría en el plazo de dos años, igualmente "desde el día en que pudiera ejercitarse". En consecuencia, a pesar de que solo la primera regla se plasmó en el art. 241 bis LSC, consideraban que la diferente naturaleza de las acciones de responsabilidad no es óbice suficiente para mantener un régimen distinto en lo que a la prescripción de la acción se refiere.

Esta misma disparidad de criterio se ha estado desarrollando también en las diferentes Audiencias Provinciales[12]. A modo de ejemplo, a favor de que la acción de responsabilidad por las deudas sociales se sujete al plazo de prescripción previsto en el art. 949 del Código de Comercio *vid*., entre otras muchas, las SSAP de Ma-

drid (secc. 28.ª), núm. 435/2020, de 18 de septiembre [ECLI:ES:APM:2020:9912] y núm. 501/2023, de 7 de julio [ECLI:ES:APM:2023:12788], la SAP de León núm. 245/2020, de 16 de abril [ECLI:ES:APLE:2020:429], la SAP de Pontevedra núm. 255/2017, de 25 de mayo [ECLI:ES:APPO:2017:1207], la SAP de Badajoz núm. 614/2020, de 2 de septiembre [ECLI:ES:APBA:2020:1022] y la SAP de Córdoba núm. 12/2020, de 13 de enero [ECLI:ES:APCO:2020:72].

Por otra parte, a favor de que el plazo de prescripción aplicable a la acción de responsabilidad por las deudas sociales es el previsto en el art. 241 bis LSC: *vid*., entre otras, las SSAP de Barcelona (secc. 15.ª), núm. 841/2021, de 7 de mayo [ECLI:ES:APB:2021:4444] y núm. 1253/2022, de 20 de julio [ECLI:ES:APB:2022:8482], la SAP de Murcia núm. 576/2020, de 18 de junio [ECLI:ES:APMU:2020:1299], la SAP de Salamanca núm. 255/2020, de 9 de junio [ECLI:ES:APSA:2020:333] y la SAP de Valencia núm. 590/2019, de 13 de mayo [ECLI:ES:APV:2019:2250].

En consecuencia, desde la entrada en vigor del art. 241 bis LSC, no existe unidad de criterio ni en la doctrina ni en la jurisprudencia menor sobre cuál debe ser el *dies a quo* para el ejercicio de la acción de responsabilidad por las deudas sociales. Como ya ha quedado reflejado, tanto el art. 949 del Código de Comercio como el art. 241 bis LSC marcan un plazo de prescripción de cuatro años, siendo la principal diferencia entre ambos preceptos el cómputo para el ejercicio de la acción o *dies a quo*.

II.5. Situación actual: la STS (1.ª) núm. 1512/2023, de 31 de octubre

Llegados a este punto, la STS (1.ª) núm. 1512/2023, de 31 octubre [ECLI:ES:TS:2023:4540] introduce un cambio de paradigma en el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad por las deudas sociales[13]. En particular, el Tribunal Supremo no toma postura por ninguna de las posiciones doctrinales o judiciales que se habían desarrollado hasta el momento, sino que, al contrario, y acogiendo como propios algunos de los argumentos desarrollados por éstas, considera que no cabe aplicar a la acción de responsabilidad por las deudas sociales ni el art. 949 del Código de Comercio ni el art. 241 bis LSC[14].

En primer lugar, el Tribunal Supremo establece que el art. 949 del Código de Comercio no resulta de aplicación a la acción de responsabilidad por las deudas sociales porque, tras la introducción del art. 241 bis LSC por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, su ámbito de aplicación queda circunscrito únicamente a las sociedades de personas, reguladas en el Código de Comercio, sin que resulte de aplicación a las sociedades de capital (en el mismo sentido, *vid*. la STS (1.ª) núm. 1517/2023, de 2 de noviembre [ECLI:ES:TS:2023:4569]).

En segundo lugar, el Alto Tribunal establece que el art. 241 bis LSC no resulta de aplicación a la acción de responsabilidad por las deudas sociales con base en los siguientes argumentos. El primero, atendiendo a una interpretación literal, se basa en que el art. 241 bis LSC está previsto exclusivamente para las acciones social e individual de responsabilidad. El segundo, basado en una interpretación sistemática, defiende que el art. 241 bis LSC se ubica dentro del Capítulo V ("La responsabilidad de los administradores"), del Título VI ("La administración de la sociedad") de la LSC, mientras que el art. 367 LSC se inserta en el Capítulo I ("La disolución"), Sección 2.ª ("Disolución por constatación de causa legal o estatutaria") del Título X ("Disolución y liquidación"). Por último, haciendo una interpretación integradora de la norma, se argumenta que las acciones social e individual de responsabilidad tienen una naturaleza distinta a la acción de responsabilidad por las deudas sociales. Mientras las primeras son típicas acciones de daños, la segunda es una acción de responsabilidad por deuda ajena, *ex lege*, y con presupuestos propios cuasi-objetivos.

En consecuencia, el Tribunal Supremo sostiene que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad por las deudas sociales es el de los garantes solidarios. Por ello, el plazo de prescripción de la acción es el mismo "que tiene la obligación garantizada (la deuda social), según su naturaleza (obligaciones contractuales, dimanantes de responsabilidad civil extracontractual, etc.)"[15].

De esta manera, al administrador le son aplicables los mismos efectos interruptivos de la prescripción que le serán aplicables a la sociedad (conforme a los arts. 1973 y 1974 CC) y el *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción contra el administrador será el mismo que el de la acción contra la sociedad deudora.

Finalmente, cabe decir que la doctrina contenida en esta sentencia se ha asentado como jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues ha sido reiterada en las SSTS (1.ª) núm. 217/2024, de 20 de febrero [ECLI:ES:TS:2024:828] y núm. 275/2024, de 27 de febrero [ECLI:ES:TS:2024:1002].

III. CONCLUSIÓN

Tras hacer un repaso sobre cómo han evolucionado los plazos de prescripción y el cómputo o *dies a quo* de las acciones de responsabilidad contra los administradores sociales, el estado de la cuestión en la actualidad es el siguiente:

I. La acción social (arts. 238 a 240 LSC) y la acción individual (art. 241 LSC) de responsabilidad contra los administradores sociales prescriben en el plazo de cuatro años a contar desde el día en que pudieron ejercitarse (art. 241 bis LSC).

II. La acción de responsabilidad por las deudas sociales (art. 367 LSC) tendrá el mismo plazo de prescripción que corresponda a la obligación garantizada (la deuda social) según la naturaleza de ésta y, por tanto, podrá ser uno u otro según dimane de una obligación contractual sujeta al plazo general de prescripción de cinco años (art. 1964.2 CC) o de una obligación de distinta naturaleza sujeta a un plazo especial de prescripción.

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Tribunal Supremo

- STS (1.ª) de 21 de mayo de 1992 [ECLI:ES:TS:1992:14024]
- STS (1.ª) de 22 de junio de 1995 [ECLI:ES:TS:1995:11043]
- STS (1.ª) núm. 348/1999, de 29 de abril [ECLI:ES:TS:1999:2902]
- STS (1.ª) núm. 588/1999, de 2 de julio [ECLI:ES:TS:1999:4737]
- STS (1.ª) núm. 813/1999, de 2 de octubre [ECLI:ES:TS:1999:6025]
- STS (1.ª) núm. 749/2001, de 20 de julio [ECLI:ES:TS:2001:6416]
- STS (1.ª) núm. 1101/2007, de 26 de octubre [ECLI:ES:TS:2007:7185]
- STS (1.ª) núm. 415/2009, de 18 de junio [ECLI:ES:TS:2009:5721]
- STS (1.ª) núm. 124/2010, de 12 de marzo [ECLI:ES:TS:2010:1123]
- STS (1.ª) núm. 184/2011, de 21 de marzo [ECLI:ES:TS:2011:1492]
- STS (1.ª) núm. 242/2011, de 4 de abril [ECLI:ES:TS:2011:2016]
- STS (1.ª) núm. 544/2015, de 20 de octubre [ECLI:ES:TS:2015:4149]
- STS (1.ª) núm. 589/2015, de 14 de diciembre [ECLI:ES:TS:2015:5628]
- STS (1.ª) núm. 389/2016, de 8 de junio [ECLI:ES:TS:2016:2629]
- STS (1.ª) núm. 1512/2023, de 31 octubre [ECLI:ES:TS:2023:4540]
- STS (1.ª) núm. 1517/2023, de 2 de noviembre [ECLI:ES:TS:2023:4569]
- STS (1.ª) núm. 217/2024, de 20 de febrero [ECLI:ES:TS:2024:828]
- STS (1.ª) núm. 275/2024, de 27 de febrero [ECLI:ES:TS:2024:1002]

Audiencias Provinciales

- SAP de Pontevedra núm. 255/2017, de 25 de mayo [ECLI:ES:APPO:2017:1207]
- SAP de Valencia núm. 590/2019, de 13 de mayo [ECLI:ES:APV:2019:2250]
- SAP de Córdoba núm. 12/2020, de 13 de enero [ECLI:ES:APCO:2020:72]
- SAP de León núm. 245/2020, de 16 de abril [ECLI:ES:APLE:2020:429]
- SAP de Salamanca núm. 255/2020, de 9 de junio [ECLI:ES:APSA:2020:333]
- SAP de Murcia núm. 576/2020, de 18 de junio [ECLI:ES:APMU:2020:1299]

- SAP de Badajoz núm. 614/2020, de 2 de septiembre [ECLI:ES:APBA:2020:1022]
- SAP de Madrid (secc. 28.ª), núm. 435/2020, de 18 de septiembre [ECLI:ES:APM:2020:9912]
- SAP de Barcelona (secc. 15.ª), núm. 841/2021, de 7 de mayo [ECLI:ES:APB:2021:4444]
- SAP de Barcelona (secc. 15.ª) núm. 1253/2022, de 20 de julio [ECLI:ES:APB:2022:8482]
- SAP de Madrid (secc. 28.ª), núm. 501/2023, de 7 de julio [ECLI:ES:APM:2023:12788]

V. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO, J., "La llamada acción individual de responsabilidad o responsabilidad "externa" de los administradores sociales", en *Indret*, núm. 1, 2007, pp. 1-18.

CABANAS TREJO, R., "Sobre el nuevo sistema de cómputo de las acciones de responsabilidad contra los administradores", en *Diario La Ley*, núm. 8513, 2015.

CARRASCO, Á., "El nuevo régimen legal de prescripción de las acciones de responsabilidad contra los administradores sociales", en *Gómez-Acebo & Pombo*, marzo 2015, disponible a fecha de publicación en: <el-nuevo-regimen-legal-de-prescripcion-de-las-acciones-de-responsabilidad-contra-los-administradores-sociales.pdf (ga-p.com)>

DE LA FUENTE, J., "El Tribunal Supremo fija un nuevo plazo de prescripción de la acción de responsabilidad de los administradores por deudas sociales", en *Garrigues*, entrada de blog de 23 de febrero de 2024, disponible a fecha de publicación en: <https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/tribunal-supremo-fija-nuevo-plazo-prescripcion-accion-responsabilidad-administradores>.

FERNÁNDEZ SEIJO, J.M.ª ., "La prescripción de las acciones de responsabilidad", en ROJO, Á. & BELTRÁN, E. (Dirs.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 6.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2016, pp. 699-736.

FUENTES DEVESA, R., "Artículo 367 LSC. Responsabilidad solidaria por las deudas sociales", en GARCÍA-CRUCES, J.A. & SANCHO GARGALLO, I. (Dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. V, Tirant lo blanch, Valencia, 2021, pp. 5033-5085.

GARCÍA GARCÍA, E., "Artículo 241 bis. Prescripción de las acciones de responsabilidad", en GARCÍA-CRUCES, J.A. & SANCHO GARGALLO, I. (Dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. III, Tirant lo blanch, Valencia, 2021, pp. 3379-3392.

GARCÍA-VILLARRUBIA, M., "El plazo de prescripción de la responsabilidad de administradores por deudas sociales (art. 367 LSC)", en *Almacén de Derecho*, entrada de blog de 9 de noviembre de 2023, disponible a fecha de publicación en: <https://

almacendederecho.org/el-plazo-de-prescripcion-de-la-responsabilidad-de-administradores-por-deudas-sociales-art-367-lsc>

MASSAGUER, J., "Artículo 241 bis. Prescripción de las acciones de responsabilidad", en JUSTE MENCÍA, J. (Coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (ley 31/2014)*", 2015, pp. 477-487.

MUÑOZ PÉREZ DE LAZARRAGA, D., "El «dies a quo» de la acción de responsabilidad por deudas sociales", en *El Derecho*, entrada de 19 de abril de 2021, disponible a fecha de publicación en: <https://elderecho.com/el-dies-a-quo-de-la-accion-de-responsabilidad-por-deudas-sociales>

PANTALEÓN, F., "Comentarios sobre la STS (1.ª) 1512/2023, de 31 de octubre: el plazo de prescripción de la acción fundada en el art. 367 LSC", en *Almacén de Derecho*, entrada de blog de 11 de noviembre de 2023, disponible a fecha de publicación en: <https://almacendederecho.org/el-acierto-de-la-sentencia-sobre-el-plazo-de-prescripcion-de-la-accion-contra-los-administradores-sociales-ex-art-367-lsc

PÉREZ BENÍTEZ, J.J., "El administrador societario: Una profesión de riesgo. La responsabilidad del administrador tras la Ley 31/2014, de 3 de diciembre", en *El Derecho*, entrada de 15 de junio de 2015, disponible a fecha de publicación en: <https://elderecho.com/el-administrador-societario-una-profesion-de-riesgo-la-responsabilidad-del-administrador-tras-la-ley-312014-de-3-de-diciembre>

PONCE BROCOS, I., "Comentarios en cuanto al plazo de prescripción aplicable a las acciones de responsabilidad de administradores por deudas sociales al amparo de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2023", en *Revista Lex Mercatoria*, núm. 26, 2024, pp. 19-26.

PRENDES CARRIL, P., "Artículo 241 bis. Prescripción de las acciones de responsabilidad", en BALLESTER AZPITARTE, L. (Coord.), *Tratado de Derecho de Sociedades*, t. I. *Comentario Judicial, Notarial, Registral y Doctrinal de la Ley de Sociedades de Capital*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017 (consultada versión digital).

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., "Hacia una nueva Jurisprudencia sobre prescripción de la acción de responsabilidad por deudas de los administradores sociales", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2024 (consultada versión digital).

VALPUESTA, E., *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, 4.ª ed., Bosch, Madrid, 2022.

VICENT CHULIÁ, F., I*ntroducción al Derecho Mercantil*, 24.ª ed., vol. I., Tirant lo blanch, Valencia, 2022.

NOTAS

[1] *Vid*. VICENT CHULIÁ, F., I*ntroducción al Derecho Mercantil*, 24.ª ed., vol. I., Valencia, 2022, p. 1633 y ss, quien expone las diferentes tesis acerca de si la responsabilidad del administrador por las deudas sociales es subjetiva u objetiva.

[2] *Vid*. VALPUESTA, E., *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, Madrid, 2022, p. 617.

[3] *Vid*., DE LA FUENTE, J., "El Tribunal Supremo fija un nuevo plazo de prescripción de la acción de responsabilidad de los administradores por deudas sociales", en *Garrigues*, entrada de blog de 23 de febrero de 2024, disponible a fecha de publicación en: <https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/tribunal-supremo-fija-nuevo-plazo-prescripcion-accion-responsabilidad-administradores>.

[4] En la doctrina, comparten esta afirmación ALFARO, J., "La llamada acción individual de responsabilidad o responsabilidad "externa" de los administradores sociales", en *Indret*, núm. 1, 2007, p. 8 Y CARRASCO, Á., "El nuevo régimen legal de prescripción de las acciones de responsabilidad contra los administradores sociales", en *Gómez-Acebo & Pombo*, marzo 2015, disponible a fecha de publicación en: <el-nuevo-regimen-legal-de-prescripcion-de-las-acciones-de-responsabilidad-contra-los-administradores-sociales.pdf (ga-p.com)>

[5] Este precepto es fruto de la reforma introducida por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, aunque su contenido ya aparecía en un artículo análogo en la propuesta de Código Mercantil de 17 de junio de 2013, elaborada por la Comisión General de Codificación y en el Anteproyecto de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014. *Vid*., a tal efecto, GARCÍA GARCÍA, E., "Artículo 241 bis. Prescripción de las acciones de responsabilidad", en GARCÍA-CRUCES, J.A. & SANCHO GARGALLO, I. (Dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. III, Valencia, 2021, p. 3380.

[6] Aunque el cese de los administradores pueda parecer un criterio más objetivo para determinar el comienzo del cómputo para el ejercicio de la acción que el fijado en el art. 241 bis LSC ("desde el día en hubiera podido ejercitarse"), determinar cuándo se produce el cese efectivo de los administradores no fue una cuestión del todo pacífica. *Vid*., en este sentido, FERNÁNDEZ SEIJO, J.M.ª ., "La prescripción de las acciones de responsabilidad", en ROJO, Á. & BELTRÁN, E. (Dirs.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 6.ª ed., Valencia, 2016, pp. 708-723.

[7] *Vid*. MASSAGUER, J., "Artículo 241 bis. Prescripción de las acciones de responsabilidad", en JUSTE MENCÍA, J. (Coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (ley 31/2014)*", 2015, p. 484.

[8] GARCÍA GARCÍA, E., *op. cit*., p. 3384. Sin embargo, un distinto cómputo para la acción social y la acción individual se defiende en CARRASCO, Á., *op. cit*.

[9] De hecho, CARRASCO, Á., *op. cit*. considera que este plazo de prescripción únicamente resulta aplicable a la acción social de responsabilidad. Por su parte, la acción individual, en tanto que derecho ordinario de daños, se encuentra sometida al plazo de prescripción contenido en la legislación civil ordinaria.

[10] Algunos de los valedores de esta doctrina son, entre otros, CARRASCO, Á., *op. cit*., GARCÍA GARCÍA, E., *op. cit*., p. 3382 y PÉREZ BENÍTEZ, J.J., "El administrador societario: Una profesión de riesgo. La responsabilidad del administrador tras la Ley 31/2014, de 3 de diciembre", en *El Derecho*, entrada de 15 de junio de 2015, disponible a fecha de publicación en: <https://elderecho.com/el-administrador-societario-una-profesion-de-riesgo-la-responsabilidad-del-administrador-tras-la-ley-312014-de-3-de-diciembre>

[11] *Vid*., en este sentido, MUÑOZ PÉREZ DE LAZARRAGA, D., "El «dies a quo» de la acción de responsabilidad por deudas sociales", en *El Derecho*, entrada de 19 de abril de 2021, disponible a fecha de publicación en: <https://elderecho.com/el-dies-a-quo-de-la-accion-de-responsabilidad-por-deudas-sociales>, VALPUESTA, E., *op. cit*., p. 930, MASSAGUER, J., *op. cit*., pp. 481 y 482, FUENTES DEVESA, R., "Artículo 367 LSC. Responsabilidad solidaria por las deudas sociales", en GARCÍA-CRUCES, J.A. & Sancho Gargallo, I. (Dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. III, Valencia, 2021, p. 5075, Cabanas Trejo, R., "Sobre el nuevo sistema de cómputo de las acciones de responsabilidad contra los administradores", en *Diario La Ley*, núm. 8513, 2015 o Prendes Carril, P., "Artículo 241 bis. Prescripción de las acciones de responsabilidad", en Ballester Azpitarte, L. (Coord.), *Tratado de Derecho de Sociedades*, t. I. *Comentario Judicial, Notarial, Registral y Doctrinal de la Ley de Sociedades de Capital*, Cizur Menor, 2017 (consultada versión digital).

[12] Un análisis de esta disparidad de criterio de las distintas Audiencias Provinciales se pude localizar en Ponce Brocos, I., "Comentarios en cuanto al plazo de prescripción aplicable a las acciones de responsabilidad de administradores por deudas sociales al amparo de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2023", en *Revista Lex Mercatoria*, núm. 26, 2024, pp. 22 a 24.

[13] Un comentario más extenso de la sentencia puede encontrarse en García-Villarrubia, M., "El plazo de prescripción de la responsabilidad de administradores por deudas sociales (art. 367 LSC)", en *Almacén de Derecho*, entrada de blog de 9 de noviembre de 2023, disponible a fecha de publicación en: <https://almacendederecho.org/el-plazo-de-prescripcion-de-la-responsabilidad-de-administradores-por-deudas-sociales-art-367-lsc>, en Ponce Brocos, I., *op. cit*., pp. 24 a 26, quien califica la resolución del Alto Tribunal de "paradójica" y se muestra crítica con la misma, pues —a su juicio— la nueva doctrina jurisprudencial complica el análisis de los plazos de prescripción aplicables a la acción de responsabilidad por las deudas sociales o en Rodríguez Achútegui, E., "Hacia una nueva Jurisprudencia sobre prescripción de la acción de responsabilidad por deudas de los administradores sociales", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2024 (consultada versión digital).

[14] Una opinión favorable a la doctrina de la sentencia puede verse en Pantaleón, F., "Comentarios sobre la STS (1.ª) 1512/2023, de 31 de octubre: el plazo de prescripción de la acción fundada en el art. 367 LSC", en *Almacén de Derecho*, entrada de blog de 11 de noviembre de 2023, disponible a fecha de publicación en: <https://almacendederecho.org/el-acierto-de-la-sentencia-sobre-el-plazo-de-prescripcion-de-la-accion-contra-los-administradores-sociales-ex-art-367-lsc

[15] En la doctrina, se inclinaba ya por esta solución Carrasco, Á., *op. cit*.

Trabajo recibido el 18 de marzo de 2024 y aceptado para su publicación el 20 de mayo de 2024

Los nuevos instrumentos de transformación urbanística de la ciudad y su inscripción en el Registro de la Propiedad.

The new instruments of urban transformation of the city and its registration in the Land Registry.

por

MANUEL MATAS BENDITO

Registrador de la Propiedad y Mercantil

RESUMEN: Históricamente, nuestra legislación urbanística se ha caracterizado por la deficitaria regulación de instrumentos que permitieran la gestión urbanística del suelo urbano consolidado. Desde la Ley 8/2007 se ha tratado de modo especial esta compleja cuestión en sucesivas normas estatales y autonómicas, como es el caso de la reciente legislación urbanística de Andalucía. En el presente estudio se analizan las nuevas técnicas e instrumentos que, en ejecución de actuaciones de mejora de la ciudad existente, permiten la equidistribución de beneficios y cargas, así como la obtención de equipamientos públicos, demostrando la importancia de la institución registral para lograr el objetivo de una ciudad compacta, diversa y sostenible.

ABSTRACT: Historically, our urban planning legislation has been characterized by the deficient regulation of instruments that allow the urban management of consolidated urban land. Since Law 8/2007 this complex issue has been dealt with in a special way in successive state and regional regulations, as is the case of the recent urban planning legislation in Andalucia. This study analyzes the new techniques and instruments that, in the execution of actions to improve

the existing city, allow the equitable distribution of benefits and burdens, as well as the obtaining of public facilities, demonstrating the importance of the registry institution to achieve the objective of a compact, diversified and sustainable city.

PALABRAS CLAVE: Ciudad sostenible, rehabilitación, regeneración urbana, complejo urbanístico, reparcelación horizontal, transferencias de aprovechamiento urbanístico, descripción tridimensional, Registro de la Propiedad.

KEY WORDS: Sustainable city, rehabilitation, urban regeneration, urban complex, horizontal reparcelling, transfer of developments rights, three-dimensional description, Land Registry.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II.ANTECEDENTES HISTÓRICOS.—III. EL ESTATUTO DEL PROPIETARIO DE SUELO URBANO CONSOLIDADO.—IV. LAS ACTUACIONES DE DOTACIÓN O DE MEJORA URBANA.1. Concepto. 2. Requisitos. 3. Ejemplos.V. DEBERES VINCULADOS A LAS ACTUACIONES DE MEJORA URBANA. VI. EJECUCIÓN DE LAS ACTUACIONES DE MEJORA URBANA. 1. Los instrumentos y las técnicas de ejecución. 2. Distintos supuestos y forma de ejecución. 3.Tratamiento registral.—VII. EL PROYECTO DE REPARCELACIÓN COMO INSTRUMENTO DE EJECUCIÓN.—VIII. EL PROYECTO DE DISTRIBUCIÓN DE CARGAS COMO INSTRUMENTO DE EJECUCIÓN. 1. Introducción. 2. Objeto. 3. Procedimiento. 4. Contenido. 5. Efectos.—IX. LA TÉCNICA DE EJECUCIÓN MEDIANTE EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL. 1. La equidistribución horizontal. 2. las garantías reales de la actuación. 3. Sustitución forzosa mediante reparcelación horizontal.—X. LA TÉCNICA DE EJECUCIÓN MEDIANTE COMPLEJO INMOBILIARIO URBANÍSTICO. 1. Antecedentes. 2. Requisitos.3. Complejo inmobiliario y derecho real de superficie. 4. la utilidad del complejo en actuaciones de dotación: ejemplos. 5. La descripción tridimensional de las fincas del complejo y su inscripción registral. XI. LA TÉCNICA DE EJECUCIÓN MEDIANTE TRANSFERENCIAS DE APROVECHAMIENTO.1. La equidistribución mediante transferencia. 2. Referencia a legislación comparada: TDR, TDC&D, TAU. 3. La protección registral de la transferencia en España. 4. otros supuestos de aprovechamiento como finca registral independiente. XII. INSTRUMENTOS PARA LA REHABILITACIÓN, REGENERACIÓN Y RENOVACIÓN URBANA.1. La rehabilitación, regeneración y renovación mediante actuaciones de transformación urbanística. 2. La actuación de dotación para rehabilitación. 3. El "libro del edificio existente" y su publicidad registral.—XIII. CONCLUSIONES.—XIV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—XV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

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—.

Sin embargo, desde el nacimiento del urbanismo español como ciencia a finales del siglo XIX la gestión del suelo urbano, es decir, de la ciudad heredada, se ha caracterizado por una regulación deficitaria y la escasez de alternativas para la adquisición de suelo para equipamientos públicos.

La garantía de la propiedad privada y la imposibilidad técnica de aplicar al suelo ya urbanizado las técnicas de reparto del aprovechamiento medio a través de la reparcelación han obligado, prácticamente hasta hoy, a acudir al instituto de la expropiación para la obtención de suelos destinados a usos o servicios públicos cuyo fin es incrementar la calidad de vida en el centro de las ciudades, comprometiendo los recursos públicos disponibles.

Con la aprobación de la Ley 8/2007 se define un nuevo marco normativo estatal que altera considerablemente el estatuto del propietario de suelo urbano, por cuanto admite que la delimitación de determinadas actuaciones destinadas a transformar de nuevo la ciudad y generadoras de nuevas plusvalías para los propietarios, deben llevar consigo también nuevos deberes urbanísticos a cargo de éstos, en particular, la cesión de suelo para dotaciones públicas y de un porcentaje de esa plusvalía, en cumplimiento del mandato constitucional establecido por el art. 47 de la Constitución.

Esta equidistribución urbana ha de basarse necesariamente en intervenciones puntuales relativas a parcelas concretas de la ciudad y articularse a través de nuevos instrumentos que hagan posible la perecuación de beneficios y cargas, porque el concepto de beneficio ya no puede equipararse a un suelo que permite materializar una determinada edificabilidad y el deber de cesión difícilmente podrá materializarse en suelo, dado que las propias dimensiones de la parcela no lo permitirán en la mayoría de los casos.

Por esta razón, la reciente legislación urbanística estatal y autonómica, reformulando el concepto de reparcelación, utiliza el régimen jurídico civil de la propiedad horizontal como técnica urbanística que permitirá la ejecución del planeamiento y la distribución de beneficios y cargas entre los propietarios, la Administración y, en su caso, los agentes o empresarios que puedan intervenir en la actuación.

El presente trabajo tiene por objeto analizar estas nuevas actuaciones de transformación urbanística de la ciudad, los instrumentos y técnicas que permiten su ejecución y su tratamiento desde el punto de vista registral. Para ello se

tomará como referencia la normativa autonómica andaluza, con cita de las especialidades más relevantes de otras regiones.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A finales del siglo XIX, el incremento de la población en ciudades como Madrid o Barcelona, provocó una situación insostenible en los cascos urbanos amurallados, que ya no podía resolverse con la edificación en altura ni con la ocupación de nuevos solares liberados por la legislación desamortizadora. Esta situación planteó la necesidad de una reforma urbana que, en España, se instrumentalizó en la Reforma Interior para la ciudad heredada y el Ensanche para la ciudad nueva. La primera encontró numerosos problemas de índole jurídico y financiero dada la inadecuada legislación expropiatoria, pues la legislación de 1836 estaba enfocada en la construcción de carreteras, razón por la que, a diferencia de otras capitales europeas, el urbanismo español se centró en la creación de ciudad nueva[1].

En este contexto se dictó la Real Orden del Ministro de Hacienda de 6 de octubre de 1854 por el que autorizó el empréstito para financiar la demolición de las murallas de Barcelona. Este proyecto fue elaborado por Pascual Madoz antes de su conocida ley desamortizadora y puede considerarse la primera manifestación del aprovechamiento urbanístico como instrumento jurídico-financiero, por lo que es importante en el entendimiento del urbanismo español y su aspiración de mayor seguridad jurídica[2].

En el caso del proyecto del Ensanche de Barcelona de Ildefonso Cerdá (1859), el mismo se vio seriamente comprometido por la oposición de los propietarios, lo que motivó que el propio Cerdá se esforzara en justificar su propuesta en un folleto publicado en 1861, el mismo año que la Ley Hipotecaria, denominado «*Cuatro palabras sobre el ensanche al público de Barcelona*» y que constituye el precedente teórico de la equidistribución urbanística que, décadas más tarde, se convertirá en principio fundamental del urbanismo español[3]. Para conseguir tal propósito, Cerdá definió una comunidad de reparto transitoria entre los propietarios que se disolverá a través de la figura de la reparcelación, diseñada inspirándose en la concentración parcelaria de larga tradición en Alemania, pero anticipándose en más de cuarenta años a este país en aplicarla al urbanismo[4].

Posteriormente, se aprobaron leyes importantes como la Ley de Expropiación Forzosa de 10 de enero de 1879 y la Ley de Saneamiento y Mejora Interior de las Grandes Poblaciones de 18 de marzo de 1895 y su Reglamento de 15 de diciembre de 1896, basados en la misma ley de 1879, cuya aplicación fue muy compleja y conflictiva en ciudades como Barcelona, Madrid y Granada[5], si bien

fue relevante por cuanto supuso el reconocimiento de un nuevo tipo de agente urbanizador distinto del propietario de los terrenos a través de una concesión administrativa. No obstante, este sistema basado en la expropiación era excesivamente radical y presentaba importantes dificultades de financiación[6].

Frente al modelo anterior y el protagonismo de la obra pública y la expropiación, con una regulación dispersa y fragmentaria, la Ley del suelo de 12 de mayo de 1956, inspirada en otros países europeos, regula por primera vez de forma integral el urbanismo. Su exposición de motivos es clarificadora sobre el cambio de orientación en el urbanismo español, considerando *"la reparcelación como una pieza fundamental"* pues *"con esta justa distribución de los beneficios y cargas del planeamiento se facilitará extraordinariamente la acción urbanizadora, entorpecida por la oposición, en este aspecto comprensible, de los propietarios de terrenos destinados a espacios libres, cuando observaban la depreciación de los mismos correlativa al enriquecimiento de los demás propietarios circundantes*".

El artículo 79 de la ley, bajo el título "parcelaciones y reparcelaciones", ya hacía referencia a los registradores, constituyendo el precedente de toda la legislación posterior sobre la actuación registral en actos de trascendencia urbanística.

A su vez, la Ley de 1956 fue complementada por el Decreto 1006/1966, de 7 de abril, que aprueba el Reglamento de Reparcelaciones, cuyo preámbulo, respecto de la figura de la reparcelación, señala "*por tratarse de un instrumento delicado, de alta técnica, que roza la temática de la función social de la propiedad y ha de enlazar con el vigente sistema hipotecario, se ha cuidado muy singularmente la precisión de bases, trámites y garantías, sin temor a innovaciones, pero también sin simple afán de novedad. Y se han instrumentado las adecuadas cautelas para el máximo respeto a los derechos de los particulares y de la comunidad*". Reconociendo que "*en la actuación urbanística apenas existe alternativa a la expropiación forzosa que no se concrete en una reparcelación*".

La posterior Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma, aunque reconoce la vigencia de los principios inspiradores de la Ley del 1956, introduce numerosas modificaciones que se adoptan en previsión del elevado crecimiento poblacional esperado, considerando como problema fundamental la escasez de suelo urbanizado. Por esta razón, la ley presta escasa atención al suelo urbano y dedica sus principales esfuerzos reguladores al suelo urbanizable que era necesario colocar en el mercado, introduciendo la técnica del aprovechamiento medio para hacer efectiva la justa distribución de beneficios y cargas.

Es decir, la norma mantiene las deficitarias técnicas de gestión de suelo urbano de la anterior ley de 1956[7] y que seguían resultando de imposible aplicación en áreas consolidadas, pues implicaban redistribuir parcelas edificadas, salvo que se utilizara la reparcelación económica.

La reparcelación, técnica equidistributiva tradicional, estaba concebida para funcionar en unidades de actuación, pero en espacios urbanos consolidados era de imposible aplicación, lo cual conducía «de facto» a actuaciones aisladas por vía expropiatoria, que a lo sumo permitían la recuperación parcial de sus costos mediante contribuciones especiales.

Por este motivo, el art.78.3 del posterior Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978 introduce de forma innovadora en el suelo urbano la mecánica redistribuidora permitiendo utilizar la reparcelación de volúmenes en unidades de actuación discontinuas e incluso en parcelas aisladas "siempre que quede asegurado el cumplimiento del Plan y no se irrogue perjuicio a terceros propietarios", proporcionando así un fundamento legal a las transferencias de aprovechamiento urbanístico (TAU)[8].

De esta forma se define una nueva técnica de gestión en el suelo urbano basada en el cálculo de un aprovechamiento tipo o normal de un área homogénea que podía servir de referencia para determinar los excesos o defectos de aprovechamiento reconocidos a cada propietario de este suelo. Las TAU fueron diseñadas por el arquitecto Javier García-Bellido y la jurisprudencia las aceptó como técnica que permitía introducir la equidistribución en suelo urbano no incluido en unidades de actuación, posibilitando la obtención de suelos dotacionales públicos sin acudir a la expropiación [9].

La posterior Ley 8/1990 y el Real Decreto 1/1992 introducen ya a nivel legal y para todo el territorio nacional las figuras del aprovechamiento tipo y el área de reparto en suelo urbano con el objetivo de permitir la equidistribución de beneficios y cargas en esta clase de suelo. Así, bajo la rúbrica de "actuaciones asistemáticas en suelo urbano", se regulan las transferencias de aprovechamientos en los artículos 185 y siguientes, con diferentes modalidades[10].

Sin embargo, frente al suelo urbanizable "limpio" de edificaciones, el suelo urbano, salvo que se pretendiera rehacer la ciudad, presentaba una heterogeneidad esencial que difícilmente podría ser compatible con cualquier fórmula que pretendiera considerarlo homogéneo, lo que provocó que se multiplicaran los supuestos de desajuste de aprovechamiento y la necesidad de utilizar las TAU[11].

Además, el art. 99 del TRLS 1992 determinaba que la aplicación efectiva del aprovechamiento tipo y de las transferencias vinculadas al mismo solo tendría lugar en los terrenos ya edificados cuando se fuera a sustituir la edificación existente. Este planteamiento dificultaba enormemente la aplicación de las TAU, obligando de nuevo a recurrir a la técnica expropiatoria para la obtención de dotaciones —cfr. artículos 199 y 200—[12].

Tras la STC 61/1997, de 20 de marzo, la mayoría de las Comunidades Autónomas han regulado la técnica de gestión basada en las TAU[13] en ejercicio de su competencia en urbanismo.

III. EL ESTATUTO DEL PROPIETARIO DE SUELO URBANO CONSOLIDADO

La Ley estatal de suelo 6/1998, de 13 de abril, introdujo la distinción entre las categorías de suelo urbano consolidado y no consolidado —artículo 14—. En el apartado primero del citado artículo se dispensaba de los deberes de equidistribución a los propietarios del suelo urbano consolidado, apoyándose en una interpretación refrendada por la STC 164/2001, que señaló que «la exclusión de toda cesión obligatoria de aprovechamiento urbanístico en suelo urbano consolidado no admite modalización alguna de origen autonómico».

Es decir, el propietario de terrenos en suelo urbano consolidado, aunque pudiera beneficiarse de nuevas plusvalías derivadas de cambios de planeamiento, no tenía que cumplir con los deberes de cesión gratuita de dotaciones ni de aprovechamiento lucrativo a la Administración, porque se consideraba que ya había cumplido sus deberes urbanísticos.

Esta interpretación tenía otra consecuencia importante que fue la de limitar aún más la operatividad de las TAU dado que ya no podían ser aplicables al suelo urbano consolidado cuyo propietario podía materializar toda la edificabilidad y no tenía la necesidad de adquirir ningún exceso de aprovechamiento.

Sin embargo, tras la Ley estatal 8/2007, de 28 de mayo, el régimen jurídico de las cesiones urbanísticas ya no se vincula a la categoría de suelo sino al tipo de actuación urbanística a que queda sometido, por lo que debía entenderse superada la doctrina anterior.

La realidad fue que la jurisprudencia siguió reiterando aquella doctrina, al entender que «no resulta admisible que unos terrenos que indubitadamente cuentan no sólo con los servicios exigibles para su consideración como suelo urbano, sino también con los de pavimentación de calzada, encintado de aceras y alumbrado público, y que están plenamente consolidados por la edificación pierdan la consideración de consolidado, pasando a tener la de no consolidado, por la sola circunstancia de que el nuevo planeamiento contemple para ellos una determinada transformación urbanística».

El Tribunal Supremo[14] a partir de la STS de 20 de julio de 2017, caso «Mahou-Vicente Calderón» (reiterada en STSS sobre el PGOU de Málaga, de 3 de octubre de 2017, y de 30 de octubre de 2018) modifica su doctrina y admite que «es posible en consecuencia, que el planificador decida actuar sobre ámbitos que ya son ciudad para ejecutar sobre ellos actuaciones de renovación, rehabilitación o regeneración urbanas», exigiendo en estos casos que se justifique en la Memoria del Plan «la existencia de un verdadero justificado proyecto de renovación, regeneración o rehabilitación urbanística» y no «una mera voluntad trasformadora basada en criterios estéticos modernizadores o de mera oportunidad» que

provoque efectos «sobre los deberes de los propietarios que ya contribuyeron a la consolidación de los terrenos donde se ubican sus viviendas o locales».

De este modo, el Tribunal Supremo considera ahora que es viable la degradación del suelo urbano consolidado a no consolidado, pero solo en el marco de determinadas actuaciones urbanísticas y justificadas en una motivación muy reforzada.

En esta evolución jurisprudencial, finalmente, la STS de 21 de julio de 2020, siguiendo la anterior de 14 de febrero del mismo año, tras señalar que la regeneración urbana es uno de los principales objetivos del urbanismo moderno y que persigue soportar el crecimiento urbano, no en la expansión sobre el suelo en estado natural, sino sobre espacios degradados de la misma ciudad, afirma que "según la nueva regulación, las obligaciones de los propietarios no van a venir ya determinadas por la categorización del suelo (consolidado o no consolidado), sino por el tipo de actuación de transformación urbanística que se vaya a acometer sobre el mismo",

Por esta razón, aunque en varias de las legislaciones autonómicas se sigue manteniendo la distinción entre suelo urbano consolidado y no consolidado, si bien con definiciones no totalmente coincidentes, en otras no se establece la distinción entre categorías de suelo urbano y el régimen jurídico del mismo, así como los deberes de los propietarios, se vinculan a las actuaciones urbanísticas. Así ocurre en la legislación balear, en la extremeña, cántabra y en la nueva legislación urbanística de Andalucía, la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía (LISTA) y su Reglamento 550/2022, de 29 de noviembre (RLISTA)[15].

IV. LAS ACTUACIONES DE DOTACIÓN O DE MEJORA URBANA

1. Concepto.

Una de las novedades más relevantes de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, ahora contenida en los artículos 7.1.b) y 18.2 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, fue la regulación de las actuaciones de dotación como actuaciones de transformación urbanística en suelo urbanizado. Se trata de una figura que más de una década después sigue generando discusión en la doctrina, pero al mismo tiempo despierta mucho interés en los profesionales por las posibilidades que ofrece para la intervención en la ciudad heredada (RAMÍREZ, 2022).

El citado art. 7 TRLSRU diferencia entre las actuaciones edificatorias y las actuaciones de transformación urbanística.

Se entiende por actuaciones edificatorias, incluso cuando requieran obras complementarias de urbanización:

a) Las de nueva edificación y de sustitución de la edificación existente.

b) Las de rehabilitación edificatoria.

En cambio, las actuaciones de transformación urbanística pueden ser:

a) Las actuaciones de urbanización, que incluyen:
   1) Las de nueva urbanización, que suponen el paso de un ámbito de suelo de la situación de suelo rural a la de urbanizado.
   2) Las que tengan por objeto reformar o renovar la urbanización de un ámbito de suelo urbanizado, para crear, junto con las correspondientes infraestructuras y dotaciones públicas, una o más parcelas aptas para la edificación o uso independiente y conectadas funcionalmente con la red de los servicios exigidos por la ordenación territorial y urbanística.
b) Las actuaciones de dotación, considerando como tales las que tengan por objeto incrementar las dotaciones públicas de un ámbito de suelo urbanizado para reajustar su proporción con la mayor edificabilidad o densidad o con los nuevos usos asignados en la ordenación urbanística a una o más parcelas del ámbito y no requieran la reforma o renovación de la urbanización de éste.

Puede decirse que la regulación de las actuaciones de dotación es una respuesta del legislador estatal frente a la interpretación antes comentada sobre los deberes de los propietarios de suelo urbano al amparo del artículo 14 de la Ley del Suelo 6/1998, amparada por la jurisprudencia, que posibilitaba la «*patrimonialización del beneficio y una socialización de las cargas*» (FERNÁNDEZ, 2019, 135).

Las actuaciones en suelo urbano que incrementan la edificabilidad, densidad o que modifican el uso, sin necesidad de urbanizar o modificar la urbanización, son actuaciones que también pueden generar plusvalías del suelo y desequilibrios dotacionales, por lo que justifican la imposición de deberes a los propietarios, aun en suelo urbano consolidado, como consecuencia del mandato constitucional —art. 47 CE— de que la comunidad reciba una parte de las plusvalías generadas por la actuación urbanística (RAMÍREZ, 2022, 159).

Este planteamiento convierte a las actuaciones de dotación en una técnica urbanística de intervención en la ciudad consolidada muy adecuada para la efectividad del principio de desarrollo urbano sostenible, mediante la implementación de actuaciones que tienen por objeto conformar una ciudad más densa, compacta, mixta, y con mejor equilibrio de dotaciones públicas.

2. Requisitos.

La actuación de dotación requiere de la concurrencia de unos elementos necesarios para justificar la aplicación de los deberes y cargas regulados en el artículo 18.2 TRLSRU/15, en particular:

1.º Un cambio de ordenación en parcela o parcelas de suelo urbano que no implique la necesidad de obras de urbanización (reforma o renovación integral) más allá de las necesarias para completar las exigidas para la edificación. Este cambio de la ordenación puede consistir en atribuir a la parcela o parcelas mayor edificabilidad, mayor densidad (aumento de número de habitantes) o un cambio de uso.

Si el planeamiento ya lo contemplaba, pero el propietario no había hecho uso de tal facultad, en principio no existiría este supuesto pues ya estaría previsto en el planeamiento. No obstante, en Canarias, de acuerdo con el art. 54.3 de la Ley 4/2017, de 13 de julio, el incremento se calcula en relación con el aprovechamiento que haya sido legalmente materializado y en Cantabria en relación a los derechos ya adquiridos como consecuencia de anteriores procesos de distribución de beneficios y cargas —art. 40.2 a) Ley 5/2022, de 15 de julio de Cantabria. En Andalucía se calcula comparando con el aprovechamiento urbanístico preexistente que se corresponde con el aprovechamiento objetivo que tengan los suelos, conforme a la ordenación urbanística vigente antes de la delimitación de la actuación, o con el que tenga materializado legalmente la parcela si éste fuera superior —cfr. art. 52.5 RLISTA—.

2.º-La necesidad de reequilibrar la nueva edificabilidad, densidad o uso y las dotaciones públicas, conforme a los estándares requeridos por la normativa urbanística. Nada obsta, sin embargo, a que puedan adscribirse suelos dotacionales ya previstos en el plan y que no hubieran sido obtenidos con anterioridad. No se está en presencia de una actuación de dotación cuando el incremento de dotaciones perseguido no es de dotaciones públicas, sino de dotaciones privadas, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2016.

3.º-Que se generen plusvalías urbanísticas para los propietarios, pues sin plusvalía no procede la cesión de aprovechamiento a la administración.

Estos tres elementos deberán estar adecuadamente justificados en una memoria de viabilidad económica —cfr. art. 22 TRLSRU— que justifique la viabilidad de la actuación en términos de rentabilidad y un adecuado equilibrio entre los beneficios y las cargas derivados de la misma para los propietarios incluidos en su ámbito de actuación —cfr. art. 22.5 TRLSRU—. En efecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2018 exige que tales actuaciones sobre la ciudad existente, para que legitimen la imposición de nuevas cargas a los propietarios, deben determinar "igualmente la obtención de un beneficio para los propietarios del suelo afectado por dichas operaciones, siempre que las mismas respondan a necesidades reales de transformación del suelo".

Se requiere, por tanto, la concurrencia de un incremento del valor del suelo por tener una mayor rentabilidad económica derivada del incremento de edificabilidad o de intensidad, o del cambio a un uso más lucrativo. Si no existe

ese incremento de valor, no existe una actuación de dotación, sino una simple actuación edificatoria, con las consecuencias que ello proyecta sobre los deberes impuestos sobre la parcela (CHINCHILLA, 2022, 29).

Evidentemente habrá que atender al caso concreto porque los supuestos que pueden darse son muy diversos, aunque sí que pueden plantearse una serie de premisas necesarias para asegurar la viabilidad de la actuación:

1.º Respecto a la identificación de las parcelas edificables a las que se propone incrementar su aprovechamiento, podrán ser parcelas vacantes de edificación o edificadas, pero en este último caso el incremento de aprovechamiento determinado por la edificabilidad y/o el uso deberá ser suficiente para que justifique la viabilidad de la actuación.

Los supuestos de modificación de la densidad o cambio de uso pueden ser más dudosos para justificar la plusvalía urbanística, por ello, el art. 82.3. Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio, de la Comunidad Valenciana, exige que previamente, mediante ordenanza municipal, los Ayuntamientos regulen criterios objetivos.

2.º Respecto a la identificación de la parcela dotacional deberá ser una parcela vacante de edificación o cuyo coste de demolición o adaptación sea relativamente bajo. Sería inviable en una parcela con varias viviendas por los costes e indemnizaciones a asumir —vid. art. 90.2 de la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de Baleares—.

Las legislaciones autonómicas han incorporado a su regulación las actuaciones de dotación manteniendo en esencia este esquema, pero difieren en qué categoría de suelo urbano caben estas actuaciones. Así, algunas como Aragón las entienden en suelo urbano no consolidado, al igual que Castilla y León, Galicia, Asturias, País Vasco, Cataluña, Castilla La Mancha o Islas Canarias. La Comunidad Foral de Navarra, Murcia, Cantabria, La Rioja y Madrid (tras la Ley 11/2022) en suelo urbano consolidado. En cambio, las autonomías de Andalucía, Comunidad Valenciana, Islas Baleares o Extremadura no distinguen entre categorías del suelo urbano, posibilitando una utilización más flexible de la figura y acorde con el estatuto del propietario definido por la legislación estatal.

En Andalucía, las actuaciones de dotación de la legislación estatal pueden identificarse con las denominadas por la LISTA como actuaciones de mejora urbana.Estas actuaciones deben estar debidamente justificadas y motivadas en la mejora de la ciudad existente y su delimitación y ordenación se realizará por los correspondientes instrumentos de ordenación urbanística detallada[16].

El ámbito de la actuación de mejora urbana ha de tratarse de un área homogénea, continua o discontinua, que se delimitará en el propio instrumento de ordenación detallada. —art. 27 LISTA—. El área homogénea, que permitirá la equidistribución, incluirá los terrenos que son objeto del incremento de edificabi-

lidad, del incremento del número de viviendas o del cambio de uso o tipología y aquellos otros donde se localicen, en su caso, las nuevas dotaciones públicas que deban obtenerse. En el ámbito se incluirá la red viaria afectada por la actuación a los efectos de establecer las obras de urbanización complementarias.

Obviamente, las actuaciones de dotación, al aplicarse a parcelas concretas individuales, operan en el régimen de actuaciones aisladas y, por tanto, no requieren la reforma o renovación completa de la urbanización del ámbito espacial en que se ubican, pues si así fuera, su desarrollo se realizaría mediante actuaciones de reforma interior o renovación urbana —artículo 7.1.a).2 del TRLSRU/15 y art. 47.3 del Reglamento de la LISTA—, lo que dependerá del caso concreto[17].

3. Ejemplos.

Pueden citarse algunos casos reales de actuaciones de dotación que se han introducido en recientes instrumentos de planeamiento, demostrando el interés de la figura. Por ejemplo, el Plan Especial de Actuación Urbana y Protección (PEAUP) en el Primer Ensanche de Pamplona, aprobado el 5 de abril de 2023, contempla las siguientes actuaciones de dotación:

- Transformación de una parcela destinada a colegio en nueve parcelas de uso residencial y una comercial. En la misma se posibilita la ubicación en el ámbito de una dotación pública-Centro Cívico de cesión al Ayuntamiento, una vez que se haya procedido a la segregación-parcelación de la finca que configura la unidad. A las parcelas se les asigna una carga de «urbanización de las superficies de uso público sobre parcela privada» y una carga de las «obras de refuerzo de redes exteriores».
- Cambio de uso de parcela donde se ubica el edificio de la Jefatura Superior de Policía a uso residencial colectivo.Por ello, para que esta actuación sea viable, se deberá obtener para el traslado de la Comisaría de Policía una parcela acorde a las necesidades de la dotación.
- En una parcela que dispone de 4 edificios y zona de aparcamiento de vehículos, se plantea mejorar las condiciones de habitabilidad de las viviendas y la eficiencia energética del edificio, a través de la ampliación de los edificios lo que repercutirá en el incremento del valor de las viviendas. De esta forma, parte de la parcela privada se convierte en vial público. Dicha cesión corresponde al incremento de edificabilidad y garantiza que se mantenga la proporción actual de suelo dotacional / superficie residencial. En esta misma parcela se prevé la ejecución de un aparcamiento subterráneo que permita suprimir las plazas de aparcamiento en superficie del interior de la parcela y mejorar el espacio urba-

no, a través de una actuación de reurbanización, generando así un nuevo espacio de ocio y esparcimiento de propiedad privada y uso público.

V. DEBERES VINCULADOS A LAS ACTUACIONES DE MEJORA URBANA.

La determinación de los deberes y cargas que debe soportar el propietario de suelo urbano sometido a una actuación de dotación es la cuestión más relevante que plantean estas actuaciones. En el presente trabajo nos interesa analizar la forma de cumplimiento de esos deberes, no así la forma concreta de cuantificar los mismos (vid. sobre esto último FERNÁNDEZ, 2019, 157).

La propia realidad de la ciudad consolidada puede hacer ciertamente complejo el cumplimiento del deber de ceder suelo a la Administración por lo que el legislador se ha visto obligado a introducir nuevas formas del cumplimiento del deber.

Así en el caso del legislador andaluz, siguiendo el modelo de la legislación estatal para este tipo de actuaciones, establece los siguientes deberes —art. 28 LISTA:

- — Entregar a la Administración la parcela o parcelas libres de cargas, correspondientes al diez por ciento del incremento del aprovechamiento urbanístico en el ámbito de actuación, si lo hubiera.
- — Entregar a la Administración actuante el suelo calificado para nuevos sistemas generales o locales, a obtener, cuando sean necesarios en los términos establecidos reglamentariamente.
- — Indemnizar a los titulares de derechos sobre las edificaciones que deban ser demolidas y garantizar el realojamiento y retorno de los ocupantes legales de inmuebles que constituyan su residencia habitual, cuando tengan derecho a ellos, en los términos establecidos en la legislación básica del suelo.

Por su parte, el artículo 49 del Reglamento (RLISTA), aprobado por decreto 550/2022, de 29 de noviembre, desarrolla estos deberes de la promoción de actuaciones de transformación urbanística en suelo urbano regulando formas sustitutivas de cumplimiento total o parcial:

a) El deber de entregar el suelo reservado para sistemas generales y locales podrá sustituirse, en caso de imposibilidad física de materializar la entrega de suelo en el ámbito correspondiente, por la entrega de superficie edificada en un complejo inmobiliario dentro del mismo. Al tratarse de suelo de sistemas generales o locales, la edificabilidad siempre será no lucrativa, y esa finca registral integrada en el complejo inmobiliario tendrá el carácter de bien de dominio público (posteriormente estudiaremos

detenidamente la figura)[18].Solo en casos excepcionales para estas actuaciones de mejora urbana, cuando la superficie necesaria para dotaciones públicas no tenga entidad suficiente para cumplir con su finalidad o se justifique que resulta inviable la constitución de un complejo inmobiliario, la entrega del suelo podrá sustituirse por su valor en metálico, que deberá integrarse en el patrimonio público de suelo y destinarse a la obtención de suelo para dotaciones públicas o a la ejecución de éstas.

b) El deber de entregar el suelo correspondiente al porcentaje de participación de la comunidad en las plusvalías generadas por las actuaciones de transformación urbanística, podrá sustituirse por la entrega de su valor en metálico o por la entrega de superficie edificada de valor equivalente integrada en una edificación en régimen de propiedad horizontal. No obstante, cuando deba reservarse un porcentaje de la edificabilidad residencial para vivienda protegida, la entrega de suelo o de superficie edificada deberá realizarse en las fincas calificadas para esta finalidad y no podrá ser sustituida por su valor en metálico.

VI. EJECUCIÓN DE LAS ACTUACIONES DE MEJORA URBANA.

1. Los instrumentos y las técnicas de ejecución.

En Andalucía, el artículo 88 LISTA establece que la ejecución urbanística tiene por objeto la materialización de los contenidos de los instrumentos de ordenación urbanística, y comprende:

a) La gestión para la obtención de los terrenos calificados como dotaciones públicas, la participación de la comunidad en las plusvalías urbanísticas y la equidistribución de cargas y beneficios.
b) La ejecución material para la realización de las obras de urbanización y edificación y su conservación.

La ejecución de las actuaciones de trasformación urbanística en suelo urbano se desarrollará por alguno de los siguientes modos*:*

a) Ejecución sistemática, para las actuaciones de reforma interior en suelo urbano cuando sea factible la delimitación de unidades de ejecución.
b) Ejecución asistemática, para las actuaciones de mejora urbana y, cuando no sea factible la delimitación de unidades de ejecución, para las actuaciones de reforma interior.

A su vez, el Reglamento diferencia con precisión entre los instrumentos que permiten la equidistribución y las técnicas que sirven para materializarla, cuando sea procedente.

Así, el artículo 136 establece que las operaciones jurídicas que se precisen para la ejecución de los instrumentos de ordenación, incluyendo la obtención de los terrenos calificados como sistemas generales y locales, la participación de la comunidad en las plusvalías urbanísticas y la equidistribución de cargas y beneficios, se llevarán a cabo mediante los siguientes instrumentos de ejecución: la parcelación, la reparcelación, la normalización de fincas, o la distribución de cargas.

A su vez, estas operaciones jurídicas se podrán llevar a cabo, de modo independiente o a través de los anteriores instrumentos de ejecución, mediante las siguientes técnicas:

a) Las técnicas de ejecución mediante régimen de complejo inmobiliario, o cualquier otra figura que la legislación estatal pudiera contemplar, o de división horizontal, tanto de forma voluntaria o forzosa.
b) Otras técnicas de equidistribución: reservas, transferencias, transmisión y cesión de aprovechamiento, así como las compensaciones monetarias sustitutivas.
c) La ejecución directa de los sistemas generales y locales.
d) La expropiación en los casos previstos en la Ley.

2. Distintos supuestos y forma de ejecución.

A la vista de la anterior regulación y teniendo en cuenta la naturaleza de las actuaciones de mejora urbana o dotación, puede afirmarse que su ejecución se hará de forma asistemática, su ámbito de la actuación podrá ser continuo o discontinuo y podrá estar integrado por:

a) Una parcela edificable o edificada con atribución de incremento de aprovechamiento, en la que caben las siguientes posibilidades:
   — La satisfacción del deber urbanístico mediante compensación económica.
   — La satisfacción la carga urbanística dotacional mediante entrega de superficie edificada de valor equivalente al suelo que sustituye en régimen de complejo inmobiliario dada la imposibilidad física de ceder suelo en la parcela.
   — La satisfacción del deber urbanístico derivado del aprovechamiento público mediante entrega de superficie ya edificada o edificabilidad lucrativa dentro del mismo edificio en propiedad horizontal.
b) Una o diversas parcelas edificables o edificadas con atribución de incremento de aprovechamiento y por otra o diversas parcelas de uso dotacional público para el caso de la aplicación de la modalidad de cesión de suelo cuando sea posible. En este caso la cesión de la parcela dotacional

se articula mediante una reparcelación voluntaria y discontinua o, lo que es lo mismo, una transferencia de aprovechamiento urbanístico, a través de la cual el propietario de la parcela edificable compensa económicamente al propietario de la parcela dotacional o llega a un acuerdo con éste para distribuir el aprovechamiento en la parcela edificable.

Por tanto, la actuación de dotación implica una actuación de carácter aislado (afecta a una o varias parcelas) que incrementa la edificabilidad o establece un uso más lucrativo, mientras que las actuaciones de reforma o reurbanización suponen una actuación integral o sistemática. Ello puede llevar a pensar que en la actuación de dotación no se requiere de ningún instrumento de equidistribución, a diferencia de la actuación de reforma o reurbanización. Sin embargo, en muchas de las actuaciones de dotación es necesario articular la equidistribución entre los propietarios afectados.

Un supuesto en el que puede no ser necesario el instrumento de equidistribución es aquel en el que la totalidad de los terrenos pertenezcan a un solo propietario y los deberes de cesión se resuelvan por compensación económica o bien exclusivamente mediante nuevas fincas constituidas en régimen de propiedad horizontal o de complejo inmobiliario —cfr. art. 144.1 b) RLISTA—.

La legislación balear trata de modo particular distintos aspectos de la ejecución de estas actuaciones. Así el art. 78.5 de la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, señala que en las actuaciones de dotación la equidistribución del incremento de aprovechamiento se producirá en régimen de propiedad horizontal y en proporción a las cuotas respectivas cuando corresponda la adjudicación, incluso forzosa, de partes de la edificación a cambio de las propiedades primitivas o de los gastos de la edificación, rehabilitación o mejora correspondientes.

Por su parte, el art.90 establece que las actuaciones de dotación tendrán por objeto la edificación de las parcelas o la rehabilitación de los edificios que dispongan de un incremento de aprovechamiento sobre el atribuido por el planeamiento anterior, con cesión previa o simultánea a la preceptiva obtención de la licencia de obras de los suelos dotacionales y de los correspondientes al aprovechamiento público, así como también, y cuando corresponda, la realización de las obras de urbanización necesarias para la conversión en solar y su conexión con las redes de infraestructuras y servicios existentes en su entorno inmediato.

La identificación de la parcela o parcelas de uso dotacional que se vinculen a la parcela edificable dotada de incremento de aprovechamiento para satisfacer el deber urbanístico derivado del régimen de la actuación de dotación en la modalidad de cesión de suelo, se determinará de manera voluntaria entre los titulares de ambas parcelas, en virtud del procedimiento establecido para la reparcelación voluntaria y discontinua —art. 90.3—, es decir, mediante el mecanismo de las TAU.

La ejecución de las actuaciones de dotación se llevará a cabo mediante el otorgamiento de la preceptiva licencia de obras a la parcela edificable que disponga de un incremento de aprovechamiento atribuido, otorgamiento que será simultáneo o posterior a la realización efectiva de las cesiones de suelo a la administración actuante, en su caso —art. 91—.

3. Tratamiento registral.

Desde el punto de vista registral será precisa la formalización de la cesión de la parcela dotacional a la Administración así como la declaración de obra nueva en construcción, ampliación o rehabilitación en la parcela edificable y su posterior división horizontal, o la modificación de ésta, para adjudicar las fincas resultantes entre los propietarios por su respectiva aportación, el agente edificador por su retribución en especie y, en su caso, a la Administración por el aprovechamiento lucrativo que le corresponde.

Cuando la cesión dotacional se efectúe en la propia parcela por la imposibilidad de materializarla en suelo, se constituirá un complejo inmobiliario urbanístico con distintas fincas registrales, de titularidad privada y pública, adjudicadas a los sujetos anteriores, y la correspondiente declaración de obra nueva en construcción, reforma o rehabilitación y en su caso división horizontal dentro del complejo.

Cuando concurran distintos propietarios es preciso acompañar al título inscribible el instrumento que contenga el resultado de la perecuación de beneficios y cargas, sin perjuicio de que éste último pueda ser inscribible directamente.

En particular, atendiendo a las circunstancias de la actuación en cuanto al número de propietarios y de parcelas afectadas puede estar justificada su ejecución mediante un proyecto de reparcelación que podrá adjudicar fincas de resultado en régimen de propiedad horizontal o complejo inmobiliario, como veremos a continuación.

VII. EL PROYECTO DE REPARCELACIÓN COMO INSTRUMENTO DE EJECUCIÓN.

En Andalucía, el artículo 140 del RLISTA regula las finalidades de este instrumento que vienen a coincidir con el objeto tradicional de la reparcelación. Por lo que sólo vamos a destacar los aspectos más relevantes de la normativa.

La norma regula con detalle la figura de la reparcelación como instrumento básico que permite la equidistribución de beneficios y cargas, tanto si se actúa a través de unidad de ejecución —ejecución sistemática—, como en ámbito de

actuación —ejecución asistemática— —cfr. art. 140.2 RLISTA—[19].Entendemos que la referencia a la ejecución asistemática se explica por la pretendida flexibilidad que inspira esta regulación, particularmente en la gestión del suelo urbano, que supone no limitar su operatividad en los distintos supuestos que pueden plantearse —cfr. art. 237.4 RLISTA—.

De hecho, en otras legislaciones autonómicas la reparcelación tiene un concepto más general, así en Madrid, conforme al art. 82.2 a) de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo (LSM), cuando la ejecución del planeamiento se lleve a cabo a través de actuaciones aisladas, la equidistribución se materializará, si procede, a través de reparcelación.

El artículo 140 del RLISTA regula el principio de subrogación real, o como señala la norma, la sustitución en el patrimonio de los propietarios, en su caso forzosa, y en función de los derechos de éstos, de las fincas iniciales por fincas resultantes de la ejecución.

El precepto destaca que la misma puede tener por objeto *"la sustitución en el patrimonio de los propietarios, en su caso forzosa, y en función de los derechos de éstos, de las fincas iniciales por fincas resultantes de la ejecución, constitutivas de parcelas, solares o fincas resultantes de un complejo inmobiliario o división horizontal"* —apartado i)—. Esta última previsión resulta particularmente interesante para las actuaciones de dotación o de mejora urbana con varias parcelas afectadas y varios propietarios.

Lo cierto es que la denominada reparcelación horizontal es una figura que ya se encontraba prevista en nuestra legislación histórica, concretamente en el art. 12.3 del Reglamento de Reparcelaciones de 1966, cuando existía acuerdo con el propietario.También la contempla la actual normativa valenciana, en su art. 101 del Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio, del Consell (LOTUP) y el art.144 de la Ley 5/2022, de 15 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Cantabria.

De esta forma, previos los trámites reparcelatorios usuales (que incluyen, entre otros, la información pública y audiencia para todos los afectados) la Administración aprueba la reparcelación atendiendo a una obra proyectada de edificación o rehabilitación lo bastante definida para enjuiciar la cabal ponderación y valoración de las adjudicaciones.

Una vez aprobada la reparcelación y otorgada la licencia de obra de edificación o rehabilitación, el promotor queda facultado, en virtud del acuerdo aprobatorio, para otorgar la escritura de declaración de obra nueva en construcción y de constitución de la propiedad horizontal, en la que las distintas dependencias sean adjudicadas a los diversos propietarios conforme al reparto aprobado por la Administración.

En los casos en que se adjudiquen fincas o parcelas cuya edificabilidad se sitúe en el subsuelo, suelo o vuelo y los adjudicatarios de cada uno de tales planos sean diferentes, es decir en propiedad horizontal o complejo inmobiliario, el

proyecto de reparcelación debe contener el régimen jurídico que regulará el ejercicio del derecho de propiedad por cada uno de los adjudicatarios, determinando el modo de redacción del proyecto de edificación, el plazo para la solicitud de la licencia de obras, el plazo en que el proyecto de edificación deberá ser ejecutado, la asignación de las cuotas destinadas a sufragar la actuación, así como las reglas para la formulación de los estatutos de la comunidad de los propietarios resultante y la cuota de participación en la misma de cada una de ellas, cuando resulte precisa su constitución —art. 152 RLISTA—.

Por otra parte, resulta de particular interés la posibilidad de retribuir en especie al agente responsable de ejecutar la actuación o a la empresa constructora o urbanizadora. A estos efectos, el citado art. 140 RLISTA señala que la reparcelación puede tener por objeto "*la adjudicación al agente responsable de la ejecución de las parcelas que legalmente le correspondan como retribución por asumir los gastos de urbanización y, en su caso, de edificación, así como de las demás fincas resultantes que pudieran corresponderle conforme a la Ley y al Reglamento. También podrá tener por objeto la adjudicación de las parcelas que legalmente le correspondan a la empresa urbanizadora"* —apartado h).

Otra novedad destacable es que la legislación andaluza, con precedente en la legislación catalana[20], establece una regulación concreta del alcance de las denominadas operaciones jurídicas complementarias, que tan frecuentemente se han utilizado en la práctica para pretender rectificar parcialmente proyectos de reparcelación inscritos, sin someterse a los trámites rigurosos asociados a la modificación del proyecto.De los supuestos que la norma andaluza contempla, merece destacarse el del apartado 160.1 d) RLISTA, al permitir la distribución, entre todas o alguna de las fincas, de la responsabilidad provisional por gastos de urbanización o la modificación de su cuantía, bastando el trámite de audiencia a los interesados y sin trámite de información pública. Se trata de una posibilidad que permitirá, a través de una operación jurídica complementaria, la práctica de una nueva afección en garantía de los gastos de urbanización, aunque haya caducado la practicada con la inscripción del proyecto, que no es susceptible de prórroga según doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP)[21].

VIII. EL PROYECTO DE DISTRIBUCIÓN DE CARGAS COMO INSTRUMENTO DE EJECUCIÓN.

1. Introducción.

Antes de exponer el régimen de este novedoso instrumento de ejecución es preciso hacer alguna precisión sobre el concepto de beneficio en sentido urbanístico a efectos de su equidistribución.

El modelo clásico desde la Ley de 1956 ha consistido en el reparto de la edificabilidad correspondiente al ámbito, mediante la reparcelación, para adjudicar a cada partícipe las concretas parcelas que permitirán materializar aquélla, previa ponderación entre todos los partícipes de la comunidad reparcelatoria[22].

Pero esta comunidad de reparto ya definida a finales del siglo XIX por Cerdá debe ser adaptada al nuevo ámbito de transformación urbanística, la ciudad existente. En ésta la situación es más compleja por la propia estructura parcelaria o de edificaciones, salvo que las actuaciones sobre el suelo urbano se equiparen a las del suelo rural urbanizable y se proceda a la demolición de lo existente para rehacer la ciudad, es decir, la reforma o renovación interior.

En puridad la reparcelación no estaba, ni está, hecha para la ciudad existente. La reparcelación desde el punto de vista económico, es una técnica de reparto de beneficios netos, bajo el supuesto de que toda operación debe tener saldo positivo, esto es, que el valor de la edificabilidad patrimonializable por los participantes sea superior a las cargas de la actuación.

Tras la LRRRU de 2013 y ahora el TRLSRU de 2015 —art. 14.c—, en las actuaciones sobre el medio urbano, el legislador no limita el concepto de beneficio a los ingresos por la edificabilidad, considerando también los demás ingresos de la actuación, como pueden ser los incrementos de valor de las construcciones preexistentes. Por ello puede sostenerse hoy que la identificación de la edificabilidad como único elemento generador de valor en las actuaciones urbanísticas resulta ser ajena a la realidad y, en particular, en el suelo urbano[23]

El legislador ha definido un tipo distinto de equidistribución, acorde con la realidad del suelo urbano y que asume la heterogeneidad de beneficios y costes que comprenden estas actuaciones en el art. 10.2.a) de la Ley de 2013, actual art. 24.2.a) de la Ley de 2015. Este precepto fue anulado por la STC 143/2017, de 14 de diciembre, por vulnerar competencias autonómicas, pero nos puede servir para comprender este nuevo concepto de equidistribución que inspira las nuevas normas autonómicas.

Por esta razón la nueva normativa andaluza diferencia, dentro de los instrumentos urbanísticos de ejecución, entre el proyecto de reparcelación y el proyecto de distribución de cargas, sea de urbanización, o de conservación o de rehabilitación, siendo en ambos casos instrumentos de equidistribución en el sentido de los artículos 23 y 68 de la Ley estatal de suelo.

2. Objeto.

El proyecto de distribución de cargas de urbanización es un instrumento que va a facilitar la gestión de determinadas actuaciones en suelo urbano que se

ejecutan de forma asistemática y será, en muchos casos, el instrumento de equidistribución que permita ejecutar las actuaciones de mejora urbana o dotación analizadas en el presente trabajo.

Este instrumento tiene por objeto repercutir equitativamente los gastos de urbanización vinculados a la actuación entre los propietarios o titulares de derechos reales de las parcelas beneficiados por dichas obras, pudiendo incluir el coste de obtención de los terrenos necesarios para ejecutar las mismas, así como repartir equitativamente los beneficios imputables a la actuación y todos los conceptos que permitan generar algún tipo de ingreso vinculado a la operación incluyendo, en su caso, las ayudas públicas, que necesariamente quedarán afectas al objetivo por el cual fueron concedidas.

Nunca opera en una unidad de ejecución, ámbito propio y exclusivo de las actuaciones en modalidad de ejecución sistemática y puede entenderse como una variante del proyecto de reparcelación para situaciones en las que el objeto de la equidistribución no es principalmente la edificabilidad pudiendo quedar limitada básicamente a los gastos y cargas, sin perjuicio de las plusvalías que puedan considerarse, porque si se desprendiera algún tipo de beneficio derivado de la ejecución urbanística también puede ser objeto del proyecto, como así resulta de lo contemplado en el artículo 251 del RLISTA.

El art. 244.3 del RLISTA aclara que en principio será potestativo, pero procederá la aprobación del proyecto de distribución de cargas con carácter preceptivo:

a) Cuando se constituya una Entidad de Urbanización. Esta entidad se podrá constituir cuando la ejecución asistemática se lleve a cabo en régimen de gestión privada y hubiera una pluralidad de propietarios. Como entidad colaboradora podrá actuar fiduciariamente y con pleno poder dispositivo sobre las fincas pertenecientes a sus miembros y, en su caso, sobre los elementos comunes del correspondiente edificio o complejo inmobiliario, sin más limitaciones que las establecidas en sus correspondientes estatutos.

   Para financiar los gastos que correspondan en régimen de justa distribución a dicha entidad le corresponde elaborar, tramitar y aprobar, por la mayoría de las cuotas representadas el proyecto de distribución de cargas de urbanización.
b) A iniciativa pública, cuando el Ayuntamiento imponga la realización de actuaciones de transformación urbanística de reforma o mejora y actuaciones urbanísticas en suelo urbano, que hayan de gestionarse de forma asistemática.
c) Cuando, con los propietarios, participe empresa urbanizadora, o bien sea concedida la responsabilidad de la ejecución al agente urbanizador. En

este caso, el proyecto de distribución de cargas de urbanización será el instrumento por el que:

— Se repercutirán las cuotas de urbanización entre los afectados, con liberación de quienes opten por participar compensando sus cuotas de urbanización con aprovechamiento urbanístico o edificabilidad resultante.
— Se retribuya en fincas, parcelas, solares o unidades resultantes la participación del agente urbanizador o la empresa urbanizadora.
— Se entregue, en su caso, a la Administración actuante las fincas de cesión obligatoria.

3. Procedimiento.

La elaboración de la propuesta de proyecto de distribución de cargas corresponde a los propietarios o la Entidad de Urbanización, en su caso, para su aprobación por la Administración actuante. No obstante, cuando la actuación sea a iniciativa pública, la formulación del proyecto de distribución de cargas de urbanización corresponderá a la Administración actuante o al agente urbanizador, según se ejecute la misma, respectivamente, mediante modalidad de gestión directa o indirecta —art. 246 RLISTA—.

La tramitación del proyecto de distribución de cargas se llevará a cabo por procedimiento análogo al previsto para el proyecto de reparcelación en los arts. 156 y 157 del RLISTA, y se realizan constantes remisiones normativas a la regulación del instrumento de la reparcelación, en particular en lo atinente a la inscripción en el Registro de la Propiedad, como los casos de fincas no inscritas, doble inmatriculación, propietarios desconocidos o titularidad controvertida —art. 245 RLISTA—.

Será importante, de modo análogo a la reparcelación, la solicitud de certificación registral y constancia de nota a al margen de las fincas afectadas a los efectos del art. 5 del Real Decreto 1093/1997, que permita dar a conocer a terceros del inicio del procedimiento y la afección de las fincas a los deberes inherentes —cfr. art. 155 RLISTA y 68 TRLSRU—.

El proyecto de distribución podrá aprobarse en el mismo trámite que la licencia urbanística que autorice la edificación en división horizontal o la constitución del complejo inmobiliario —cfr. art. 248 RLISTA—. Una vez firme en vía administrativa el acuerdo de aprobación del proyecto de distribución de cargas de urbanización se procederá a su inscripción en el Registro de la Propiedad —art. 246.5 RLISTA—.

4. Contenido.

El proyecto que se autorice debe contener las determinaciones que se contemplan en el artículo 245, que son similares a las de una reparcelación, en resumen: la relación de los afectados y los titulares de derechos reales inscritos; descripción de las fincas incluidas en el ámbito; descripción de las construcciones o cargas inscritas preexistentes, a los efectos de su traslado a las unidades registrales resultantes o su indemnización; valoración de las fincas o unidades resultantes, relación de ocupantes con derechos de realojo o retorno, en su caso; descripción de las fincas o unidades resultantes, si fuera el caso, conforme a lo dispuesto en la legislación hipotecaria; la determinación de la cuota y del importe que se atribuya en el presupuesto de obras de urbanización con advertencia de su carácter provisional hasta la liquidación definitiva; los diferentes planos; las compensaciones que correspondan a las diferencias de adjudicación y la adjudicación individual a cada afectado y gastos imputables que, en su caso, le correspondan.

Una de las determinaciones importantes que debe contener es el "p*resupuesto provisional de la actuación, con expresa separación e identificación de las obras que conforman los gastos de urbanización, o en su caso de edificación, que habrán de reflejarse como afección real en las fincas resultantes, salvo en aquellas fincas que se adjudicaren a los titulares que hayan compensado los gastos con aportación de edificabilidad o unidades de aprovechamiento, o en las de quienes queden sujeto al régimen de aportación forzosa*" —art. 245 RLISTA—. Esta afección estará vigente hasta el momento en el que se tengan por terminadas las obras de mejora o complementarias de urbanización, sin perjuicio de la caducidad registral de la afección que procediera en el plazo establecido por la legislación hipotecaria —art. 239.3 RLISTA—.

El proyecto de distribución de cargas de urbanización, el complejo inmobiliario o, en su caso, la división horizontal hará constar, en la forma establecida en la legislación hipotecaria, con carácter de garantía real directa e inmediata, la afección de las fincas resultantes constitutivas de elementos privativos al cumplimiento del deber de costear las obras de urbanización, cualquiera que sea la persona propietaria —art. 239 RLISTA—.

A estos efectos, el título de constitución de finca o fincas en régimen de propiedad horizontal o del complejo inmobiliario deberá distinguir, de acuerdo con el proyecto aprobado que se acompañe, el presupuesto de los gastos de urbanización vinculados a la actuación y el presupuesto de aquellas otras partidas asociadas a la actividad edificatoria, siendo únicamente aquéllos los que conformen el importe económico que, de acuerdo al índice de participación de cada finca resultante privativa en los elementos comunes, se afectará con carácter real al pago

de las cuotas de urbanización[24].Esta diferenciación de los gastos de edificación es importante como explicaremos en el epígrafe IX.2 relativo a las garantías reales.

Es destacable que la norma andaluza contempla que la actuación de mejora urbana sea ejecutada mediante la técnica de la división horizontal o el complejo inmobiliario urbanístico, lo que será lo habitual en estas actuaciones. En estos casos, la ejecución jurídica consistirá en el otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva en construcción o rehabilitación y división horizontal o por la que se constituya el complejo inmobiliario urbanístico, pero deberá incorporar el proyecto de distribución de cargas de urbanización aprobado, cuando fuera necesario, con el contenido reglamentario al que deberá ajustarse, lo cual estará sujeto a calificación registral.

No obstante, dada su naturaleza de instrumento de equidistribución de beneficios y cargas es posible que el mismo proyecto contenga íntegramente la totalidad de las previsiones necesarias y suficientes para la inscripción lo que dependerá fundamentalmente de la modalidad de gestión y de su régimen voluntario o forzoso —art. 246.5 RLISTA—. Tal naturaleza de operación de equidistribución tendrá, además, con independencia de su forma, una destacable relevancia fiscal, dada la exención regulada en el art. 23.7 del TRLS 2015.

5 Efectos.

En cuanto a los efectos de la aprobación del proyecto de distribución de cargas de urbanización, conforme al artículo 247, la aprobación producirá los efectos jurídicos reales de la aprobación del proyecto de reparcelación, recogidos en los artículos 161 y 162 de acuerdo con la finalidad de este proyecto, por lo que también lleva asociado el efecto de la subrogación real cuando proceda y las cesiones que operan *ex lege* —art. 23 TRLSRU—.

En concreto, el artículo 248 RLISTA señala que, en los casos de imposibilidad de materializar la entrega de sistemas locales y generales en suelo, con la aprobación del proyecto de distribución de cargas que acompañe a la división horizontal o al complejo inmobiliario se producirá la entrega de la superficie edificada o edificabilidad no lucrativa que sustituya al cumplimiento del deber.

IX. LA TÉCNICA DE EJECUCIÓN MEDIANTE EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL.

1. La equidistribución horizontal

La normativa urbanística contempla la figura de la división horizontal como una técnica de ejecución que puede complementar al instrumento de la repar-

celación o al proyecto de distribución de cargas para permitir hacer efectiva la equidistribución de beneficios y cargas. —cfr. art. 168 RLISTA—.

En el suelo urbano, cuando no se pretende rehacer la ciudad mediante demolición de los edificios existentes y nueva distribución parcelaria y viario, el reparto de beneficios ya no podrá consistir en adjudicación de parcelas donde poder materializar una edificabilidad neta, sino en unidades edificatorias de valor equivalente a su respectivo derecho en la comunidad de reparto.

Una cuestión importante que fundamenta el uso de esta técnica de división horizontal es que en las actuaciones de mejora urbana, como hemos señalado, el porcentaje de cesión de aprovechamiento correspondiente a la Administración actuante, cuando no pueda materializarse en suelo, puede sustituirse por la cesión de superficie edificada de valor económico equivalente integrada en edificación en régimen de propiedad horizontal, lo que puede tener como consecuencia que puedan coexistir en un mismo edifico viviendas libres con viviendas sujetas a algún régimen de protección pública.

En los casos de equidistribución horizontal propiamente no se efectúa un reparto de aprovechamiento urbanístico al modo de la reparcelación ordinaria, dado que deben ponderarse los costes de construcción, el valor de los pisos o locales o terrenos aportados, la respectiva cuota de participación en la comunidad, en su caso, y el valor de los elementos adjudicados en cambio, por ello algún autor utiliza el término "aprovechamiento edificatorio" para diferenciarlo de aquél (FERNÁNDEZ, 2019, 229)[25].

En la reparcelación en régimen de propiedad horizontal el criterio de reparto lógicamente ya no puede ser el de la superficie que permita materializar un determinado aprovechamiento, sino que necesariamente deberá ser el del valor urbanístico de la superficie edificada para un determinado uso[26]. Esta precisión es importante porque permite justificar que los deberes de cesión no se materialicen en suelo sino en superficie edificada de valor equivalente, lo que resulta especialmente interesante para la intervención en el suelo urbano.

En particular, en las actuaciones de dotación la equidistribución que tenga lugar entre los titulares de derechos incluidos en el ámbito de actuación determinará la adjudicación a cada uno de ellos de las parcelas resultantes o de derechos sobre el vuelo, suelo o subsuelo, en proporción a sus respectivas aportaciones —cfr. art. 40.2 c) de la Ley 5/2022, de 15 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Cantabria—.

En Baleares, la ley establece que la aprobación de un proyecto de equidistribución en régimen de propiedad horizontal aplicable a las actuaciones de dotación produce tiene como efecto la adjudicación de la finca en proindiviso a efectos de su distribución en régimen de propiedad horizontal en la proporción resultante al agente edificador o rehabilitador, en caso de su selección por con-

curso, junto con las personas propietarias y la ocupación de la parcela por aquel, a efectos de la ejecución de las obras —art. 81.2 de la ley 12/2017—.

No obstante, la actuación puede suponer la construcción de un nuevo edificio o afectar a un edificio ya existente para su división horizontal y adjudicación de los departamentos privativos como fincas de resultado. También puede afectar a un edificio ya constituido en propiedad horizontal. En este caso, si la edificación se tuviese que derribar por ser incompatible con las determinaciones del plan que es objeto de ejecución, la adjudicación de la finca resultante se puede realizar en proindiviso, de acuerdo con las cuotas que correspondían a las personas propietarias en la propiedad horizontal extinguida —vid. en Cataluña, el art. 147 f) del Decreto 305/2006, de 18 de julio—.

Si el edificio se mantiene y, por tanto, el régimen de propiedad horizontal, el instrumento de equidistribución podrá modificar el título constitutivo de dicho régimen, incorporando la descripción de nuevas plantas y cualquier otra alteración de los elementos comunes, así como describir y adjudicar la división de pisos o locales y sus anejos para formar otros más reducidos independientes, aumentar su superficie por agregación de otros colindantes del mismo edificio, o su disminución por segregación de alguna parte o constituir o modificar un complejo inmobiliario —art.144.7 de la Ley 5/2022, de 15 de julio, de Cantabria—.

La elevación de nuevas plantas afecta al vuelo del edificio que tiene la naturaleza de elemento común y aquéllas en principio pertenecerán a la Comunidad de Propietarios —RDGRN 12 de marzo de 2020—.No obstante, debe tenerse presente que estamos ante una operación de equidistribución de beneficios y cargas entre los titulares de derechos sobre fincas de un ámbito determinado, por lo que la adjudicación de esos derechos sobre el vuelo se hará a quien corresponda en función del reparto, pudiendo ocurrir también que esas nuevas plantas se adjudiquen al agente edificador o empresa constructora para así financiar la actuación. Todo ello sin perjuicio de tener en cuenta los posibles derechos reales constituidos en favor de terceros, como la reserva del derecho de vuelo por el promotor que también deberá ser parte en el expediente.

Respecto a la división en nuevas unidades de vivienda con el fin de la rehabilitación, el art. 51.3 Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda del País Vasco, señala que los propietarios de viviendas existentes tramitarán un proyecto de equidistribución que contendrá la descripción de las nuevas unidades y la regularización de las cuotas de participación, sin afectar a las cuotas del resto en la propiedad horizontal. El precepto incluso prevé que los Ayuntamientos podrán, mediante la aprobación de una ordenanza municipal y sin necesidad de modificación del planeamiento general, permitir el cambio de uso terciario a uso residencial en planta baja de edificios residenciales, sin que sea necesario como regla general solicitar

la autorización de las comunidades de propietarios, salvo en los supuestos en los que esta sea exigible a tenor de la normativa de propiedad horizontal.

Puede observarse que la efectividad de la actuación se ve facilitada por el legislador cuando la misma afecta a un edificio en propiedad horizontal conforme al artículo 10 de la Propiedad horizontal, tras su reforma por Ley 8/2013. Este precepto establece además que los pisos o locales de la comunidad quedarán afectos al pago de los gastos derivados de la realización de las obras en los mismos términos y condiciones que los establecidos en el artículo 9 LPH para los gastos generales. Pero esta remisión lo es en cuanto a la afección real que se activa en el momento de la transmisión para vincular al nuevo propietario, aunque no sea deudor personal —cfr. STS 4 de mayo de 2022—, pero no alude al privilegio crediticio de la Comunidad, que además no es una hipoteca legal tácita. No obstante, como veremos al analizar las garantías de la actuación, los gastos derivados de las actuaciones urbanísticas de rehabilitación están garantizados por la afección urbanística del artículo 14 d) TRLSRU 2015—.

Desde el punto de vista del título inscribible, si no se ha otorgado previa o simultáneamente la escritura pública constitutiva de la propiedad horizontal, el proyecto de reparcelación tiene la naturaleza de título constitutivo y tiene que contener las determinaciones necesarias para su inscripción en el registro de la propiedad —cfr. el Cataluña el art. 143.2. Decreto 305/2006, de 18 de julio, art. 78 y 81 de la Ley 12/2017, de Baleares—.El tratamiento de estos supuestos se basa en la inscripción del título que declare la obra en construcción o rehabilitación del edificio y su división horizontal, inscribiendo los departamentos independientes en construcción a favor de la Administración, por título de cesión o por el aprovechamiento que le corresponde legalmente, o a favor del agente edificador o empresa constructora por título de adjudicación en pago de su actuación. Dicho título puede ser otorgado mediante comparecencia de todos los afectados, o de la comparecencia en solitario del representante de la entidad urbanística colaboradora o del agente edificador legalmente facultado, según el modelo de gestión directa o indirecta, pero también puede resultar de un acto administrativo —art. 6 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio y art. 23 y 28.1 del TRLSRU/15—.

2. Garantías reales de la actuación

La equidistribución horizontal permite que las unidades edificatorias resultantes se adjudiquen a los distintos agentes intervinientes, ajenos a los propietarios, en retribución por su aportación de empresa u obra, incluso antes de que finalice su actuación, lo que constituye una interesante alternativa de financia-

ción —cfr. art. 134.1 y 185.1 b)RLISTA—. Ello explica que, por ejemplo, la legislación valenciana no admita que las adjudicaciones percibidas como retribución por el agente urbanizador o edificador queden sin garantía en favor de los propietarios, debiendo inscribirse en el Registro de la Propiedad, regulando expresamente la condición resolutoria, la suspensiva o, incluso, la titularidad fiduciaria de la Administración —art. 159 y 161 de la LOTUP—[27].

Respecto a las garantías en favor de la Entidad Colaboradora o del agente urbanizador cuando no se le pague en fincas de resultado debe mencionarse la importancia de la afección real de la finca adjudicada a cada propietario al pago de los gastos de urbanización asociados a la actuación, por lo que será necesario que el título de constitución de finca o fincas en régimen de propiedad horizontal distinga, de acuerdo con el proyecto que se acompañe, el presupuesto de los gastos de urbanización y el presupuesto de aquellas otras partidas asociadas a la actividad edificatoria, siendo únicamente aquéllos los que conformen el importe económico que, de acuerdo al índice de participación de cada finca resultante privativa en los elementos comunes, se afectará con carácter real al pago de las cuotas de urbanización —cfr. art. 239.4 RLISTA—.

No obstante, los gastos asociados a la actividad edificatoria también se encuentran amparados en una garantía real de origen legal cuando los mismos se vinculan a la delimitación de un ámbito de actuación de conservación, rehabilitación, regeneración o renovación urbana, por cuanto la afección a la que se refiere el artículo 14 d) TRLSRU/15 tiene un alcance más amplio, pudiendo comprender costes de urbanización, pero también, de edificación o financieros necesarios para los fines de la actuación sobre el medio urbano[28]. En todo caso, el importe a cargo del propietario tiene como límite el contenido normal del deber de conservación definido en el art. 17.4 TRLSRU y 144 LISTA—.

En estos casos la distribución de la carga será proporcional a la participación de cada una de las fincas en el régimen de la división horizontal o, en su caso, del complejo inmobiliario y, en su defecto, se aprobará un proyecto de distribución de cargas de conservación o rehabilitación que tenga por objeto repercutir estos costes entre los propietarios afectados y determinar su afección real en proporción con la edificabilidad materializada que tenga cada finca en el conjunto del ámbito sujeto a dicha actuación —cfr. 317.2 RLISTA—.

Del mismo modo que ocurre con los gastos de urbanización asociados a una actuación de transformación urbanística, respecto a los gastos asociados a una actuación de conservación, rehabilitación, regeneración o renovación urbana, el legislador estatal establece expresamente que el acto administrativo aprobatorio determinará la afección real directa e inmediata, por determinación legal, de las fincas constitutivas de elementos privativos de regímenes de propiedad horizon-

tal o de complejo inmobiliario privado, cualquiera que sea su propietario, al cumplimiento del deber de costear las obras.

La afección real se hará constar mediante nota marginal en el Registro de la Propiedad, con constancia expresa de su carácter de garantía real y con el mismo régimen de preferencia y prioridad establecido para la afección real al pago de cuotas de urbanización en las actuaciones de transformación urbanística —art. 14 d) y 15.4 TRLSRU 2015—.

Esta equiparación con la garantía por cuotas de urbanización resulta fundamental porque la jurisprudencia del Tribunal Supremo —cfr. sentencias de 15 y 21 de julio de 2014 y 23 de julio de 2015— ha reconocido que estamos ante obligaciones de carácter real que dan una preferencia de cobro sobre el bien afectado por encima de cualquier otro derecho inscrito con anterioridad, por lo que cabe hablar de una hipoteca legal tácita.

En caso de ejecución singular, se hacen efectivos a través del correspondiente procedimiento de apremio, ya judicial, ya administrativo. Uno de los trámites de dicho procedimiento de apremio es la práctica de una anotación preventiva de embargo que determine de forma concreta el importe objeto de reclamación.Para que dicha anotación pueda gozar de la prioridad registral que deriva de la inscripción de la afección será preciso que se realice la oportuna notificación a los eventuales titulares de derechos inscritos o anotados sobre la finca y que van a ser objeto de cancelación conforme al artículo 19 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio y que en el momento de presentación del mandamiento no haya caducado la afección —cfr.RDGSJFP 4 de febrero de 2020 y 5 de octubre de 2021—.

Respecto a la posición de la empresa constructora o contratista que tiene una relación de carácter privado con el promotor, en la práctica se ha planteado si el mismo puede ampararse en los efectos privilegiados de la afección real a la hora de hacer efectivos sus créditos directamente frente al propietario, lo que no parece posible legalmente, sin perjuicio de otras vías civiles que pudiera utilizar —art. 1111 CC y 538.3 LEC—.Sobre este punto resultan interesantes las RDGSJFP 11 de marzo de 2021 y RDGSJFP 10 de julio de 2023, relativas a la misma promoción urbanística, porque analizan los requisitos para la práctica de la anotación preventiva del crédito refaccionario[29].

En todo caso, lo que queda claro es que tanto los gastos asociados a la urbanización como otros gastos asociados a una actuación de conservación, rehabilitación, regeneración o renovación urbana se encuentran amparados por los efectos privilegiados de la afección real de eficacia prioritaria incluso frente a cargas inscritas con anterioridad, siempre y cuando que el asiento que la publique con efectos *erga omnes* no haya caducado, sin perjuicio de su régimen particular en caso de concurso de acreedores. A esos efectos, tanto la Entidad de Urbanización o de Conservación, en caso de gestión privada, o el agente edificador o urbaniza-

dor, en gestión indirecta, podrán recabar el auxilio del Municipio para recaudar las cuotas por la vía de apremio o exigir judicialmente su cumplimiento —cfr. 131.6, 176.4 y 317.6 RLISTA—.

3. Sustitución forzosa mediante reparcelación horizontal.

Un supuesto en el que la ejecución en régimen de propiedad horizontal puede tener relevancia es en la sustitución forzosa del propietario que incumple sus deberes de edificar, conservar o rehabilitar[30]. Se contempla en la normativa básica estatal —arts. 49 y 50 TRLSRU/15—, tras su introducción en la Ley 8/2007 —art. 31 y 32—, mas no en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, al no estar prevista en la Ley de suelo de 1992.

En la legislación murciana, resulta de gran interés la regulación de la figura por Ley 7/2012, de 20 de julio, reguladora de la reedificación por sustitución forzosa para la urgente reconstrucción de Lorca, norma aplicable a todos los supuestos en que sea necesaria como consecuencia de siniestros sísmicos y catastróficos —D.A 1.ª —. Esta ley, que tiene como precedente el Real Decreto-ley 11/2012, considera la sustitución forzosa como herramienta de general aplicación para la reconstrucción, por ser más respetuosa con el derecho de propiedad que la expropiación y más ágil que la venta forzosa.

La figura ha sido regulada con carácter general por el artículo 249 de la Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia, señalando que en el proyecto de reparcelación que el edificador, seleccionado en pública concurrencia, deberá someter a la aprobación administrativa, podrán constituir fincas resultantes los diferentes pisos o locales que conformen el edificio que se construya conforme al proyecto de ejecución aprobado.

A tal fin, el proyecto de reparcelación edificatoria, como una operación complementaria más, declarará la obra nueva en construcción y, previa su división en el régimen de propiedad horizontal, determinará los estatutos que hayan de regir la comunidad de propietarios resultante y adjudicará las fincas constituidas de acuerdo con este régimen, haciendo constar la obligación del edificador de ejecutarlas. El proyecto realizará tales operaciones en la forma dispuesta por la normativa hipotecaria aplicable a efectos de su acceso al Registro de la Propiedad.

No obstante, no será preciso aprobar un proyecto de reparcelación edificatoria si todas las personas titulares afectadas comparecen voluntariamente al otorgamiento de escritura pública en que se materialicen todas las operaciones precisas de modo que puedan acceder al Registro de la Propiedad.

Si el proyecto de reparcelación edificatoria aprobado no la contuviere, el agente edificador estará legitimado para el otorgamiento por sí solo, en repre-

sentación de todas las personas propietarias de los inmuebles resultantes y de los terceros hipotecarios, de la escritura de división horizontal y aprobación de los estatutos que hayan de regir la comunidad de propietarios.

Por su parte, en la normativa andaluza, el apartado 5 del art. 168 RLISTA, señala que en cualquiera de las modalidades de ejecución mediante sustitución por incumplimiento del deber de edificación, rehabilitación o conservación podrá aplicarse, de forma voluntaria o forzosa, la reparcelación en régimen de propiedad horizontal entre los propietarios y el municipio o, en su caso, el adjudicatario de la ejecución.

La misma norma señala que la parte alícuota de la obra o edificación adjudicada a la parte promotora, de valor equivalente a los gastos de ejecución por ella asumidos, deberá quedar íntegramente garantizada mediante aval bancario, en beneficio de los propietarios, si bien entendemos que ello no debe excluir la aplicación de las garantías reales que puedan estipularse.

X. LA TÉCNICA DE EJECUCIÓN MEDIANTE COMPLEJO INMOBILIARIO URBANÍSTICO.

1. Antecedentes.

La figura del complejo inmobiliario es ya conocida en el ámbito registral como forma de organizar jurídicamente y de forma unitaria las relaciones entre diferentes fincas independientes pero vinculadas por compartir ciertos elementos comunes. Concretamente, fue objeto de estudio en el Congreso Registral Internacional de Roma de 1982 en un contexto de expansión de la figura por la proliferación de urbanizaciones periurbanas siguiendo el modelo anglosajón de ciudad jardín.

Asimismo, fue objeto de varios intentos de regulación (Anteproyectos de 1971, 1975, 1982, 1997), de los que los tres primeros planteaban un estudio conjunto civil-registral y urbanístico por parte de la Dirección General de Urbanismo y la DGRN[31], mientras que en el último de 1997 se optó ya, lamentablemente, por la descoordinación total entre los ámbitos civil y urbanístico. Este último proyecto no llegó a aprobarse porque su contenido estrictamente civil quedó parcialmente integrado en la Ley de Propiedad Horizontal, a través de su reforma por Ley 8/1999, de 6 de abril[32].

En todo caso, se trata de una figura que bajo la denominación de complejo inmobiliario privado puede comprender distintas modalidades de configuración jurídica que sin duda presentan evidentes connotaciones urbanísticas, como es el problema del fraccionamiento del suelo —cfr. la Resolución de 27 de enero de 2021 sobre diferencias con la propiedad horizontal—, o la conservación de las

obras de urbanización, que justifican su regulación en el artículo 26 del TRLSRU 2015.

No obstante, no debe confundirse la figura del complejo inmobiliario privado con el denominado complejo inmobiliario urbanístico incorporado a nuestro ordenamiento en la legislación estatal de suelo de 2007.

El origen de este último se remonta a una práctica extendida durante los años ochenta y noventa, basada en otorgar concesiones administrativas para la explotación privada del subsuelo bajo suelo público, que resultaba de evidente interés económico no sólo para la Administración sino también para los particulares que tenían que ceder suelo para dotaciones. El problema consistía en que tales usos no estaban contemplados en el planeamiento y, además, se plantearon reclamaciones de reversión expropiatoria.

En esta coyuntura se dicta la conocida Resolución DGRN de 5 de abril de 2002, ampliamente comentada por la doctrina. En el supuesto objeto del recurso el Pleno del Ayuntamiento de Oviedo acordó la desafectación del subsuelo de una parte del Parque de Invierno, situado bajo una zona de equipamiento. La desafectación tenía por finalidad la construcción de un aparcamiento de dos plantas, su inclusión en el Inventario Municipal como finca independiente como bien patrimonial, absolutamente diferenciado de la finca superior que le sirve de soporte y que continúa siendo bien de dominio público.

La Dirección General razona que concurre para la admisión de la figura la existencia de una causa justificativa suficiente (la explotación adecuada de los subterráneos existentes en zonas públicas) y no se distorsionan los principios registrales. Pues no se trata en el presente caso de segregar un volumen edificable en el subsuelo, desconectándolo totalmente de la superficie terrestre. Por el contrario, precisamente porque sigue existiendo vinculación con la superficie, deben quedar claramente reguladas las relaciones derivadas de la coexistencia entre un suelo y vuelo público, con un volumen edificable en el subsuelo de carácter patrimonial. En el caso, esta regulación se realiza a través de la constitución de un complejo inmobiliario, por lo que registralmente en el folio abierto al suelo público constará la configuración como bien patrimonial de parte del subsuelo, en el folio abierto a éste constará cuál es la finca matriz de procedencia y en ambos las reglas del complejo inmobiliario articulado.

Posteriormente, se dictan tres Resoluciones de 24, 26 y 27 de febrero de 2007 que, aunque se basan en la doctrina precedente introducen cierta confusión, pues parecen aceptar la posibilidad de segregar totalmente un volumen subterráneo para configurar una finca totalmente independiente del suelo-vuelo, mediante una operación de modificación hipotecaria, la segregación, previa licencia administrativa correspondiente y con especificación clara del volumen edificable subterráneo que se segrega.

La ley del suelo de 28 de mayo de 2007 reguló por primera vez la figura, si bien la redacción original del art. 17.4, mantenida en el Real Decreto Legislativo 2/2008, al referirse a "podrá constituirse complejo inmobiliario" parecía establecer su voluntariedad en línea con las resoluciones del mismo año citadas. Sin embargo, autores como Rafael Arnáiz criticaron esa interpretación, al igual que la doctrina de las resoluciones de 2007, dado que lo correcto debía ser el mantener el carácter imperativo del complejo inmobiliario, pues lo dispositivo es la ordenación de forma superpuesta de usos públicos y privados (ARNÁIZ, 2010, p.569).Esta interpretación fue confirmada por la Ley 8/2013, de 26 de junio, al introducir la expresión "se constituirá".

De esta forma, actualmente el artículo 26 del Real Decreto Legislativo 7/2015 diferencia entre el complejo inmobiliario privado y el complejo inmobiliario de carácter urbanístico, refiriéndose a este último el apartado quinto del citado artículo.

Además, para terminar de aclarar los problemas asociados al complejo, el artículo 47.3 TRLSRU/15 determina la improcedencia de la reversión cuando del suelo expropiado se segreguen su vuelo o subsuelo, siempre que se mantenga el uso dotacional público para el que fue expropiad*o,* y por su parte, en la normativa andaluza el art. 93.3 LISTA dispone que "*con objeto de garantizar la equitativa distribución de beneficios y cargas, habrá de incluirse el cálculo del aprovechamiento urbanístico del subsuelo y su distribución en la reparcelación del ámbito de actuación o de la unidad de ejecución correspondiente cuando el instrumento de ordenación urbanística establezca que la posible utilización del suelo, vuelo y subsuelo de forma diferenciada implique la asignación de aprovechamiento a este último*".

2. Requisitos.

El complejo inmobiliario urbanístico como técnica de ejecución de una actuación urbanística requiere, en primer lugar, que se encuentre previsto en planeamiento. Es decir que el instrumento de ordenación detallada contemple la coexistencia en una misma parcela de distintos usos públicos y privados ordenados de forma superpuesta.

En segundo lugar, el complejo puede contemplarse sobre una finca de dominio público lo que requerirá la previa desafectación para que puedan admitirse derechos privados. Cuando se constituyan complejos inmobiliarios urbanísticos, el acuerdo de reparcelación implicará la desafectación del vuelo o subsuelo que se configurarán como fincas especiales de atribución privativa —cfr. l art. 146.2 a) de la Ley 5/2022, de 15 de julio, de Cantabria y letra a) del apartado 4 del

artículo 8 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio—.

En tercer lugar, si la finca de origen se encuentra calificada como dotacional en el planeamiento anterior, que puede ser de propiedad privada, será preciso delimitar una actuación de dotación o de mejora urbana que deberá satisfacer las cargas y deberes legales que comporte la incorporación de los usos privativos. Lo cual se justifica por el incremento de aprovechamiento que beneficia a la parcela dotacional y que impone el deber de equidistribuir —cfr. art. 168.4 d) RLISTA—.

En cuarto lugar, los usos privados que van a coexistir con los usos públicos, además de ser compatibles funcionalmente, han de ser compatibles socialmente, debiendo los usos privados respetar el interés general que representan los usos de dominio público, para lo que será esencial definir un estatuto jurídico que establezca servidumbres y limitaciones y que las mismas sean susceptibles de ser conocidas por todos.

Por esta razón, el art. 152 RLISTA, norma importante que consideramos aplicable al proyecto de distribución de cargas, establece: "*g) En los casos en que, .., se adjudiquen fincas o parcelas cuya edificabilidad se sitúe en el subsuelo, suelo o vuelo y los adjudicatarios de cada uno de tales planos sean diferentes, el proyecto de reparcelación contendrá el régimen jurídico que regulará el ejercicio del derecho de propiedad por cada uno de los adjudicatarios, determinando el modo de redacción del proyecto de edificación, el plazo para la solicitud de la licencia de obras, el plazo en que el proyecto de edificación deberá ser ejecutado, la asignación de las cuotas destinadas a sufragar la actuación, así como las reglas para la formulación de los estatutos de la comunidad de los propietarios resultante y la cuota de participación en la misma de cada una de ellas, cuando resulte precisa su constitución*.".

En quinto lugar, el complejo puede constituirse sobre parcelas edificadas incluso en propiedad horizontal, señalando a estos efectos el art. 10 de la Ley de Propiedad Horizontal que tendrá carácter obligatorio y no requerirá de acuerdo previo de la Junta de propietarios, implique o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, la constitución de un complejo inmobiliario que resulte preceptivo a consecuencia de la inclusión del inmueble en un ámbito de actuación de rehabilitación o de regeneración y renovación urbana.

En sexto lugar, la técnica del complejo constituye una forma sustitutoria de cumplimiento del deber de ceder suelo dotacional público en el ámbito de una actuación de transformación urbanística, por ello deberá asegurase la identidad en su valoración con la entrega a la Administración de una superficie edificada equivalente dentro del complejo urbanístico ubicado en el ámbito. Esta superficie se debe contemplar en el instrumento de ordenación detallada como edifica-

bilidad no lucrativa y deberá calificarse expresamente como bien público. Los costes de urbanización correspondientes a los suelos de sistema general o local se sufragarán por los propietarios de los terrenos objeto del incremento de aprovechamiento —art. 251.1 RLISTA—.

A la construcción del equipamiento público se deberán destinar los recursos derivados del valor de la compensación económica correspondiente al suelo dotacional, el aprovechamiento público y, en su caso, el excedente que pudiera existir sobre el aprovechamiento subjetivo de la propiedad. Lógicamente, si el entero coste de construcción del equipamiento superara el importe global de los tres factores señalados, la diferencia correría por cuenta de la Administración, lo cual debe quedar reflejado en la memoria de viabilidad económica de la actuación.

3. Complejo inmobiliario y derecho real de superficie.

Una posibilidad interesante que plantea el complejo es su combinación con la propiedad superficiaria. Así lo contempla en la normativa andaluza el art. artículo 275 RLISTA, y también en Aragón, la disposición adicional decimotercera del Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio, prevé que el planeamiento podrá justificar que las cesiones para equipamientos se realicen en edificabilidad, haciendo compatible en una misma parcela el uso dotacional con otros usos, mediante la constitución de un complejo inmobiliario, correspondiendo la propiedad del suelo a la Administración, aunque permitiendo una pluralidad de usos, públicos o privados, mediante la constitución de los correspondientes derechos de superficie.

Esta figura se regula en el art. 53 TRLSRU/15 que establece que, cuando las características de la construcción o edificación lo permitan, el superficiario podrá constituir la propiedad superficiaria en régimen de propiedad horizontal con separación del terreno correspondiente al propietario, y podrá transmitir y gravar como fincas independientes las viviendas, los locales y los elementos privativos de la propiedad horizontal, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad del consentimiento del propietario del suelo.

Asimismo una posible utilidad del complejo urbanístico consiste en la posibilidad de que el suelo demanial obtenido, dotacional, y sin aprovechamiento lucrativo, pueda permitir determinados usos privados de interés social, como vivienda para colectivos vulnerables[33].

En este sentido, el artículo 15 de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, prevé que los instrumentos de ordenación puedan establecer como uso compatible de los suelos dotacionales, el destinado a la construcción

de viviendas dotacionales públicas, así como la obtención de este suelo con cargo a las actuaciones de transformación urbanística.

Las viviendas dotacionales públicas pueden 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 —vid. exposición de motivos de la ley—[34].

4. LA UTILIDAD DEL COMPLEJO EN ACTUACIONES DE DOTACIÓN: EJEMPLOS

Desde su concepción originaria como forma jurídica que posibilitaba el uso privativo y lucrativo del subsuelo bajo suelo público, actualmente la figura del complejo despierta gran interés entre los autores dadas las posibilidades que ofrece para la ejecución de la ordenación del suelo urbano consolidado, cuando la misma se plantea de forma vertical o superpuesta ante la imposibilidad de una reparcelación ordinaria.

Se trata de una figura que puede adaptarse a distintas posibilidades arquitectónicas ya conocidas en otras ciudades europeas y así facilitar el cumplimiento de los objetivos de mixtificación de usos con incremento de dotaciones públicas en el marco de una ciudad compacta de gestión más eficiente y sostenible. Esto explica que, por ejemplo, la Comunidad Valenciana haya elaborado una guía para promover el conocimiento de la figura[35].

Además, la adjudicación del complejo a un promotor-constructor permitirá reducir sustancialmente los costes públicos de expropiación y de construcción que comportaría el equipamiento previsto en la parcela dotacional.

Como ejemplo práctico concreto, citamos la reciente STSJCV de 31 de julio de 2023 relativa a una actuación de dotación tramitada por el Ayuntamiento de Calpe sobre una parcela dotacional, mediante una modificación del plan, abonando en aprovechamiento el justiprecio al propietario y constituyendo un complejo inmobiliario urbanístico que será ejecutado por la empresa promotora con cargo al excedente de aprovechamiento generado por la actuación. El TSJCA desestima el recurso afirmando que "la actuación de dotación no es un mecanismo de gestión que se pueda utilizar, como ha ocurrido en el presente caso, exclusivamente para la obtención de una dotación pública, sino que es una actuación de transformación de la ciudad preexistente y su finalidad es su reequipamiento, por ser deficitario".

Otro caso reciente es el Acuerdo de 1 de febrero de 2024 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de aprobación inicial del Plan Especial cuyo ám-

bito está formado por dos parcelas independientes con diferentes titularidades en el Distrito de Ciudad Lineal. El Plan tiene por objeto autorizar obras en edificios de uso industrial para la implantación del uso residencial en un solo edificio, con mantenimiento de la edificación principal existente, detallando y cuantificando los deberes legalmente exigibles, correspondientes al incremento de la edificabilidad. Las cesiones derivadas del exceso de edificabilidad se materializarán mediante la entrega de edificabilidad en un complejo inmobiliario que se establece a través del Plan Especial. Para ello, la propuesta plantea el acondicionamiento del edificio, reconfigurando los espacios interiores necesarios para el uso residencial de vivienda colectiva y garaje aparcamiento en planta sótano, incorporando el local de cesión para el uso dotacional público en la planta baja, mejorando para el nuevo edificio el resto de condiciones de accesibilidad, salubridad, habitabilidad, seguridad y funcionalidad, adaptadas a las demandas del uso en el barrio.

5. La descripción tridimensional de las fincas del complejo y su inscripción registral.

Dada la especial estructura de propiedad que supone el complejo inmobiliario urbanístico, caracterizada por la coexistencia en una misma parcela de suelo de fincas privativas y otras de titularidad pública, demaniales y patrimoniales, a su vez destinadas a usos diversos (residencial libre, residencial protegido, viviendas dotacionales, terciario, equipamiento educativo, espacios libres públicos y privados) se comprende la necesidad de contar con una adecuada publicidad registral que permita conocer este peculiar régimen jurídico.

Resulta imprescindible la adecuada publicidad del régimen particular de las distintas fincas, así como de la relación jurídica entre ellas: vinculaciones *ob rem*, estatutos, cuota en elementos comunes y en los gastos generales. Especialmente, es necesario poder conocer las limitaciones de uso que impone la coexistencia con usos públicos, lo que preocupa especialmente al legislador.

Además, esta estructura de propiedad superpuesta requiere de una precisa descripción de los elementos que la integran, incluso mediante linderos verticales, superior e inferior, no solo literaria, sino que debe basarse en un modelo de representación gráfica tridimensional, en la medida que el estado de la técnica lo permita.

En este sentido debe tenerse presente la disposición adicional decimoquinta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que prevé que los órganos de contratación puedan exigir el uso de herramientas electrónicas específicas, tales como herramientas de modelado digital de la información de la construcción (*Building Information Modeling* o BIM).

BIM se define como una metodología o de forma más general, como una forma de trabajo en el sector de la construcción, que se basa en la colaboración de diferentes actores (administración contratante y contratistas), en torno a modelos digitales que son representaciones 3D de las construcciones, a los que se asocian diferentes tipos de información.

En esta línea, de acuerdo con las directrices del *EUBIM Task Group*, grupo de trabajo que cuenta con el apoyo de la Comisión Europea, por Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de junio de 2023 se aprueba el Plan de Incorporación de la Metodología BIM en la contratación pública (Orden PCM/818/2023, de 18 de julio, por la que se publica). Dicho texto contempla que una vez finalice un contrato, el órgano de contratación enviará las envolventes del modelo BIM, así como las modificaciones que se hayan realizado en el territorio del perímetro de actuación, al Instituto Geográfico Nacional (IGN) para su inclusión en las Bases Digitales de Geoinformación Nacionales del Sistema Cartográfico Nacional (punto 4.8).

Por otra parte, el día 15 de marzo de 2023 la Dirección General del Catastro anunció la implantación de una nueva herramienta que permitirá la visualización tridimensional de los edificios, mediante la superposición de plantas que contienen el detalle de locales e inmuebles, aspecto que le hace ser pionero a nivel internacional. Está dirigida a todos los usuarios de información catastral, con referencia especial a los notarios y registradores de la propiedad, que podrán describir con un mayor grado de detalle los inmuebles objeto de una transacción inmobiliaria.

No debe olvidarse que la ley 14/2010, de 5 de julio, sobre las infraestructuras y los servicios de información geográfica en España, en su anexo considera dato temático fundamental: "los edificios, mediante su localización geográfica y forma geométrica".

Esta descripción gráfica tridimensional de las fincas integrantes del complejo se antoja fundamental tanto para la tutela de los usos públicos integrados en el mismo, como para el conocimiento por terceros de este peculiar régimen jurídico que debe reflejar fielmente el Registro de la Propiedad.

Desde el punto de vista de la inscripción registral del complejo, la misma se basará en la técnica del folio registral múltiple y relacionado que admitió la Resolución de 5 de abril de 2002, a la cual nos remitimos.

Debe tenerse en cuenta que la técnica de ejecución en complejo urbanístico puede resultar de un instrumento de ejecución de una actuación de transformación urbanística, como la mejora urbana o dotación, o simplemente tratarse de la ejecución de una actuación urbanística para la obtención de dotaciones públicas. En ambos casos, entendemos que la inscripción del complejo en el Registro de la Propiedad debe considerarse obligatoria conforme al art 23.6 TRLSRU.

Desde el punto de vista del título inscribible, es posible la inscripción de las fincas resultantes del complejo en virtud del proyecto de distribución de cargas o reparcelación, si procede, como instrumento de equidistribución en el ámbito de ejecución asistemática, —art. 23 de la Ley de suelo estatal y 248 RLISTA— o en escritura pública otorgada por persona legitimada, sea el representante de la Entidad Colaboradora en régimen de gestión directa —art. 242.4 RLISTA—, o el agente urbanizador o edificador en régimen de gestión indirecta, a la que se acompañe el proyecto de distribución de cargas aprobado.

A diferencia del complejo inmobiliario privado, el complejo urbanístico, en sí, no requiere de licencia urbanística en cuanto esté contemplado en un instrumento de ejecución del planeamiento, sin perjuicio de que sí la requieran las posteriores actuaciones edificatorias no contempladas en dicho instrumento.

XI. LA TÉCNICA DE EJECUCIÓN MEDIANTE TRANSFERENCIAS DE APROVECHAMIENTO.

1. La equidistribución mediante transferencia.

En España las transferencias de aprovechamiento urbanístico fueron diseñadas a finales de los años setenta como una forma de obtener suelos dotacionales en suelo urbano consolidado sin necesidad de acudir a la expropiación.

Partiendo de la delimitación por el planeamiento de un área homogénea de determinada tipología edificatoria, era posible calcular un aprovechamiento tipo o medio determinado por la realidad existente y así comparar las distintas situaciones en las que se encontraban los propietarios. De esta forma, el propietario al que le faltaba aprovechamiento para poder materializar toda la edificabilidad permitida por el plan en su parcela podía adquirirlo a aquel propietario que se encontraba en situación inversa, justificando así la cesión gratuita al Ayuntamiento de la parcela dotacional cuyo propietario era compensado por el propietario de la parcela edificable.

Esta técnica permitía la equidistribución de beneficios y cargas mediante una especie de reparcelación voluntaria, acordada por las partes, discontinua, entre diferentes parcelas aisladas, y progresiva, poco a poco, a diferencia de la ejecución sistemática en unidades de ejecución.

La legislación estatal 1990-1992 las incorporó a su regulación como una forma actuación asistemática, pero presentaba importantes restricciones dado que el área de reparto y el aprovechamiento tipo se definía por el plan *ex ante* y solo resultaba aplicable a terrenos ya edificados no incluidos en unidades de ejecución cuando se fuera a sustituir la edificación existente.

La posterior ley estatal de suelo de 1998 introdujo la distinción de categorías entre el suelo urbano consolidado y el no consolidado y posibilitó una interpretación que justificaba que el propietario de suelo urbano consolidado pudiera patrimonializar la totalidad del aprovechamiento reconocido a su parcela, limitando así, aún más, la virtualidad de la transferencia como técnica para la recuperación de viejos centros, como las definió el Tribunal Supremo.

En la actualidad, dado el nuevo estatuto del propietario de suelo urbano que hemos expuesto anteriormente esta técnica de gestión plantea posibilidades muy interesantes en la actuación aislada en el suelo urbano consolidado. Lo que nos lleva a sostener que pueda hablarse de una quinta generación de TAU, desde su creación en 1977 por el arquitecto Javier García-Bellido[36].

Por ejemplo, si partimos del supuesto de una actuación de dotación cuyo ámbito incluye una parcela dotacional y otra edificable a la que se incrementa el aprovechamiento, en los términos antes comentados, el propietario de la parcela edificable puede acordar con el de la parcela dotacional el adquirir de éste su aprovechamiento subjetivo que le corresponda para así poder solicitar la licencia de obra que permita materializar el incremento de aprovechamiento, previa cesión al Municipio de la parcela dotacional. También puede acordar con él la distribución entre ambos del aprovechamiento a materializar en la parcela edificable posibilitando una comunidad de promotores de la edificación, previa cesión de la parcela dotacional (vid. LASO, 1995, p.198).

En lo que respecta a Andalucía, las TAU son una figura ya conocida[37] que constituye una técnica complementaria de equidistribución que puede servir para la obtención de dotaciones públicas. Así, el art. 93 LISTA prevé que, si así lo previera el instrumento de ordenación aplicable, los propietarios de una parcela o solar pueden transferir el aprovechamiento subjetivo que les corresponda y no puedan materializar en las mismas a otras parcelas o solares en situación inversa, es decir, que tengan atribuido un aprovechamiento objetivo superior al que corresponda a sus propietarios.

Conforme al art. 171 RLISTA, las transferencias de aprovechamiento podrán aplicarse tanto a actuaciones asistemáticas como, de forma complementaria, a actuaciones sistemáticas y determina la justa distribución del aprovechamiento objetivo entre los propietarios intervinientes y legitima su materialización por éstos.

La transferencia requiere, en principio, la cesión gratuita al municipio, libre de cargas y en pleno dominio, de las superficies de suelo de que traiga causa el aprovechamiento subjetivo que sea objeto de transferencia y la equivalencia, en términos de valor urbanístico, entre dicho aprovechamiento subjetivo y el aprovechamiento objetivo que sea atribuido por razón de éste.

No obstante, cuando en la parcela o solar de la que trae causa la transferencia se pueda materializar parte del aprovechamiento subjetivo no será obligada la cesión gratuita al municipio de la superficie de suelo, salvo que el empleo de técnicas en régimen de propiedad horizontal o complejo inmobiliario permita conjugar la cesión con la materialización de esa parte del aprovechamiento urbanístico —art.171.2—. Es decir, mediante la entrega de superficie edificada de valor equivalente al suelo dotacional en un complejo inmobiliario constituido en la forma que hemos estudiado anteriormente.

2. Referencia a legislación comparada: TDR, TDC&D, TAU.

La transferencia de derechos de edificabilidad de unas parcelas a otras para conseguir distintos fines urbanísticos ha sido implementada en distintos países de conformidad con sus propios sistemas jurídicos civiles y urbanísticos[38].

El modelo más conocido y extendido es el norteamericano de programas *Transfer of Developments Rights* (TDR) basadas en el modelo individualista de su sistema urbanístico, por el que definidas ciertas *sending* áreas (emisoras de títulos o créditos, oferentes de derechos que no pueden realizar y que deberían ser indemnizados por estar limitados o restringidos) y otras *receiving* áreas (receptoras de los títulos de aquéllas, demandantes potenciales de derechos porque pueden sobredensificar su solar con un rascacielos más alto) se pueden transferir los títulos-derechos de edificabilidad asignados a un predio rural del campo a la ciudad o de un edificio histórico de conservación a un rascacielos en la misma zona urbana[39].

Respecto a las diferencias fundamentales entre los TDR norteamericanos y las TAU españolas, puede decirse que en las TDR las transferencias operan como compensaciones puntuales entre privados sometidas a la voluntad de las partes y para ajustarse entre ellos, localizada e individualmente, las posibilidades edificables cuando consideren que les interesa, no como derecho y deber de efectuar la equidistribución en nombre de la función pública de la ejecución del plan, al desconocer como principio informador el de reparto equitativo de cargas y beneficios de los planes.

Además, mientras que en las TDR americanas el propietario que ha vendido sus derechos permanece en todos los casos con la propiedad del suelo emisor, sin cesiones obligadas de suelo a la comunidad; en las TAU el propietario está obligado a ceder gratuitamente al dominio público el suelo que haya transferido íntegramente su aprovechamiento tipo subjetivo desde su predio a otro lugar edificable, por efecto de la reparcelación, participando allí con el valor añadido

del mismo junto con los propietarios que lo demandan (distribución entre copropietarios) o bien vendérselo a éstos (GARCÍA-BELLIDO, 1998, pp. 63 a 68).

El caso de Colombia resulta de particular interés ya que, aunque ha seguido el modelo estadounidense de los TDR, muy extendido en el continente americano, puede apreciarse la influencia española al incorporar algunos criterios y efectos jurídicos del modelo TAU, lo que plantea un contraste interesante si se relaciona con el Derecho Privado y, en particular, el Registro de la Propiedad[40].

El modelo colombiano de «transferencias de derechos de construcción y desarrollo» (*TDC&D*,) instaurado por la Ley 388/97, presenta conceptos de las TDR (son títulos derechos transables en el libre mercado) y de las TAU (la transferencia voluntaria implica cesión gratuita del suelo público desposeído de sus derechos, para equidistribuir las cargas y beneficios del plan), pudiendo beneficiarse de las ventajas de ambos modelos.

El reciente Decreto 626 de 27 de diciembre de 2023 de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C., contiene una regulación completa de la figura y regula la transferencia de derechos de construcción y desarrollo como mecanismo alternativo para la adquisición de predios, así como para financiar los procesos de restauración y la habilitación del uso público en zonas determinadas.

De acuerdo con la normativa colombiana, en el Registro Inmobiliario se inscribe la transmisión del inmueble libre de cargas para el uso público con constancia del pago mediante certificado de derechos de construcción, pero el tráfico posterior de éstos tiene lugar al margen del Registro inmobiliario, pues en este modelo, de inspiración norteamericana, se considera que no estamos propiamente ante derechos inmobiliarios, sino ante títulos valores transables en el mercado y en los que la legitimación se basa en un registro informático a cargo de una sociedad fiduciaria —cfr. art 89 Ley 388 de 1997—.

Este tratamiento como título valor es acorde con el objetivo de servir de instrumento de financiación del Municipio y como mecanismo de compensación entre privados, pero limita sus posibilidades de servir de herramienta de gestión urbanística para la intervención en la ciudad consolidada, mediante los acuerdos de distribución de aprovechamiento entre promotores que haga efectiva la equidistribución, principio que también fundamenta la normativa colombiana.

El modelo español basado naturaleza jurídico real del aprovechamiento urbanístico permite más alternativas así como formas de financiación amparadas en los efectos de la garantía real inmobiliaria.

Además, la seguridad jurídica de este tráfico de aprovechamientos es mayor en nuestro país pues se califican los posibles defectos de capacidad o poder de disposición del titular y, mediante el principio de subrogación real, se permite el mantenimiento del régimen de titularidad y cargas inscritas amparadas por los efectos jurídicos cualificados de la inscripción en el Registro de la Propiedad,

permitiendo al tercero y al concedente de la licencia urbanística confiar en la validez de esta reparcelación voluntaria que distribuye los beneficios y cargas del plan.

3. La protección registral de la transferencia en España

La concepción jurídico-económica del urbanismo instaurada con la ley de 1956, y desarrollada por las reformas de 1975 y 1990, se ha sustentado en un nuevo concepto de propiedad desmaterializada basada en el derecho de apropiación del plusvalor generado por la acción colectiva de planeamiento.

En particular, el concepto del aprovechamiento urbanístico apropiable surge de la necesidad de que el propietario a quien se le impone la carga de urbanizar cuente con un valor añadido virtual, urbanístico y expectante, pero fijo, objetivado, cierto, expresamente garantizado por la Ley del Suelo a través del plan y que al ingresar *ab initio* en el patrimonio del propietario es susceptible de tráfico e hipotecable, por lo que necesita contar con un adecuado nivel de seguridad jurídica que le permita financiar las obras de urbanización.

A principios de los años noventa, los críticos a este modelo (GARCÍA-BELLIDO, 2004) plantearon un nuevo paradigma urbanístico basado en desgajar del derecho de propiedad la facultad de urbanizar y la de edificar (propiedad desagregada), con el propósito de acabar con el monopolio de la apropiación del aprovechamiento urbanístico generado por los planes. Se trataba de una nueva desamortización, la liberalización más completa de cuantas hayan sido imaginadas: la posibilidad de urbanizar y edificar en suelo ajeno (ROCA, 2007, 166)[41].

Estas ideas fueron solo parcialmente asumidas por la Ley 8/2007 al definir el estatuto de la propiedad del suelo, definido como una combinación de facultades y deberes, entre los que ya no se cuenta el de urbanizar, pues la urbanización es un servicio público, cuya gestión puede reservarse la Administración o encomendar a privados, aunque sí la facultad de edificar, como en la inmensa mayoría de los países de nuestro entorno, así como el de participar en la actuación de iniciativa privada en un régimen de distribución equitativa de beneficios y cargas.

La ley, que según su exposición de motivos persigue el progreso pero no la ruptura, reconoce expresamente que la edificación tiene lugar sobre una finca y accede a su propiedad —de acuerdo con nuestra concepción histórica de este instituto—, por lo que puede asimismo ser considerada como una facultad del correspondiente derecho, sin perjuicio de poder sustituir forzosamente al propietario que incumple los deberes de edificación o rehabilitación.

De esta forma, sigue plenamente vigente, aunque modalizado, el principio civil de accesión que permite justificar la pertenencia al propietario del suelo

del aprovechamiento urbanístico apropiable reconocido al mismo o su derecho real sobre las edificaciones disconformes con la ordenación respecto a las que haya prescrito la acción de demolición —art. 353 del Código civil y art. 28.4 TRLSRU—.

No obstante, con el fin de impedir la especulación, en el nuevo marco normativo se desvincula la valoración del suelo de su clasificación y se establece que la previsión de edificabilidad por la ordenación, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo. La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y cargas propias del régimen que corresponda.

Esta patrimonialización del aprovechamiento urbanístico se conforma a través del correspondiente instrumento de planeamiento de desarrollo que permita llevarlo a cabo, pues únicamente procede indemnizar por el aprovechamiento ya materializado, es decir, "cuando el plan ha llegado a la fase final de su realización y se haya participado en el proceso urbanizador a través del cumplimiento de los correspondientes deberes y cargas urbanísticas..." —cfr.STS 3.ª , Sección 5.ª , de 19 de febrero de 2018—.

Por ello, en el suelo urbanizable su valoración no podrá considerar expectativas derivadas de la asignación de edificabilidades y usos por la ordenación que no hayan sido aún plenamente realizados.

Mientras que en el suelo urbanizado en el que el propietario ha cumplido todos los deberes urbanísticos que le corresponden, sí se valorará el uso y edificabilidad atribuidos a la parcela por la ordenación urbanística, así como las edificaciones legalmente realizadas. Incluso si los terrenos no tienen asignada edificabilidad o uso privado por la ordenación (suelo dotacional), se les atribuirá la edificabilidad media y el uso mayoritario en el ámbito espacial homogéneo en que la ordenación los haya incluido a los efectos de permitir la equidistribución de beneficios y cargas —cfr. art.37.1 a) TRLSRU/15—.

De igual modo, el aprovechamiento urbanístico de un ámbito que exceda de aquel al que legalmente tenga derecho el propietario corresponderá a la Administración bajo una titularidad fiduciaria —art. art. 93 LISTA y 140 RLISTA—.

Debe destacarse que la nueva legislación urbanística, como reconoce la exposición de motivos de la Ley 8/2007, también persigue garantizar la necesaria seguridad del tráfico y la integridad patrimonial de la propiedad garantizados por los artículos 9.3 y 33 CE.

Por esta razón se establecen garantías como la definición del límite máximo de participación de la comunidad en la plusvalía, en casos excepcionales hasta un 20% —cfr. art. 18.1b) TRLSRU/2015—, o del límite del deber de conservación a cargo del propietario —art.15.3—, o la necesidad de consentimiento del propie-

tario para el pago en aprovechamiento urbanístico del justiprecio expropiatorio, salvo en actuaciones en el medio urbano, o la preceptiva intervención de los titulares de cargas en el pago del justiprecio —art. 43— o la regulación del derecho a la indemnización en determinados supuestos —art.38, 39 y 48—.

Del mismo modo, en la legislación autonómica se regulan garantías similares en la ocupación directa, que en Andalucía requerirá el acuerdo con el propietario y la determinación del aprovechamiento urbanístico que le corresponda, así como de la unidad de ejecución en la que aquel deba hacerse efectivo —art. 117 LISTA—[42].

Por otra parte, además de su consideración como integrante del contenido del derecho de propiedad del suelo, el aprovechamiento urbanístico es considerado en España como objeto de derecho susceptible de transmisión y gravamen e inscribible en el Registro de la Propiedad-art. 65.1 e) TRLSRU-[43].

Desde el punto de vista del Derecho civil, quien perfila como objeto de un contrato tales derechos está introduciendo importantes elementos de incertidumbre en el contrato y una carga de riesgo con una notable indeterminación temporal, sujeta tanto a la definitiva concreción de los derechos como a la definitiva materialización de los mismos —cfr. STS de la Sala Civil de 22 de noviembre de 2022 y SAP de Zaragoza, Sección Cuarta, de 3 de febrero de 2011—.

Por esta razón no todo negocio sobre el aprovechamiento será inscribible en el Registro de la Propiedad, sino que sólo lo serán aquellos que tengan por objeto un aprovechamiento concreto, cuantificado y acreditado por la Administración y únicamente en aquellos supuestos en los que sirve como instrumento para la ejecución del planeamiento y la justa distribución de beneficios y cargas.

Es decir, la inscripción registral del aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación, que forma parte del contenido esencial de la propiedad, encuentra su justificación en un sistema jurídico que pretende garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con el suelo —art.1 TR LSRU/15 y STC 14/2007, de 18 de enero—.

En España, por tanto, el aprovechamiento urbanístico que corresponde al propietario que cumple sus deberes urbanísticos, no es un artificio matemático, una realidad virtual especulativa generada por el plan sino que tiene una esencial conexión con el suelo, que es de naturaleza jurídica y con evidente trascendencia económica[44].

Esa conexión entre el suelo y el aprovechamiento que encuentra su base en el plan y su posterior gestión debe ser articulada jurídicamente también desde el Derecho civil ya que la propia naturaleza del reparto de beneficios y cargas entre los propietarios trasciende a sus relaciones jurídico-privadas —cfr. art. 40 TRLSRU/15—.

Dado que estamos hablando de una cosa inmaterial, documentada en su caso en un certificado administrativo, que se desvincula del suelo que lo genera con vocación de materializarse en otro suelo del mismo o de distinto propietario, resulta evidente la necesidad de contar con un sistema que permita garantizar la seguridad jurídica de este tráfico de aprovechamientos que permite hacer efectiva la equidistribución[45] y sin vulnerar los derechos de terceros a que se refería el art.78.3 del RGU.

Así se comprende la importancia del Registro de la Propiedad al reflejar tabularmente ese tránsito del aprovechamiento urbanístico desde su origen en la finca del que deriva hasta su destino en otra finca o su compensación económica, garantizando que no se vulneren los derechos de los titulares inscritos —cfr. art.35.4 TRLSRU/15— y proporcionando seguridad a la actividad edificatoria, dados los efectos jurídicos de la inscripción.

Respecto a esos efectos jurídicos cualificados, el artículo 41 de la Ley de suelo de 1992 establecía una norma que consideramos aplicable hoy en su doctrina, al proteger al tercer adquirente de buena fe que adquiere una edificación materializada, amparada en licencia en inscrita en el Registro de la Propiedad, aun cuando la misma exceda del aprovechamiento subjetivo que le corresponde, siempre y cuando la misma sea conforme con la legalidad urbanística[46]. Lo que constituye una aplicación del principio de confianza legítima, trasunto del de seguridad jurídica, compatible con las normas de Derecho civil y la ordenación urbanística.

Por tanto, el régimen jurídico de las TAU en España se sustenta en principios registrales que permiten el tráfico jurídico de aprovechamientos proporcionando seguridad jurídica en el trámite de concesión de licencia, constituyendo un instrumento que facilita la ejecución del planeamiento respetando el derecho de propiedad y posibilitando alternativas de financiación para los distintos agentes intervinientes, incluida la Administración.

En esta línea se enmarca la regulación de la figura por las leyes autonómicas más recientes, que contemplan la presentación de la certificación registral de titularidad y cargas como presupuesto para la aprobación administrativa de la transferencia y su inscripción obligatoria en el Registro de la Propiedad como requisito previo para el otorgamiento de la licencia de edificación[47].

4. OTROS SUPUESTOS DE APROVECHAMIENTO COMO FINCA REGISTRAL INDEPENDIENTE.

El aprovechamiento tiene la consideración de objeto de derecho y puede tener la consideración de finca susceptible de abrir folio registral independiente en los supuestos regulados en el art. 39 del RD 1093/1997. Sin embargo, pueden darse otros supuestos análogos en los que pueda estar justificada su apertura.

En primer lugar, puede citarse la reserva de aprovechamiento que es una derivación de las TAU introducida por el art. 77 de la Ley valenciana 6/1994, aunque ya se contemplada en instrumentos de planeamiento anteriores. La RDGRN 22 de julio de 2016 admite enmarcarlas en los supuestos que permiten que el aprovechamiento se inscriba como finca especial disgregado del suelo del que procede y mediante apertura de folio independiente en el artículo 39 RD 1093/1997.

En segundo lugar, podemos citar supuestos referidos a actuaciones de transformación urbanística asistemáticas, como puede ser el aprovechamiento adjudicado en pago a la empresa urbanizadora o al agente urbanizador o edificador, conforme al art. 39.4 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Este precepto que tiene por base la legislación estatal de 1992 se refiere únicamente a la ejecución sistemática y no contempla la equidistribución en suelo urbano mediante actuación asistemática.

De igual modo debe aceptarse la posibilidad de abrir folio independiente —cfr. art. 39.1 RD 1093/1997—, aunque no tenga conexión con concreta finca de origen, al aprovechamiento que por ley corresponde a la Administración ya que puede concretarse en finca de resultado o, incluso, ser transmitido —art. 174.3 RLISTA y STS de la Sala 3.ª de 10 de noviembre de 2021—.

Lo mismo cabe decir respecto al exceso de aprovechamiento correspondiente al ámbito de actuación adjudicado con carácter fiduciario a la Administración —art. 140 RLISTA—. La posterior transmisión de esos excesos de aprovechamiento, que podrán concretarse en fincas de resultado o no —cfr. art. 173 RLISTA—, deberá ser aprobada por el municipio, e inscribirse en el registro municipal de aprovechamientos y en el Registro de la Propiedad. Igual posibilidad cabe admitir para el "aprovechamiento adicional" introducido de forma novedosa por la legislación valenciana en el art. 76.8 del Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio[48].

También procederá la apertura de folio registral a los aprovechamientos urbanísticos que puedan desafectarse de inmuebles destinados a un fin o servicio público no obtenidos por cesión gratuita e incluidos en el ámbito de actuación —cfr. art. 119 del Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto y art. 146.3 RLISTA—.

En estos supuestos el aprovechamiento tiene la consideración de finca susceptible de abrir folio registral. Pero siempre se refieren a un aprovechamiento que está destinado a materializarse en otra finca distinta de la que derivan, resultado de una actuación de transformación urbanística en la que opera la equidistribución —cfr. art. 23 TRLSRU/15—.

En todo caso, la apertura de folio registral independiente en los supuestos admitidos permite respetar el régimen de titularidad y cargas inscrito sobre la finca del que deriva el aprovechamiento y que el mismo pueda ser objeto de transmisión o gravamen[49].

Dicho folio independiente se cancelará en el momento en que tenga lugar la adjudicación a favor del titular con traslado de las cargas que procedan —art. 43 del RD 1093/1997, de 4 de julio[50], de la correspondiente finca de resultado, ya se trate de parcela de suelo o derechos sobre el vuelo, suelo o subsuelo en propiedad horizontal o complejo inmobiliario.

La eventual extinción de esos aprovechamientos o su modificación, por ejemplo, por revisión o anulación del plan, por las mismas razones de seguridad jurídica, debe hacerse constar en el Registro de la Propiedad, siempre y cuando conste la debida intervención de sus titulares que pueden tener derecho al justiprecio o una indemnización —cfr. RDGRN 11 noviembre 2002—.

Por otra parte, la experiencia práctica demuestra que la eficacia de las TAU requiere de la existencia de un mercado dinámico de aprovechamientos reconocidos basado en un equilibrio entre oferta y demanda, bajo control municipal (QUESADA, 2007, 226).

En este sentido, otra posible aportación del Registro a este mercado de cosas inmateriales, podría encontrarse en la publicidad gráfica registral de estos aprovechamientos disponibles que careciendo de base física son reconocidos por la Administración e inscritos en folio registral propio, bien por reserva, expropiación, ocupación directa y resto de supuestos en que es posible su apertura conforme al art. 39 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

Esta capa gráfica de aprovechamientos identificados por su código registral único facilitaría el conocimiento por los promotores que precisan adquirir aprovechamiento o encontrar otros promotores con aprovechamiento disponible con los que asociarse, para de esta forma poder materializar la totalidad de la edificabilidad que permita la actuación y al mismo tiempo el Ayuntamiento tendría un control más actual de la situación de ese mercado de aprovechamientos.

Evidentemente, esa representación gráfica de los aprovechamientos debería tener presente las características de éstos, en el particular de si los mismos son susceptibles de materialización en el proceso reparcelatorio de una concreta unidad de ejecución sistemática o ámbito de actuación asistemático.

XII. INSTRUMENTOS PARA LA REHABILITACIÓN, REGENERACIÓN Y RENOVACIÓN URBANA.

1. LA REHABILITACIÓN, REGENERACIÓN Y RENOVACIÓN MEDIANTE ACTUACIONES DE TRANSFORMACIÓN URBANÍSTICA.

La definición legal de actuaciones sobre el medio urbano se contiene en el art. 2 TRLSRU/15:«*las que tienen por objeto realizar obras de rehabilitación edificatoria, cuando existan situaciones de insuficiencia o degradación de los*

*requisitos básicos de funcionalidad, seguridad y habitabilidad de las edificaciones, y las de regeneración y renovación urbanas cuando afecten, tanto a edificios, como a tejidos urbanos, pudiendo llegar a incluir obras de nueva edificación en sustitución de edificios previamente demolidos».*Señalando que «*a todas ellas les será de aplicación el régimen estatutario básico de deberes y cargas que les correspondan, de conformidad con la actuación de transformación urbanística o edificatoria que comporten, a tenor de lo dispuesto en el artículo 7*».

De la anterior definición puede deducirse que no existe un régimen jurídico propio de las actuaciones sobre el medio urbano, pues las mismas se someten al régimen aplicable a las actuaciones de transformación urbanística o edificatorias recogidas en el art. 7 TRLS/15 (IGLESIAS, 2022, 185).

Esto significa que a las actuaciones de rehabilitación, regeneración o renovación puede resultar aplicable el régimen jurídico de las actuaciones de reforma o renovación de la urbanización (vid. art. 18.1 TRLSRU/15), de las actuaciones de dotación (vid. art. 18.2 TRLSRU/15) o de las actuaciones edificatorias (vid. art. 18.3 TRLSRU/15), es decir, todas las categorías jurídicas definidas en el art. 7 TRLSRU/15, salvo las actuaciones de nueva urbanización previstas para el suelo rural.

Las legislaciones autonómicas han regulado estas actuaciones sobre el medio urbano de forma no coincidente, aunque en general coinciden en cuanto a la definición de su distinto alcance —vid. art. 74 de la LOTUP valenciana y 23 de la ley balear 12/2017—. En el caso de Canarias, la Ley 4/2017, de 13 de julio, dedica un título específico a regular las actuaciones en el medio urbano, siendo el aspecto más novedoso de toda su regulación. También resulta interesante el art. 62 del Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, de Navarra, sobre la definición de las distintas actuaciones.

Respecto a las diferencias entre las actuaciones, en términos generales puede decirse que la actuación de renovación urbana habilita para la transformación completa, la reurbanización general de un ámbito de suelo urbano con demolición prácticamente total de las edificaciones preexistentes y completo rediseño y reimplantación de sus servicios urbanísticos. Su ámbito espacial es el de una unidad de actuación delimitada en el plan de ordenación detallada correspondiente (por ejemplo, el caso de la operación "Mahou-Calderón en Madrid).

Por su parte, la actuación de regeneración urbana tiene un menor alcance pues se basa en una reforma interior que habilita para la modificación, renovación y reurbanización de un ámbito concreto del suelo urbano con el objetivo de resolver la obsolescencia funcional existente o la intervención en zonas de vulnerabilidad social (por ejemplo, el caso del proyecto de renaturalización del barrio de Huelin en Málaga).

Por tanto, atendiendo a esta definición no parece posible que la regeneración ni la renovación urbana puedan articularse a través de una actuación de dotación puesto que ésta tiene como límite el no poder ejecutar obras de reforma o renovación de la urbanización (art. 7 TRLS/15).

Precisamente, uno de los problemas que ha señalado la doctrina respecto a la ejecución de actuaciones de regeneración o de renovación urbana mediante la reforma o renovación de la urbanización es que los deberes legales asociados son los mismos que se prevén para las actuaciones de nueva urbanización. Por esta razón se ha planteado la necesidad de regular una nueva modalidad de actuación de transformación urbanística para las actuaciones de regeneración urbana (IGLESIAS, 2022, p.194)[51]. Así lo ha hecho, por ejemplo, el art. 38.2 c) de la Ley 5/2022, de 15 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Cantabria.

Teniendo presente esta cuestión, la nueva legislación andaluza ha optado por aplicar a la regeneración urbana el régimen de las actuaciones de reforma interior pero con gran flexibilidad, definiéndolas como aquéllas que en suelo urbano tienen por objeto una nueva ordenación urbanística detallada en un ámbito por causa de la obsolescencia de los servicios, la degradación del entorno, la necesidad de modificar los usos existentes o cualquier otra circunstancia análoga que haga necesaria la reforma o renovación de la urbanización del ámbito —art. 29 LISTA y 48 RLISTA—. Estas actuaciones se desarrollarán mediante ejecución sistemática cuando sea factible la delimitación de unidades de ejecución y, en caso contrario, mediante ejecución asistemática —art. 124.1 RLISTA—.Paralelamente, y de forma similar a las actuaciones de mejora urbana, los deberes vinculados a las actuaciones de reforma interior se determinan únicamente con relación al incremento del aprovechamiento urbanístico, tal y como reclamaba la doctrina.

En síntesis, las actuaciones sobre el medio urbano consistentes en la regeneración o la renovación urbana requieren de una intervención de mayor entidad y se someten a actuaciones de reforma interior en la que es posible reformar o renovar la urbanización, que será completa en caso de renovación, o parcial en caso de la regeneración.

Por el contrario, el objetivo de la rehabilitación puede estar presente en todas las actuaciones comentadas incluidas las de dotación. Por tanto, cuando la Administración delimite actuaciones para el fomento de la rehabilitación, las mismas podrán articularse a través de simples actuaciones edificatorias financiadas parcialmente con ayudas públicas, o bien, a través de actuaciones de transformación urbanística de reforma interior o de dotación que pueden financiarse no solo con fondos públicos, sino también mediante incrementos de aprovechamiento urbanístico mediante una modificación de planeamiento.

2. La actuación de dotación para rehabilitación

Dentro de las medidas específicas para la mejora de la financiación aplicable a las actuaciones de rehabilitación, el Plan estatal de rehabilitación y regeneración urbana (septiembre 2023) trata de estimular la aplicación de fórmulas de colaboración público-privada que sirvan para facilitar la financiación de las inversiones, incorporando, en su caso, incrementos de aprovechamiento urbanístico[52].

Esta última previsión contiene una referencia implícita a actuaciones de transformación urbanística como las de dotación que pueden resultar muy interesantes para el fomento de la rehabilitación de edificios.

En particular, la delimitación de una actuación de dotación con el objetivo de fomento de la rehabilitación de edificios puede resultar útil si para su consecución, y sin perjuicio de las ayudas públicas que puedan aportarse, el planeamiento contempla para este ámbito una plusvalía debida a un incremento de aprovechamiento urbanístico, mediante incremento de edificabilidad, densidad o cambio de uso que, cumpliendo con los requisitos oportunos, permita financiar parcialmente la actuación de rehabilitar un edificio, mejorar su accesibilidad y eficiencia energética[53].

Otra previsión importante que fomenta las actuaciones de dotación para rehabilitación es que en los supuestos en que es posible sustituir el deber urbanístico de cesión por compensación dineraria, ésta deba integrarse en el patrimonio público de suelo con destino preferente a actuaciones de rehabilitación o de regeneración y renovación urbanas —cfr. art. 18.2 a) TRLSRU 2015[54]—.

Asimismo, destaca la posibilidad de que el planeamiento urbanístico, para facilitar la viabilidad económica de la actuación, pueda reducir el porcentaje de cesión cuando sean actuaciones de transformación urbanística vinculadas a determinadas actuaciones de rehabilitación o de renovación urbana —art. 29.3 d) Ley 12/2017 de Baleares y en Andalucía art. 49.4 y 5 RLISTA—.En este sentido, el art. 49.4 de la Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda del País Vasco, establece que si la intervención de rehabilitación produjera un aumento de la densidad o edificabilidad, este no comporta nuevos deberes de entrega de suelo destinado a dotaciones ni rescate de plusvalías urbanísticas.

Ciertamente, cuando lo que se pretende no es rehacer o renovar la ciudad sino simplemente mejorar la ciudad mediante intervenciones precisas y puntuales, el régimen jurídico más adecuado es el de las actuaciones de mejora urbana o dotación que además pueden ayudar a financiar la rehabilitación.

3. El "libro del edificio existente" y su publicidad registral

En nuestro país cerca del 50% de los edificios de uso residencial es anterior a 1980 y más del 81% de los edificios existentes se sitúan en las letras E, F o G,

en términos de emisiones, aumentando dicho porcentaje hasta el 84, 5% de los edificios en el caso del consumo energético[55].

Cuando un propietario incumple sus deberes de edificar, conservar o rehabilitar se prevé un procedimiento administrativo en el que se solicita certificación registral de dominio y cargas, con constancia de nota marginal para permitir la audiencia al titular registral y advertir a terceros, pudiendo desembocar en la situación de ejecución por sustitución —art. 49 y 50 TRLSRU/15—.

No obstante, antes de someter al propietario incumplidor a este régimen imperativo parece razonable articular una coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Registro administrativo de Inspección Técnica de Construcciones —cfr. art. 32 RLISTA—, por el que éste comunique telemáticamente a aquél, respecto a edificios concretos, los informes técnicos de los que resulten detectadas deficiencias y, en su caso, la subsanación de éstas.

Se trata de una información relativa al inmueble que no sólo tiene evidente connotación económica para el tercero, por las eventuales derramas que podría asumir o la estimación más precisa de su valor, si no que presenta un indudable alcance jurídico, pues la transmisión de la finca no modifica la situación del propietario respecto de los deberes de conservación y rehabilitación —cfr. art.27.1 TRLSRU/15—.

Es decir, parece aconsejable una actuación proactiva, temprana y preventiva respecto al cumplimiento de estos deberes del propietario que incida en un estadio anterior a la declaración formal de incumplimiento y sus consecuencias, mediante la coordinación con el Registro de la Propiedad.

En esta línea, pero con un alcance más amplio, el Plan estatal de rehabilitación y regeneración urbana[56] trata de impulsar el denominado "Libro del edificio existente" y su digitalización[57]. Con el mismo se pretende desarrollar el concepto de "pasaporte de renovación de edificios" (contemplado en la Directiva (UE) 2018/844 del Parlamento europeo y del Consejo) dentro de una estrategia integrada que incluya no solo la eficiencia energética, sino también otras prestaciones como la seguridad de uso y accesibilidad, la salubridad o el confort acústico. En el libro del edificio se desarrollará un análisis técnico particularizado de su situación en relación con los diferentes requisitos básicos contemplados en la Ley de Ordenación de la Edificación y el potencial de mejora para cada uno de ellos, así como de otras prestaciones relacionadas con la sostenibilidad, planteando una estrategia de rehabilitación por fases que permita orientar a los propietarios y servir de soporte a la política de ayudas a la rehabilitación que se desarrolle desde los poderes públicos.

El modelo impulsado por la Directiva europea se apoya en la teoría de la simetría informativa de Akerlof: si se informa sobre los beneficios a los usuarios

futuros de edificios, entonces estos tienden a tomar decisiones que priman a los más eficientes.

Sin embargo, la evidencia generalizada indica que la falta de inversión en eficiencia energética se debe a la asimetría informativa que padece el mercado de la edificación sostenible. Por ello, al margen de incentivos fiscales, los *stakeholders* precisan de un mayor nivel de certeza en cuanto a la evaluación del riesgo de inversión en activos energéticamente eficientes, condición que los actuales instrumentos distan de ofrecer (ESPINOZA-ZAMBRANO, 2022, p.2 y 3).

En esta línea, la reciente Directiva (UE) 2024/1275 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de abril de 2024 relativa a la eficiencia energética de los edificios, introduce el concepto de «registro digital del edificio», como un repositorio común de todos los datos pertinentes del edificio, como los certificados de eficiencia energética o los pasaportes de renovación, que facilita la toma de decisiones informadas y el intercambio de información dentro del sector de la construcción, y entre los propietarios y los ocupantes de los edificios, las instituciones financieras y los organismos públicos —art. 2, punto 41 y art. 12.8 y 16—. La norma responde a la necesidad de adoptar un modelo común a nivel europeo en la definición de las herramientas de gestión de la información de los edificios con el objetivo de reducir la asimetría informativa, la falta de transparencia y el riesgo de decisiones y de inversión.

La publicidad registral del libro edificio, actualmente solo prevista como obligatoria para obras de nueva construcción ya sometidas a una estricta normativa técnica —cfr. art. 202 LH—, resulta aún más relevante para los edificios existentes, con el objeto de posibilitar el conocimiento por terceros del cumplimiento de los deberes legales relativos al edificio y el fomento de la rehabilitación.

Para ello podría utilizarse un modelo ya conocido y con eficacia demostrada como es el del depósito en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de las sociedades, impulsado por la reciente Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, que tiene como objetivo mejorar el marco de presentación y verificación de la información sobre sostenibilidad por las empresas, permitiendo al público acceder a datos fiables y comparables.

En el modelo que proponemos para el "Libro del edificio existente" sería el Administrador de la Comunidad de Propietarios quien tendría cumplir con una obligación periódica de depósito en el Registro de la Propiedad, permitiendo su consulta, tratamiento, archivo, publicidad registral y su puesta a disposición del Catastro por medios electrónicos, teniendo en cuenta las competencias autonómicas[58].

El Registro de la Propiedad constituye el órgano más adecuado al poder verificar la legitimación de los órganos comunitarios mediante los libros de actas di-

ligenciados —art. 415 del Reglamento Hipotecario— y ser el garante del estatuto jurídico de la comunidad —art.5 LPH—, permitiendo centralizar la información relativa al edificio de interés para el tercero, cuyo interés legítimo conforme a la normativa de protección de datos debe ser verificado por el registrador.

Este modelo de publicidad registral electrónica del "Libro del edificio existente" puede ser compatible, a su vez, con la metodología BIM (*Building Information Modeling)*, facilitando el conocimiento y la precisión de la información para los distintos agentes y la Administración, e incluso puede evolucionar para integrar en el futuro más datos como el ahorro de agua o la gestión de residuos, entre otros, constituyendo un instrumento con muchas posibilidades para favorecer el crecimiento sostenible de la ciudad.

XIII. CONCLUSIONES.

I. Frente a la legislación precedente, en el nuevo marco diseñado por el legislador estatal y autonómico, la equidistribución de beneficios y cargas en el suelo urbano consolidado implica que el propietario tenga que asumir deberes urbanísticos de cesión.

II. La técnica tradicional de la reparcelación, basada en el reparto de edificabilidad, no resulta apropiada para el suelo urbano consolidado en el que se mantiene todo o parte de la edificación existente.

III. En las actuaciones en el medio urbano el concepto de beneficio urbanístico ha de ser más amplio, comprendiendo no solo la edificabilidad, sino todo ingreso, ayuda, subvención o plusvalía que pueda derivarse de la actuación.

IV. Bajo este planteamiento se justifica la regulación de nuevos instrumentos de equidistribución como el proyecto de distribución de cargas y técnicas de ejecución como la división horizontal o el complejo inmobiliario urbanístico, donde el elemento esencial para el reparto no es ya el aprovechamiento sino el valor urbanístico, posibilitando formas sustitutorias del deber de cesión a favor de la Administración mediante la entrega de superficie edificada de valor equivalente.

V. La figura del complejo inmobiliario urbanístico en ejecución de una actuación de dotación ofrece alternativas interesantes para la rehabilitación de edificios y para financiar la construcción de nuevos equipamientos públicos, permitiendo la mixtificación de usos que demanda el modelo de ciudad compacta y sostenible.

VI. La técnica del complejo requiere la perfecta determinación de sus elementos y su régimen jurídico, siendo la técnica del folio registral

múltiple y relacionado el único medio que garantiza tal finalidad. No obstante, dicha técnica ha de ser complementada con la tecnología que permite la descripción gráfica tridimensional de las fincas superpuestas en el suelo, vuelo y subsuelo.

VII. El Registro de la Propiedad, órgano estatal pero adaptado a las legislaciones autonómicas, constituye el soporte para la efectividad de las actuaciones encaminadas a mejorar la ciudad facilitando así la implantación de las innovaciones procedentes del urbanismo y de la arquitectura, siendo fiel, al mismo tiempo, a su función clásica de garantía del derecho inscrito y del crédito territorial.

XIV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC 164/2001, de 11 de julio.
- STC 94/2014, de 12 de junio.
- STC 143/2017, de 14 de diciembre.
- STS de 31 de enero de 2001
- STS Sala 3.ª de 20 de julio de 2017.
- STS Sala 3.ª 3 de octubre de 2017.
- STS Sala 3.ª de 30 de octubre de 2018.
- STS Sala 3.ª de 21 de julio de 2020.
- STSJ CV de 1 de septiembre de 2022.
- STSJCV de 31 de julio de 2023.
- RDGRN 11 noviembre 2002.
- RDGRN 1 de agosto de 2014.
- RDGRN de 5 de abril de 2002.
- RDGRN de 17 de marzo de 2017.
- RDGSJFP 11 de marzo de 2021
- RDGSJFP 10 de julio de 2023
- RDSJFP 4 de octubre de 2023.

XV. BIBLIOGRAFÍA.

ACEDO-RICO HENNING, F. (2024).Iniciativa pública un modelo de gestión urbanística a seguir. Revista de urbanismo núm. 125. LEFEBVRE.

ARNAÍZ EGUREN, R (1994). El aprovechamiento urbanístico. La inscripción en el Registro de la Propiedad de su adquisición y de su transferencia. (Puntualización necesaria a un trabajo de Francisco Núñez Lagos). En revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Año LXX; número 621; pp. 605 a 644.

ARNÁIZ EGUREN, R. (2010).Terreno y edificación, propiedad horizontal, y prehorizontalidad. Civitas.

ARNÁIZ EGUREN, R. (2014). El hecho urbanístico y su tratamiento en el derecho positivo. Civitas.

BASSOLS COMA, M. (1996). El derecho urbanístico de la Restauración a la II República (1876–1936): crisis de los Ensanches y las dificultades para alumbrar un nuevo modelo jurídico-urbanístico. Ciudad y Territorio.Estudios Territoriales, XXVIII (107. 108), pág. 60.

CEREZO IBARRONDO, A. y TEJERINA GONZÁLEZ, J.I.(2018).La equidistribución en suelo urbanizado y las actuaciones sobre el medio urbano de regeneración y renovación integradas en el País Vasco. Práctica Urbanística n.º 152, Editorial Wolters Kluwer..

CEREZO IBARRONDO, A. (2020). La actuación sobre el medio urbano de regeneración y renovación integrada. El nuevo paradigma de la gestión urbanística en suelo urbanizado". Cuaderno de Investigación Urbanística n.º 130-mayo/junio 2020.

CHINCHILLA PEINADO, J.A.(2022).La regulación de la intervención sobre la ciudad existente en el Derecho Urbanístico Español. Su incidencia sobre el Derecho de Propiedad. Revista Derecho & Sociedad, N° 59, pp.1-34.

DIEGO AGUADO, J.A. (2018). Los complejos inmobiliarios. RDU.

ESPINOZA-ZAMBRANO, P. y MARMOLEJO-DUARTE, C.(2022).Hacia un Pasaporte de Renovación de Edificios en España: necesidades y oportunidades a la luz de experiencias europeas. Informes de la Construcción, 74(565).

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, G. R. (2019).Modelos de gestión en suelo urbano innovaciones instrumentales de intervención en la ciudad consolidada. El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, G.R.(2021).Constitución de complejos inmobiliarios en régimen de actuaciones de dotación innovación instrumental de relevante trascendencia urbanística. Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, 344, pp. 49 a 85.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, G.R (2023).El aprovechamiento adicional. Virtudes y utilidades de una innovadora disposición de gestión urbanística. Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, núm. 361, Madrid, abril-mayo, pp. 33-63.

GARCÍA-BELLIDO Y GARCÍA DE DIEGO, Javier; ENRÍQUEZ DE SALAMANCA NAVARRO, Luis M.(1979): "Transferencia del aprovechamiento urbanístico: fundamentación jurídica de una nueva técnica de gestión", Revista de Derecho Urbanístico n.º 65, págs. 39 a 87.

GARCÍA-BELLIDO GARCÍA DE DIEGO, J. (1998). La excepcional estructura del urbanismo español en el contexto europeo.Documentación Administrativa, n. 252-253, pp.11-83.

GARCÍA-BELLIDO GARCÍA DE DIEGO, J.(2004).«Por una liberalización del paradigma urbanístico español».Ciudad y Territorio Estudios Territoriales, XXXVI (140) 289-296.

GARCÍA-BELLIDO GARCÍA DE DIEGO, J. y MANGIAGALLI, S(2008).Pascual Madoz y el derribo de las murallas en el albor del Ensanche de Barcelona.Barcelona:-quaderns d'història, N.º 14, págs. 165-205.

GARCÍA GARCÍA, J. M. (2016).La finca registral y el Catastro, Civitas, Cizur Menor.

GUTIERREZ COLOMINA, V. y CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA, A. (DIR.) (2024). Comentarios a la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de Impulso para la Sostenibilidad del Territorio de Andalucía. Aranzadi.

IGLESIAS GONZÁLEZ, F. (2022).Cambios necesarios para la viabilidad de las actuaciones urbanísticas de regeneración urbana. Anuario de Derecho Municipal 2021. Marcial Pons, Madrid, pp. 183 a 208.

LANZAS MARTÍN, E.P.(2015).Requisitos para la inscripción en el Registro de la Propiedad de los aprovechamientos generados por bienes demaniales, RCDI núm. 749, 1681 a 1693.

LANZAS MARTÍN, E.P.(2017).La extensión de las prohibiciones de disponer sobre nuevos contenidos urbanísticos del derecho de propiedad, RCDI núm. 764, 3345 a 3354.

LANZAS MARTÍN, E.P.(2019).Fincas parcialmente incluidas en un ámbito reparcelatorio: su fraccionamiento y la enajenación de aprovechamientos o cuotas indivisas, RCDI núm. 776, pp.3171-3185.

LASO BAEZA, V.(2012) La inscripción del aprovechamiento urbanístico y sus alternativas a la vista de la Resolución de 14 de junio de 2011, RCDI núm. 733, 3027 a 3035.

LASO BAEZA, V.(2016) La transmisión de aprovechamiento urbanístico en las actuaciones sistemáticas, RCDI núm. 757, 2997 a 3004.

LASO BAEZA, V.(2017) Las reservas del aprovechamiento y su inscripción en el Registro de la Propiedad, RCDI núm. 761, 1604 a 1615.

LASO MARTÍNEZ, J.L. y LASO BAEZA, V. (1995) El aprovechamiento urbanístico. Marcial Pons.

LÓPEZ FERNÁNDEZ, L.M.(2007).El contrato y el aprovechamiento urbanístico. ADC, tomo LX, III.

LORA-TAMAYO VALLVÉ, M. (2013).Urbanismo y derecho de propiedad en Estados Unidos. Fundación Alfonso Martín Escudero : Iustel pp. 138 a 151.

QUESADA POLO, J.(2007).“El aprovechamiento tipo y la evolución de las transferencias de aprovechamiento urbanístico”.Universidad de Alicante (http://hdl.handle.net/10045/11063).

RAMÍREZ SÁNCHEZ, J.M (2022).Y seguimos a vueltas con las actuaciones urbanísticas de dotación.Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 58, pp. 154-200.

ROCA CLADERA, J.(2007).”García-Bellido y la renovación del paradigma urbano: post-escriptum a la Propiedad Desagregada”. ACE: Arquitectura, Ciudad y Entorno, Any II núm. 3.

SORIA MARTÍNEZ, G.(2022).La patrimonialización del aprovechamiento y las facultades urbanísticas. Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente n. 354, pp.19 a 45.

SORIA MARTÍNEZ, G.(2023).La ciudad sostenible: crítica al oximorón «decrecimiento-sostenibilidad». Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente n. 364, pp.21 a 36.

The James A. Coon Local Government Technical Series.Division of the New York Department of State (2023). Transfer of Development Rights. (https://dos.ny.gov/).

V.V.A.A.(2021).Tratado de Derecho inmobiliario registral. Tirant lo Blanch.

V.V.A.A (2023). Comentarios a la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de Impulso para la Sostenibilidad del Territorio de Andalucía y a su desarrollo reglamentario.Ed. Colex.

NOTAS

[1] El Proyecto de Ley de 1861 (Ministro Posada Herrera), trató de aportar una solución, pero fracasó por considerarse inconstitucional al atacar a la propiedad privada, pero será un importante precedente de las leyes urbanísticas posteriores (BASSOLS, 1996, 20).

[2] El empréstito se garantizaba con la "hipoteca especial de toda la porción de terreno resultante del derribo de las murallas, fosos y glacis que sea necesaria para asegurar el reintegro del capital y premio y en todo caso con los fondos del Estado" (Diario de Barcelona, 1854, núm. 291, pág. 7.298).El inversor adquiría a cambio cédulas al portador canjeables en todo momento como metálico en mercados secundarios y en el momento de la futura subasta de solares resultantes quienes tuviesen la posesión de esas cédulas podían adquirirlos entregando la cédula.Sin embargo, a diferencia de la reciente desamortización de Mendizábal, aquí la garantía consistía en un capital potencial expectante e incierto: no se había aprobado el plan de urbanización (que elaborará Cerdá), desafectados los terrenos y se remitía a la incierta edificabilidad que fijase la ordenanza municipal en su momento. Además, existía incertidumbre sobre la propiedad de los terrenos.

[3] «*En el necesario supuesto proclama de que los beneficios del ensanche no deben repartirse entre los propietarios por el mero capricho del acaso o de la suerte, como los premios de la lotería, se hace preciso que los propietarios mismos se apresuren, cada uno por su parte, a hacer que esta distribución sea igual, y equitativa (...)*».

[4] Alemania lo haría mediante la "Ley Adickes" de 1893, en honor a su promotor, el Alcalde de Frankfurt (BASSOLS 1996, p.41).

[5] La Reforma Interior de Granada (1890-1925) constituye un ejemplo paradigmático (BASSOLS, 1996, 60).

[6] Por lo que respecta a Madrid, en 1901 se aprobó el Proyecto de la Gran Vía en su primer tramo que requirió una expropiación de 315 casas y 43 solares.

[7] Cfr. el artículo 83 Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril.

[8] Posteriormente, la STS de 21 de febrero de 1994, es particularmente ilustrativa sobre la figura de las transferencias de aprovechamiento urbanístico como técnica alternativa a la expropiación para recuperar los viejos centros y cómo fueron introduciéndose en las distintas normas de ordenación municipal.

[9] En concreto, la STS de 22 de junio de 1981 sobre las normas Subsidiarias y Complementarias de Planeamiento Urbanístico de 30 de septiembre de 1977 de Ibi (Alicante), seguidas por la STS de 4 de mayo de 1982 relativa a las Normas Subsidiarias de Petrer.

[10] Sobre las diferentes modalidades vid.LASO MARTÍNEZ, J.L. y LASO BAEZA, V., 1995, pp.196 a 199.

[11] El aprovechamiento tipo de la ley estatal no es equiparable al "aprovechamiento ex post" de los planes de Elda, Petrer, Ibi, luego perfeccionado en los de Getafe (1982) o Jerez (1983), pues en estos se partía de la realidad urbana, de las tipologías y edificaciones existentes, para luego introducir la corrección de valor del suelo.

[12] Por ejemplo, el programa de Bolsas de Deterioro Urbano establecido por el Plan General de 1985 para rehabilitar, regenerar y renovar la ciudad de Madrid. Era un modelo de gestión basado en la iniciativa pública y la expropiación (vid. ACEDO, 2024).

[13] No así en algunas como la aragonesa, aunque la figura aún pudiera estar presente al menos conceptualmente en otras técnicas como la ocupación directa o expropiación, que ha sido una técnica frecuentemente utilizada en el desarrollo del ámbito periurbano zaragozano, como es el caso de la Avenida de Cataluña.

[14] El Tribunal Constitucional en la STC 94/2014, de 12 de junio efectuó un importante giro en esta cuestión.

[15] Por ello, cfr. los art. 13.4, 18.2 de la LISTA y art. 14.1.c), en relación al art. 17.2 del TRLSRU 2015-

[16] Esta previsión es acorde con la nueva tipología de instrumentos de planeamiento que introduce la LISTA que busca introducir una mayor flexibilidad y funcionalidad en este ámbito, frente a la rigidez del sistema anterior que tan nefastas consecuencias ha provocado.

[17] Este último requisito requiere que no altere la configuración de los viales ni de las redes básicas de servicios urbanos existentes, sin perjuicio de que, como resultado de la ordenación, se precise realizar obras de urbanización en las dotaciones públicas, ajustes puntuales en la red viaria o completar la urbanización existente.También se pueden realizar, conforme al artículo 47 y 188 RLISTA, obras para mejorar o completar la urbanización o actuaciones para recuperar la condición de solar por inadecuación sobrevenida de su urbanización.

[18] En igual sentido, artículo 36.7 del Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio, de la Comunidad Valenciana, cuyo anexo XIII se refiere a los requisitos aplicables a los complejos inmobiliarios y el artículo 193 de la Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia.

[19] La norma andaluza concreta, no obstante, los supuestos en que no será necesaria la reparcelación —art. 144 del RLISTA—.

[20] Cfr. art. 168 del Decreto 305/2006, de 18 de julio.

[21] Cfr. RDGRN 1 de agosto de 2014. Esta posibilidad debe buscarse en el propio origen del plazo de siete años regulado en los artículos 19 y 20 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, basado, a su vez, en el plazo de cinco años, a contar desde la aprobación del proyecto de reparcelación, en el que la Administración debía aprobar la liquidación definitiva, una vez concluida la urbanización —art. 128 del Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978—. No obstante, el Proyecto de Ley por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana plantea la adición de un nuevo apartado 6 al artículo 68 que prevé que el plazo de siete años podrá ser prorrogado por períodos anuales hasta un máximo de cinco, a instancia de la Administración actuante, o de la Entidad Urbanística colaboradora, mediante certificación de la que resulte que no ha sido finalizada la obra de urbanización (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 5 de abril de 2024, núm. 19-1, pág.13).

[22] Cfr. art. 26 LISTA sobre el concepto de área de reparto en la ejecución sistemática.

[23] Sobre esta cuestión resulta de gran interés el estudio del Dr. arquitecto Álvaro Cerezo (CEREZO, 2020), ver también el art. 82.3 LOTUP en C. Valenciana.

[24] La Resolución de 10 de octubre de 2022 incluso admite la adjudicación de la finca al agente urbanizador en calidad de acreedor de la deuda que había dado lugar al apremio (gastos derivados de proceso de urbanización), una vez quedó desierta la subasta inicial.

[25] En Navarra, el art. 102 del Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, define el aprovechamiento de proyecto de edificación residencial diferenciado del urbanístico.

[26] La norma andaluza, en línea con otras legislaciones prevé la posibilidad de utilizar coeficientes de ponderación actualizados al momento del inicio de la reparcelación —cfr. art. 145.1 c) RLISTA—.

[27] Téngase en cuenta que la jurisprudencia ha sostenido que la protección del tercero del art. 34 de la Ley Hipotecaria, como expresión del principio constitucional de seguridad jurídica, puede construir causa de improcedencia de la reversión de fincas de resultado, cuando la misma es tramitada por el Ayuntamiento en los supuestos regulados —cfr. STSJ CV 4417/2022, de 1 de septiembre—.

[28] Un ejemplo práctico de cálculo puede verse en CEREZO (2018).

[29] Particularmente ilustrativa sobre las relaciones entre la figura del promotor, el comprador del piso en construcción y el constructor es la SAP de la Coruña 2798/2001 de 14 de noviembre.

[30] Un ejemplo es el Programa de Actuación Aislada en régimen de edificación forzosa consecuencia del incumplimiento del deber de rehabilitar tramitado por el Ayuntamiento de Valencia en la Plaza Doctor Collado del Barrio del Mercado.

[31] Siendo miembros de la comisión los registradores José Luis Laso Martínez y Rafael Arnáiz Eguren.

[32] (ARNÁIZ, 2010, p.540).

[33] La DGRN ha afirmado que «son viables e inscribibles en el Registro de la Propiedad los derechos de superficie sobre parcelas dotacionales integrantes en el Patrimonio Municipal del Suelo» (Res. de 29 de mayo de 2013 a consulta del Ayuntamiento de Madrid). Aunque la jurisprudencia ha venido considerando que el derecho de superficie no es viable en suelos demaniales, únicamente sujetos a concesión administrativa —STSJ de Andalucía de 2 de junio de 2016 y C.Valenciana de 4 de octubre de 2013—.

[34] Es el caso, por ejemplo, de los alojamientos dotacionales destinados a alquiler temporal y rotatorio, del barrio de Amezola en Bilbao promovidas por el Gobierno vasco en suelo cedido por el Ayuntamiento.

[35] Vid. la Guía para los Programas de actuación asilada (2023) cit. supra.

[36] La primera generación de T.A.U. abarca el periodo 1977-1984, la segunda, perfeccionadas por la introducción del factor de corrección de valor, el periodo 1985-1990, la tercera, periodo 1990-1994, comienza con su regulación por la legislación estatal por la Ley 8/1990 y finaliza con la primera ley autonómica que las regula, en concreto la Ley valenciana 6/1994; a partir de ese momento se puede hablar de la cuarta generación de T.A.U. por la diversa regulación autonómica, aunque algunas comunidades como Aragón no las contemplen.

[37] Se introducen en 1980 en el PERI del casco antiguo de Jerez de la Frontera, siendo Javier García-Bellido director del equipo asesor del Ayuntamiento.

[38] Se trata de una figura que despierta enorme interés, a la par que críticas, véase, por ejemplo, el artículo "*Budget-strapped cities are creating financing-out of thin air*" publicado en blogs.worlbank.org. por TRIVENO, L. y SMOLKA, M., publicado el 18 de septiembre de 2017.

[39] Los programas TDR tienen su origen en Nueva York en la primera Ordenanza de zonificación de 1916 —vid. (LORA-TAMAYO, 2013, 138 a 151) y el reciente informe del Estado de Nueva York."*Transfer of Development Rights"* (The James A. Coon Local Government Technical Series.Division of the New York Department of State, 2023).

[40] Regulado en Colombia por la Ley 1579 de 2012.

[41] Este planteamiento, ciertamente rupturista con nuestra tradición, se inspiraba en la británica *The Town and Country Planning Act* de 1947 (*planning permission*) y en la Ley italiana 10/77 *(concesione edilicia)*. En Italia actualmente dicha ley se considera derogada con fundamento en la doctrina jurisprudencial y se regula el *trasferimento dei diritti edificatori* que debe constar en escritura inscrita en el Registro inmobiliario de acuerdo al artículo 2643.2) bis del *Codice Civile* y se anotará en el *Registro dei dritti edificatori.*La norma del *Codice Civile* se introdujo por art. 5 del Decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, para la tipificación de un nuevo esquema contractual muy extendido en la práctica y para garantizar la seguridad jurídica en la circulación de los derechos de desarrollo.

[42] El diferente tratamiento de la ocupación directa y la expropiación, en particular, en cuanto a la necesidad de consentimiento del propietario en la legislación urbanística andaluza es analizada por la Resolución de 10 de junio de 2020 (BOE 31-7).

[43] Se encuentra regulado en sus aspectos registrales en los artículos 33 a 44 RD 1093/1997, de 4 de julio, (vid. ARNÁIZ, 2014, pp. 497 a 578).

[44] En este sentido, la STS de 10 de noviembre de 2021 considera que la transmisión de derechos de aprovechamiento implica la transmisión del poder de disposición sobre determinados bienes inmuebles por lo que nos hallamos ante una entrega de bienes que constituye el hecho imponible del IVA.

[45] Incluso el caso de adquisición de aprovechamiento subjetivo por compensación económica sustitutiva encuentra su justificación legal en la eventual inoperancia de las TAU y que el dinero obtenido se destine para la adquisición de dotaciones, permitiendo también de esta forma la equidistribución. Por ello, el art. 174.4 RLISTA prevé que las compensaciones monetarias sustitutivas deberán ser aprobadas por la Administración actuante y se inscribirán en el registro municipal de aprovechamientos y se hará constar en el Registro de la Propiedad.

[46] No debe confundirse con la problemática de las demoliciones de edificaciones amparadas en licencia anulada y su interpretación por la jurisprudencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, aunque también se atienda a la condición de buena fe del tercero —cfr. art.108.3 Ley 29/1998, de 13 de julio—.

[47] Cfr. el art. 85 bis de la Ley de suelo de Madrid, introducido por ley 11/2022 y art. 172 RLISTA de Andalucía.

[48] En todo caso, este aprovechamiento adicional le corresponde a la administración con carácter fiduciario para satisfacer las finalidades señaladas, pues del mismo no se beneficia el propietario. Se trata, como apunta Gerardo Roger Fernández, de una herramienta útil para la obtención de parcelas dotacionales preexistentes en el planeamiento anterior (FERNÁNDEZ, 2023, pp. 33-63).

[49] Debe diferenciarse la transferencia como técnica de gestión urbanística que permite distribuir aprovechamientos subjetivos entre distintas parcelas edificables, de la mera transmisión civil por parte de un propietario a un tercero de parte del aprovechamiento que puede materializar en su parcela. Así lo afirma la interesante RDGRN de 17 de marzo de 2017 que analiza un caso de opción de compra de aprovechamiento impedido por una prohibición de disponer testamentaria, planteando la cuestión de si la prohibición no solo afecta a la edificación existente con anterioridad, sino también a la mayor edificabilidad resultante de un Plan General aprobado con posterioridad. Esta resolución es analizada por LANZAS (R.C.D.I. núm. 764, 3345 a 3354).

[50] Respecto a las técnicas de expropiación y la ocupación directa, se encuentran reguladas expresamente en ellos artículos 39, 42 y 44 del Real Decreto 1093/1997, que permiten la apertura de folio registral al aprovechamiento que se atribuya al propietario o a los titulares de cargas inscritas en compensación a su derecho.

[51] En esta línea se enmarcan las enmiendas planteadas en la tramitación del Proyecto de Ley de medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria, concretamente, la enmienda núm. 27 del Grupo Parlamentario Plural y la enmienda núm. 45 presentada por el Grupo Parlamentario Popular, en las que se propone la modificación del art. 7.1 TRLS/15.

[52] (https://planderecuperacion.gob.es/, septiembre de 2023, pág. 40).

[53] Para una explicación didáctica del supuesto, con ejemplos concretos, resulta interesante la Guía para los Programas de Actuación Aislada, las Actuaciones de Dotación y los

Complejos Inmobiliarios de Carácter Urbanístico publicada en junio de 2023 por la Generalitat Valenciana.

[54] Una norma importante para las actuaciones en el medio urbano es la dispuesta en el art. 123 LISTA para el pago del justiprecio expropiatorio en especie sin el consentimiento de la persona expropiada —cfr. art. 43.2 TRLSRU—.

[55] (https://planderecuperacion.gob.es/, septiembre de 2023, pág. 6).

[56] (https://planderecuperacion.gob.es/, septiembre de 2023, pág. 38).

[57] Vid. la Guía para la elaboración del Libro del Edificio Existente (LEEx) para la rehabilitación. Instrucciones, recomendaciones, consejos y ejemplos para la justificación del anexo I del Real Decreto 853/2021 (noviembre2021), documento impulsado desde la Secretaría General de Agenda Urbana y Vivienda del MITMA.

[58] Cfr. la disposición adicional segunda de la Resolución de 29 de octubre de 2015, 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 y la RDGRN 17 de enero de 2017.

Trabajo recibido el 1 de abril de 2024 y aceptado para su publicación el 20 de mayo de 2024

ESTUDIO LEGISLATIVO

Conversión del tipo de interés variable en un tipo fijo en los préstamos hipotecarios como remedio ante la subida de los tipos de interés tras el RD-Ley 19/2022

Conversion of the variable interest rate to a fixed rate in mortgage loans as a remedy to rising interest rates after RD-Ley 19/2022

por
ESTHER HERNÁNDEZ SAINZ
Profesora Titular de Derecho mercantil
Departamento de Derecho de la Empresa, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza

RESUMEN: La crisis económica desencadenada tras la pandemia y la Guerra de Ucrania, unida al alza continuada de la inflación, provocó una rápida subida de los tipos de interés y, en consecuencia, de las cuotas de los préstamos hipotecarios. El legislador, a través del Real Decreto-ley 19/2022, de 22 de noviembre, por el que se establece un Código de Buenas Prácticas para aliviar la subida de los tipos de interés en préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual, ha pretendido introducir mecanismos que alivien la carga que suponen estas subidas para las familias y las PYMEs. Para ello se han introducido numerosas reformas en el régimen de la novación y la subrogación como mecanismos que permiten la sustitución de un tipo de interés variable por un tipo fijo, al tiempo que se intentan reducir sus costes mediante límites a las comisiones, impuestos y honorarios

que gravan estas operaciones. Este artículo analiza el nuevo régimen legal de las novaciones y subrogaciones que implican un cambio de tipo variable a fijo, dado que tras la reforma el panorama normativo que regula estas instituciones resulta especialmente complejo, al estar compuesto por un conjunto de normas con ámbitos de aplicación que interseccionan parcialmente entre sí.

ABSTRACT: The economic crisis triggered by the pandemic and the war in Ukraine, together with the continued rise in inflation, led to a rapid increase in interest rates and, consequently, in mortgage loan repayments. The legislator, through Royal Decree-Law 19/2022 of 22 November, which establishes a Code of Good Practice to alleviate the rise in interest rates on mortgage loans on primary residences, has sought to introduce mechanisms to alleviate the burden of these rises for families and SMEs. To this end, some reforms have been introduced in the regime of novation and subrogation as mechanisms that allow the substitution of a variable interest rate for a fixed rate, while at the same time attempting to reduce their costs by means of limits on the commissions, taxes and fees that burden these operations. This article analyses the new legal regime for novations and subrogations involving a change from a variable to a fixed rate, given that after the reform the regulatory landscape governing these institutions is particularly complex, as it is made up of a set of rules with partially intersecting areas of application.

PALABRAS CLAVE: Préstamo, préstamo hipotecario, tipos de interés, novación, subrogación.

KEY WORDS: Loan, mortgage loan, interest rates, novation, subrogation.

SUMARIO: I. EL IMPACTO DE LA SUBIDA DE LOS TIPOS DE INTERÉS EN LA CARGA FINANCIERA DE LAS FAMILIAS Y LAS PYMEs CON CONTRATOS DE PRÉSTAMO O CRÉDITO HIPOTECARIO A INTERÉS VARIABLE Y LOS POSIBLES REMEDIOS LEGALES PARA SU ALIVIO.—II. LA DIFÍCIL DETERMINACIÓN DEL MARCO NORMATIVO APLICABLE A LA CONVERSIÓN DEL TIPO DE INTERÉS VARIABLE EN FIJO EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.—III. NOVACIÓN CONTRACTUAL MODIFICATIVA CON CAMBIO DEL TIPO DE INTERÉS VARIABLE EN FIJO SIN SUBROGACIÓN. 1. La inexistencia de un derecho legal a la modificación de la modalidad de tipo de interés y la necesidad de pacto entre las partes. 2. Procedimiento y requisitos para proceder a la novación del préstamo. 2*.A. Procedimiento general para la novación de préstamos hipotecarios a los que resulta de aplicación la LCCI. 2.B. La simplificación de la fase precontractual en las novaciones no sometidas a la LCCI o formalizadas al amparo del Código de Buenas Prácticas de 2022.* 3. Consecuencias de la novación consistente en la

SUSTITUCIÓN DE UN TIPO VARIABLE POR UN TIPO FIJO.—IV. SUBROGACIÓN FORZOSA DEL ACREEDOR CON CAMBIO EN EL TIPO DE INTERÉS. 1. DELIMITACIÓN DEL SUPUESTO Y DE LA REGULACIÓN APLICABLE. 2. REQUISITOS ESENCIALES DE LA SUBROGACIÓN CON CAMBIO EN LA MODALIDAD DE TIPO DE INTERÉS. 3. PROCEDIMIENTO DE SUBROGACIÓN. *3.A. Inicio del proceso de subrogación: oferta vinculante e información precontractual obligatoria. 3.B. Aceptación de la oferta por el deudor y notificación a la entidad acreedora acompañada de una solicitud de certificado de deuda. 3.C. Opciones de la entidad subrogada tras serle notificado el acuerdo de subrogación.* a) Primera opción: entrega del certificado y enervación de la subrogación. b) Segunda opción: entrega del certificado solicitado sin enervación. c) Tercera opción: la entidad a la que se pretende subrogar, permanece pasiva y no entrega el certificado solicitado. *3.D. Elevación a escritura pública y constancia registral de la subrogación.* 4. EFECTOS DE LA SUBROGACIÓN CON NOVACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS. *4.A. Subrogación del nuevo acreedor en el préstamo con subsistencia de las garantías preexistentes. 4.B. Aplicación íntegra de la LCCI en caso de subrogación en contratos dentro de su ámbito de aplicación objetivo y subjetivo, pero celebrados originariamente antes de su entrada en vigor. 4.C. Mantenimiento del rango de la hipoteca. 4.D. Reintegro a la entidad subrogada de la parte proporcional de los gastos que satisfizo. 4.E. Conservación y facilitación de la documentación precontractual previa a la subrogación.*—V. REDUCCIÓN DE LOS COSTES DE LA NOVACIÓN O LA SUBROGACIÓN POR EL RD-LEY 19/2022. 1. LA REDUCCIÓN DE COSTES COMO ESTÍMULO AL CAMBIO EN LA MODALIDAD DE TIPO DE INTERÉS. 2. LÍMITES A LAS POSIBLES COMISIONES. *2.A. Límites a la comisión por reembolso en supuestos de subrogación. 2.B. Límites a posibles comisiones por novación. 2.C. La prohibición temporal de cobro de cualesquiera comisiones en supuestos de conversión de préstamos de tipo variable a fijo o a tipo mixto con un periodo fijo de, al menos, tres años.* 3. EXENCIÓN DEL PAGO DEL IMPUESTO DE ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS. 4. REDUCCIÓN DE LOS HONORARIOS NOTARIALES Y REGISTRALES.—VI. CONCLUSIONES. UNA REFORMA QUE LLEGA TARDE Y UN MARCO NORMATIVO DE DIFÍCIL APLICACIÓN. —VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA

I. EL IMPACTO DE LA SUBIDA DE LOS TIPOS DE INTERÉS EN LA CARGA FINANCIERA DE LAS FAMILIAS Y LAS PYMES CON CONTRATOS DE PRÉSTAMO O CRÉDITO HIPOTECARIO A INTERÉS VARIABLE Y LOS POSIBLES REMEDIOS LEGALES PARA SU ALIVIO

Los contratos de crédito o préstamo concertados a tipo de interés variable, especialmente los acompañados de garantía hipotecaria, suelen ser contratos de

larga duración que se ven afectados por los cambios en la coyuntura económica. La crisis económica post COVID, la guerra de Ucrania y la subsiguiente crisis energética desencadenaron un proceso de alza generalizada de los precios[1], que ha sido combatido por los Bancos centrales de las principales economías mediante un endurecimiento de su política monetaria. El Banco Central Europeo, con el fin de atajar el proceso inflacionista, inició en julio de 2022 un ciclo de subidas de sus tipos de interés de referencia que, en muy poco tiempo, se ha trasladado a los mercados monetarios y de deuda. El Euribor a un año que había permanecido en cifras negativas hasta marzo de 2022 (-0, 237) llegó a alcanzar el 4, 178% en octubre de 2023[2], lo que supuso una subida de más de cuatrocientos puntos básicos en poco más de un año.

El alza del Euribor, índice al que están referenciados la mayoría de los préstamos hipotecarios a interés variable en España, se ha traducido en una relevante subida de los tipos medios de interés de las hipotecas, que se han situado en diciembre en torno al 4, 28 % y, en consecuencia, de las cuotas mensuales que deben satisfacer los titulares de préstamos a interés variable[3]. La subida del Euríbor y de otros tipos de referencia para intereses variables, unida al alza continuada del coste de los alimentos y la energía (gas, electricidad y combustibles), está teniendo un impacto muy significativo en la situación financiera de las familias, incrementándose de forma relevante la fragilidad financiera de los hogares, especialmente para los de rentas más bajas[4]. También las PYMEs se ven afectadas por la subida de los tipos de referencia, pues muchas de ellas tienen contratados créditos o préstamos hipotecarios a interés variable.

Ante esta situación una posible solución es la modificación del contenido del contrato de préstamo hipotecario mediante el cambio de la modalidad de tipo de interés de variable a fijo, de forma que las posteriores subidas de tipo ya no afecten a la cuota a satisfacer. Ciertamente, en los últimos tres años, la mayoría de los contratos de préstamo hipotecario que se han celebrado se han concertado a tipo fijo, aprovechando la coyuntura de bajos tipos de interés, pero siguen existiendo muchos préstamos a tipo de interés variable. Como puede verse en la siguiente gráfica, obtenida con los datos disponibles en el INE, la tradicional tendencia a la contratación de préstamos hipotecarios a tipo variable se quiebra a mediados de 2015. A partir de 2020 y por vez primera en décadas, el porcentaje de hipotecas contratadas a tipo fijo supera al de hipotecas a tipo variable tendencia que continua hasta mediados de 2022. Esta preferencia de los consumidores por los tipos fijos a partir de 2015 se explica, principalmente, por la fuerte bajada de los tipos nominales de los principales índices de referenciación hipotecaria, en especial el EURIBOR, que hacía presagiar a los consumidores futuras subidas en caso de un cambio en la coyuntura económica, como así ha sucedido. A ello ha de sumarse la elevada litigiosidad que se ha generado en los últimos años en

torno a los préstamos a interés variable, en relación con las cláusulas suelo, las cláusulas de gastos o la aplicación del índice IRPH; litigiosidad que ha motivado que muchas entidades de crédito prefieran también conceder préstamos a tipo fijo que generan menos incertidumbre y resultan menos conflictivos[5].

Fuente: INE, Estadística sobre Hipotecas.

= Contratos de préstamo hipotecario concertados a interés variable

= Contratos de préstamo hipotecario concertados a interés fijo

No obstante, sigue habiendo muchos prestatarios que están vinculados por un contrato a tipo variable que podrían beneficiarse de su sustitución por un tipo fijo. Desde la perspectiva jurídica, las opciones para modificar la modalidad de tipo de interés son la novación o la subrogación acompañada de un cambio en la modalidad del tipo de interés pactado. En las últimas dos décadas, en la práctica, han sido mucho más frecuentes las novaciones que las subrogaciones[6], si bien en 2021 y debido a que los tipos de interés alcanzaron valores mínimos, se constata un alza muy relevante en el número de subrogaciones. En todo caso, tanto las cifras de novación como de subrogación son bajas en comparación con las de otros países[7].

La posibilidad de conversión del tipo es un instrumento muy beneficioso para los prestatarios. En periodos de subidas bruscas de los tipos de interés de mercado como los que estamos viviendo, el paso de un tipo variable a fijo permite al prestatario detener la escalada en el alza de las cuotas que debe satisfacer. Esta medida también es útil en los periodos de bajada de los tipos, pues el paso de un tipo fijo a uno variable permitirá beneficiarse de tales bajadas. En definitiva, un escenario legal que facilita el cambio en la modalidad de tipo de interés permite a los deudores protegerse frente a escenarios alcistas de los tipos de interés y beneficiarse de mejores condiciones de mercado en periodos de bajadas de los tipos.

Dado que, en muchas ocasiones, la modificación de la modalidad de tipo de interés se lleva a cabo por la vía de la subrogación *ex parte debitoris* también se incentiva la competencia. El deudor acudirá al mercado buscando la entidad que pueda ofrecerle los tipos más competitivos, por lo que los financiadores se esforzarán en ofrecer mejores condiciones financieras para atraer nueva clientela. En todo caso, para que ese efecto procompetitivo se produzca es necesario que la operación de novación o subrogación no tengan costes elevados[8], elemento este que puede ser controlado mediante una adecuada regulación. Pero, como advierten algunos autores, estas medidas no están exentas de posibles efectos adversos en el mercado de crédito, debido a la anticipación de la posibilidad de subrogación por los operadores del mercado. Los financiadores pueden optar por elevar *ex ante* el tipo de interés al que ofrecen inicialmente la financiación con el fin de anticipar el menor ingreso que podría resultar de la competencia en precios durante toda la vida del préstamo[9].

El objetivo de este trabajo es analizar la regulación aplicable a la conversión de tipos variables en fijos en préstamos hipotecarios concedidos a consumidores o PYMEs para valorar si el marco normativo vigente resulta efectivo en la práctica para combatir la subida de los tipos de interés.

II. LA DIFÍCIL DETERMINACIÓN DEL MARCO NORMATIVO APLICABLE A LA CONVERSIÓN DEL TIPO DE INTERÉS VARIABLE EN FIJO EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

El cambio mediante pacto entre las partes en las condiciones inicialmente convenidas en un préstamo siempre ha sido posible al amparo del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC). La conversión del tipo de interés de variable a fijo sin cambio de acreedor es una simple modificación de parte del contenido del contrato, mediante la novación modificativa de una de sus obligaciones en lo relativo a la forma de determinación de los intereses a satisfacer. Lo mismo sucede con la subrogación forzosa del acreedor, acompañada del cambio de tipo de interés, que ya era posible al amparo del art. 1211 CC, si bien como destaca nuestra mejor doctrina, en la práctica siempre fue una norma de difícil aplicación[10], pues la subrogación del acreedor por aplicación de este precepto solo es posible si la deuda está vencida, el plazo de pago se ha establecido en favor del deudor y existe un pacto entre el acreedor original y el deudor que permita el reembolso anticipado. Además, siempre se ha considerado que se trata de una norma excepcional que debe interpretarse de forma restrictiva[11]. De ahí que, desde la década de los noventa, se hayan promulgado numerosas normas dirigidas a facilitar la novación y la subrogación forzosa en los préstamos hipotecarios.

La sucesión de normas y reformas ha dado lugar hoy a un marco normativo regulador de la novación y la subrogación, complejo y disperso, que está compuesto esencialmente por: la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (en adelante citada Ley 2/1994), la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria (en adelante citada Ley 41/2007) y la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante citada LCCI). La aplicación de estas normas se ve notablemente dificultada por tener ámbitos de aplicación objetivos y subjetivos, en partes diversos y en parte coincidentes, y por las sucesivas reformas legales que han venido sufriendo lo que dificulta determinar la norma aplicable a cada supuesto de novación o subrogación en atención al momento en que se celebró el contrato de préstamo.

Además, la Ley 2/1994 y la LCCI fueron modificadas por el Real Decreto-ley 19/2022, de 22 de noviembre, por el que se establece un Código de Buenas Prácticas para aliviar la subida de los tipos de interés en préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual, se modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y se adoptan otras medidas estructurales para la mejora del mercado de préstamos hipotecarios (en adelante, citado RD-Ley 19/2022). Entre otras finalidades, este RD-Ley 19/2022 tiene como objetivo facilitar que los prestatarios, especialmente si tienen la condición de consumidores, puedan modificar el tipo de interés variable inicialmente contratado para sus préstamos, para convertirlo en un tipo fijo. Para ello, la norma articula medidas dirigidas a facilitar y simplificar los procesos de novación y subrogación, al tiempo que se reducen los costes inherentes a estas operaciones como son las comisiones que cobran los prestamistas, los gastos notariales y registrales derivados de la formalización de la novación o la subrogación y los impuestos que las gravan. Estas reformas introducidas por el RD-ley 19/2022, atienden solo a la coyuntura actual de subida de los tipos de interés, escenario en el que resultan preferibles los tipos fijos. Por eso, solo se incluyen incentivos para favorecer la conversión de créditos a tipo variable en créditos a tipo fijo mediante la supresión o reducción de las comisiones a satisfacer y mediante una revisión en profundidad del procedimiento de subrogación regulado en la Ley 2/1994[12], curiosamente para volver a un texto muy similar al previsto en la redacción original de la norma. Finalmente, el RD-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo,

así como para paliar los efectos de la sequía introdujo unos mínimos ajustes en el RD-Ley 19/2022 y en la LCCI en materia de novación.

En el marco de lo previsto en el RD-Ley 19/2022 también se ha aprobado un Código de Buenas Prácticas de medidas urgentes para deudores hipotecarios en riesgo de vulnerabilidad[13] —en adelante citado CBP 2022— que facilita, a los deudores hipotecarios a los que resulta de aplicación, novar su préstamo mediante la conversión de la fórmula de cálculo de interés del préstamo inicial, pasando de una fórmula sujeta a tipo variable revisable periódicamente a otra de tipo fijo (artículo Tercero, letra b). Al igual que su antecesor, el Código de buenas prácticas de reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual constituye un instrumento de Derecho opcional que ofrece una regulación alternativa a la general y que resulta de aplicación solo cuando ambas partes, voluntariamente, han aceptado su aplicación; la entidad de crédito mediante su adhesión al Código y el deudor, mediante su solicitud de aplicación[14]. El contenido de este Código fue modificado por acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de diciembre de 2023[15].

El problema que surge es que cada una de estas normas tiene un ámbito de aplicación subjetivo, objetivo y temporal propio, por lo que conviene antes de continuar, resaltar las diferencias entre el ámbito de aplicación de la Ley 2/1994 y el de la LCCI, las dos principales normas que afectan a la materia que aquí nos ocupa.

Así, en lo que respecta al ámbito subjetivo, la LCCI se aplica siempre que el concedente del préstamo sea una persona física o jurídica que interviene en el mercado de servicios financieros con carácter empresarial o profesional o, aun de forma ocasional, con una finalidad puramente inversora, concediendo préstamos comprendidos en el ámbito de aplicación de la LCCI (art. 4.2 y art. 2.1 LCCI)[16]. La Ley 2/1994 remite en su art. 1.1 a la LCCI y, por tanto, también se aplica a cualesquiera contratos de préstamo hipotecario concedidos por prestamistas inmobiliarios profesionales, tal y como son definidos por el art. 4.2 de la LCCI. Matizar que la remisión del art. 1.1 de la Ley 2/1994 al art. 4.2 LCCI no supone que la Ley 2/1994 solo deba aplicarse a los préstamos a los que resulta de aplicación la LCCI, sino que es requisito imprescindible que el prestamista subrogado y el subrogante ofrezcan este tipo de préstamos de manera profesional.

La Ley 2/1994 se aplica con independencia de quién sea la contraparte del prestamista que puede ser cualquier sujeto, persona física o jurídica, consumidor o no[17], español o extranjero. Esto es, cuando un prestamista inmobiliario profesional haya concedido un préstamo hipotecario a un empresario resultará de aplicación a una posible subrogación la Ley 2/1994, aun cuando dicho préstamo no quede sometido a la LCCI. Es evidente que, en tal caso, las previsiones más favorables de la LCCI sobre subrogación no se aplicarán. Y es que la LCCI exige que el prestatario, el fiador o el garante sean necesariamente una persona física.

Cuando se trate de los préstamos contemplados en el art. 2 b LCCI, el prestatario, el fiador o el garante, además de ser una persona física, deberá gozar de la condición de consumidor[18]. Se hace evidente que el ámbito de aplicación de las disposiciones sobre novación o subrogación de la LCCI es más restringido que el previsto en la Ley 2/1994 que puede aplicarse, sin lugar a dudas, a préstamos concedidos a empresarios personas físicas o jurídicas.

Por lo que respecta al ámbito objetivo, la Ley 2/1994 se aplica a cualesquiera préstamos hipotecarios y también a otros créditos con garantía hipotecaria que resulten equivalentes[19], con independencia de la fecha de su formalización y aun cuando no conste en los mismos la posibilidad de amortización anticipada (art. 1.2 Ley 2/1994). Es irrelevante el tipo de préstamo o crédito (a tipo fijo o variable) y su finalidad (de consumo u otra)[20]; aunque, como veremos, algunas normas solo se aplican a los préstamos a tipo variable. No hay ninguna limitación por razón de su objeto o finalidad, esto es, se aplica más allá de los préstamos con garantía hipotecaria que recaiga sobre una vivienda o de los préstamos inmobiliarios que delimitan el ámbito de aplicación de la LCCI. La única exigencia es que el préstamo o crédito goce de garantía hipotecaria, cualquiera que sea el tipo de hipoteca constituida y el inmueble sobre el que se haya constituido. En consecuencia, la Ley 2/1994 no es de aplicación a los créditos inmobiliarios que caen dentro del ámbito de aplicación de la LCCI si no están garantizados con hipoteca.

En cambio, la LCCI, conforme a su art. 2, solo se aplica a los contratos de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía que recaiga sobre un inmueble de uso residencial y a los contratos de préstamo cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, en este último caso, solo cuando el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor.

Finalmente, en lo relativo al ámbito temporal, la aplicación de la Ley 2/1994 no plantea ningún problema, pues se aplica con independencia de la fecha de formalización inicial del préstamo tal y como establece su art. 1.2. En cambio, como regla general, la LCCI no se aplica a los contratos de préstamo suscritos con anterioridad a su entrada en vigor (Disp. Transitoria primera apartado 1 LCCI). No obstante, si un contrato de préstamo comprendido en el ámbito de aplicación objetivo y subjetivo de la LCCI es novado o es objeto de subrogación, quedará sometido a la LCCI (Disp. transitoria primera, apartado 2, LCCI) por lo que es evidente que dicha norma será de aplicación a posteriores novaciones o subrogaciones de préstamos que inicialmente no estaban comprendidos en su ámbito de aplicación por haberse celebrado antes de su entrada en vigor, pero que pasaron a estarlo tras una primera novación o subrogación una vez en vigor la LCCI. Además, conforme a la Disposición adicional sexta de la LCCI, las normas de la LCCI sobre novación se aplican a supuestos de novación modificativa de contratos de préstamo. Aunque no

se indica expresamente debe entenderse que ha de tratarse de préstamos que reúnan los elementos objetivos y subjetivos que determinan la aplicación de la LCCI con carácter general. Algunos autores consideran que las reglas sobre novación de la LCCI podrán aplicarse incluso a préstamos o créditos no incluidos en el ámbito de aplicación de la LCCI, por haberse celebrado antes de su entrada en vigor, pero que pasarán a estarlo tras la novación[21]. En cambio, las normas aplicables a la subrogación que contiene la LCCI no son aplicables a las subrogaciones forzosas del acreedor que afecten a contratos de préstamo concertados antes de la entrada en vigor de la LCCI, pues no se contempla tal aplicación en la Disposición adicional sexta LCCI. Como excepción se aplicarán las reglas del art. 23.6 LCCI y las normas sobre información del art. 14 en relación con los contenidos del contrato que hayan sido objeto de modificación respecto de lo contratado inicialmente (Disp. transitoria primera, apartados 2 y 3 LCCI).

Puesto que el objeto de este trabajo es analizar el régimen jurídico aplicable a la conversión de tipos variables en fijos en préstamos hipotecarios concedidos a consumidores o PYMEs, podemos concluir que la Ley 2/1994 se aplicará en todo caso a las operaciones de novación o subrogación de préstamos hipotecarios que tengan este resultado. Cuando el préstamo hipotecario quede comprendido en el ámbito de aplicación de la LCCI, también se aplicarán las disposiciones de esta norma en materia de novación o subrogación, prevaleciendo en caso de discrepancia lo dispuesto en la LCCI por ser norma de carácter especial y posterior. Además, si pretende novarse la modalidad del tipo de interés de un préstamo o crédito constituido antes del 31 de diciembre de 2022 y garantizado con hipoteca inmobiliaria sobre la vivienda habitual del deudor o del hipotecante no deudor, cuyo precio de adquisición no exceda de 300.000 euros se aplicarán con carácter preferente las disposiciones del RD-Ley 19/2022 y del CBP 2022, siempre que el crédito haya sido concedido por una entidad adherida al Código y el deudor reúna las condiciones exigidas por el artículo primero del CBP para ser considerado en situación de vulnerabilidad.

En consecuencia, explicaremos conjuntamente el régimen común aplicable a la novación y la subrogación de cualquier préstamo hipotecario con mención de las especialidades cuando proceda.

III. NOVACIÓN CONTRACTUAL MODIFICATIVA CON CAMBIO DEL TIPO DE INTERÉS VARIABLE EN FIJO SIN SUBROGACIÓN

1. La inexistencia de un derecho legal a la modificación de la modalidad de tipo de interés y la necesidad de pacto entre las partes

La cláusula contractual en la que se determina la modalidad de tipo de interés (fijo o variable) y las condiciones para la determinación de la concreta cantidad

que en concepto de intereses debe satisfacer el prestatario, constituye un contenido esencial del contrato de préstamo hipotecario, pues sirve para determinar el precio. En consecuencia y como regla general, solo es posible la conversión de un préstamo a tipo variable en un préstamo a tipo fijo mediante un pacto expreso entre deudor y acreedor, ya que tal modificación supone una novación objetiva del contrato. Se trata de una novación modificativa del contrato (art. 1203.1.º CC), salvo que las partes pacten expresamente su carácter extintivo (art. 1204 CC)[22]. Ese pacto puede ser el resultado de una propuesta proveniente de cualquiera de las partes.

También es posible que en el contrato original se haya previsto que el prestatario pueda pasar de un tipo variable a un tipo fijo cuando concurran determinadas circunstancias. En tal caso, se trataría de una facultad de modificación unilateral de origen contractual, por lo que, en última instancia, estaríamos ante una modificación que nace también del pacto entre las partes, en este caso, del pacto original que atribuye al prestatario la facultad de cambiar la modalidad del tipo de interés durante la vida del contrato.

Finalmente, la novación puede venir inducida por un intento de subrogación forzosa del acreedor por parte del prestatario. El art. 2 de la Ley 2/1994 permite a cualquier prestatario con un préstamo hipotecario subrogar a otra entidad en la posición de su prestamista sin el consentimiento de su actual acreedor, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero de la segunda entidad en escritura pública, haciendo constar su propósito en ella. No obstante, el procedimiento de subrogación previsto en el art. 2 de la Ley 2/1994 puede ser paralizado por el acreedor primitivo mediante la enervación de la subrogación si formaliza una novación modificativa del préstamo hipotecario (art. 2, párr. 4.ª Ley 271994). En este caso, la novación puede ser consensuada, si el deudor acepta la propuesta del acreedor, o impuesta por este, pues goza del derecho a enervar. En este último caso, debe interpretarse que la novación forzosa solo será posible si las condiciones que impone el acreedor inicial son iguales o mejores que las propuestas por el acreedor que pretendió subrogarse.

Ni siquiera al amparo de lo dispuesto en el artículo tercero, letra b, del CBP 2022 es posible una modificación unilateral del contenido del contrato de préstamo para transformar el tipo variable inicialmente pactado en un tipo fijo, pese a que ambas partes hayan aceptado la aplicación del CBP 2022 como Derecho opcional. Para adverar la validez de esta afirmación debemos partir del art. 5.4.a del RD-Ley 19/2022 en el que se establece que las operaciones de novación amparadas por el CBP 2022 no podrán suponer una modificación del tipo de interés pactado, salvo que esta se corresponda con alguna de las medidas incluidas en el propio código. Ciertamente, el CBP de 2022 considera el cambio en la modalidad de tipo de interés como una posible solución a las dificultades para la devolución

del préstamo fruto de la subida de los tipos de interés y así, en su artículo tercero, prevé que el prestatario pueda optar entre tres posibles modificaciones del contrato: una ampliación del plazo, una reducción temporal de la cuota mediante el establecimiento de un periodo de carencia de principal parcial o total o la conversión de la fórmula de cálculo de interés del préstamo inicial, pasando de una fórmula sujeta a tipo variable revisable periódicamente a una de tipo fijo. Sin embargo, mientras las dos primeras medidas pueden ser impuestas unilateralmente por el prestatario al prestamista, pues su contenido está legalmente acotado, la tercera requiere, en última instancia, de una voluntad favorable del prestamista. Así se desprende de una lectura atenta del contenido completo de la letra b del artículo tercero en la que se indica lo siguiente:

"Los deudores hipotecarios que resulten elegibles al amparo del presente acuerdo y de las disposiciones del Real Decreto-ley 19/2022, de 22 de noviembre, podrán optar sobre novar su préstamo hipotecario en alguna de las siguientes formas:

(…)

b) Conversión de la fórmula de cálculo de interés del préstamo inicial, pasando de una fórmula sujeta a tipo variable revisable periódicamente a una de tipo fijo. La oferta realizada por la entidad en este caso podrá tener el tipo fijo que oferte libremente la entidad.

La oferta que realice la entidad en el caso de que el deudor hipotecario así lo solicite para valorar acogerse a esta opción, deberá ser clara, transparente y comparable, pudiendo permitir al deudor conocer las consecuencias y el alcance de la novación que se le ofrece al amparo de la misma".

Conforme a lo dispuesto en el artículo 6.5 del Real Decreto-ley 19/2022, de 22 de noviembre, la Comisión de Seguimiento podrá requerir a las entidades información individualizada sobre las ofertas presentadas el marco de este apartado."

Aunque en apariencia, basta con que el prestatario hipotecado opte por la novación, es la entidad la que va a ofrecer el tipo fijo que estime oportuno, luego puede evitar la novación ofreciendo un tipo fijo elevado que no interese al prestatario por resultarle más gravoso que el tipo variable al que está pagando su préstamo, abocándole entonces al alargamiento del plazo como una única solución real para abaratar las cuotas de su préstamo. Por lo tanto, el Código lo único que ofrece al deudor es el derecho a obtener una oferta para la novación de su préstamo a tipo fijo para poder optar entre tal oferta y el alargamiento del plazo. La entidad prestamista puede realizar cualquier oferta sin límite alguno, aunque el ofrecimiento de un tipo fijo anormalmente elevado podría llegar a considerarse un fraude de ley. Si el legislador pretendía garantizar al deudor la posibilidad de conversión de su tipo variable en un tipo fijo, debería haber previsto que la entidad no pudiera realizar ofertas por importe superior al tipo fijo medio al que está

ofreciendo sus préstamos hipotecarios para nuevos clientes. Sin embargo, tal y como está redactado el precepto, la norma constituye un brindis al sol que nada aporta a los deudores hipotecarios en riesgo de vulnerabilidad. Cualquier deudor hipotecario puede solicitar a su entidad una oferta para una novación a tipo fijo. No hay nada que lo impida. Lo único que añade esta norma es que la entidad está obligada a hacerle llegar una oferta, pero no existiendo límite alguno en cuanto al concreto tipo fijo al que se puede ofertar, si la entidad no está interesada en la modificación del tipo bastará con que realice una oferta a un tipo por encima del de mercado para que no se produzca la novación pretendida por el prestatario.

Otro grave defecto es que no se establece el plazo de duración de tal oferta ni si tiene o no carácter vinculante. No obstante, de lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del art. 5 RD-Ley 19/2022 cabe deducir que la propuesta de acuerdo de novación que ha de hacer el prestamista tiene carácter vinculante, pues se da a entender que la novación queda formalizada con la firma de esa propuesta de acuerdo por el prestatario y, cuando sea necesario, por los fiadores y avalistas. En todo caso, convendría que se hubiese indicado expresamente que se trata de una oferta de novación vinculante para la entidad concedente del préstamo y el plazo durante el que está vigente.

Finalmente, indicar que será necesario el consentimiento del tercero hipotecante no deudor cuando la novación modificativa suponga un agravamiento o ampliación de la hipoteca[23]. También será necesario el consentimiento del cónyuge no propietario del inmueble hipotecado, cuando este constituya la vivienda habitual del matrimonio si la novación de tipo de interés va acompañada de cualquier otra que comporte una ampliación de la responsabilidad hipotecaria, lo que no sucederá si solo se reduce el tipo de interés ordinario o de demora[24].

2. Procedimiento y requisitos para proceder a la novación del préstamo

El procedimiento y los requisitos legalmente exigidos para sustituir el tipo variable por un tipo fijo en un contrato de préstamo hipotecario varían en atención a quienes sean parte en el contrato, al momento en que se celebró el contrato inicial y en función de que la novación sea fruto del acuerdo entre las partes o de la enervación de un intento de subrogación por el acreedor primitivo.

2.A. Procedimiento general para la novación de préstamos hipotecarios a los que resulta de aplicación la LCCI

Cuando el contrato reúna los requisitos objetivos y subjetivos exigidos por el art. 2 LCCI, el procedimiento de novación para transformar el tipo variable en

fijo deberá respetar lo dispuesto en la propia LCCI y también en la Ley 2/1994, puesto que se tratará de un préstamo hipotecario concedido por un prestamista profesional y el cambio en la modalidad de tipo de interés, es una de las modificaciones permitidas en el art. 4.2.iii de la Ley 2/1994. También será este el régimen jurídico aplicable cuando los requisitos exigidos por el art. 2 LCCI no se cumplan antes de la novación, pero vayan a quedar cumplidos, precisamente, como consecuencia de la modificación del préstamo o sus garantías. Esto último solo sucederá si la novación de la modalidad de tipo de interés va acompañada de otros cambios como, por ejemplo, en supuestos de préstamos concedidos a una persona jurídica con garantía hipotecaria que recae sobre un bien inmueble de uso residencial, cuando a la novación de la cláusula sobre la modalidad de tipo de interés se añade una garantía personal otorgada por un fiador persona física[25]. Las disposiciones de la LCCI son aplicables a la novación modificativa de contratos de préstamo hipotecario tanto si se han celebrados tras la entrada en vigor de la LCCI o como si se celebraron con anterioridad, pues así se desprende de la Disposición adicional sexta y de la disposición transitoria primera, apartado segundo, de la LCCI.

En consecuencia, cuando el contrato de préstamo esté comprendido (o vaya a estarlo) en el ámbito de aplicación de la LCCI, el prestamista deberá dar cumplimiento a los deberes de información y asesoramiento precontractual que contiene la LCCI, si bien tales deberes quedan limitados a aquellos extremos o cláusulas que hayan sido objeto de modificación[26]. Así se desprende de la Disposición transitoria primera, apartado segundo, de la LCCI cuando establece que: "En particular, el prestamista deberá informar al prestatario en los términos señalados en el artículo 14 de aquellos contenidos que hayan sido objeto de modificación respecto de lo contratado inicialmente". Debe informarse sobre todos los aspectos que se modifican, bien sea por voluntad de las partes, bien porque tras la novación el contrato quedará plenamente sometido a la LCCI, lo que obliga a la necesaria adaptación de parte de su contenido a esta norma. Así, habrá que informar sobre el derecho de reembolso anticipado reconocido en los términos del art. 23 LCCI, sobre la aplicación del art. 24 LCCI en materia de vencimiento anticipado, salvo que el deudor prefiera mantener lo previsto en el contrato por resultarle más favorable o sobre la determinación por imperativo legal del importe de los intereses de demora que deberá aplicarse al contrato en virtud del art. 25 LCCI[27].

Deberá entregarse la FEIN con carácter de oferta vinculante de novación, durante un plazo de diez días, acompañada de un breve documento en el que se resalten los elementos modificados. También deberá entregarse la FIAE, siquiera sea para informar al prestatario de la posibilidad de vencimiento anticipado como consecuencia del impago y de los gastos derivados de ello, y también de

la distribución de los gastos que acarree la novación. Junto a estos documentos se entregará una copia del proyecto de contrato de novación y el documento de gastos con información clara y veraz sobre los gastos e impuestos generados por la novación que habrá de soportar cada parte[28].

También habrá de dar cumplimiento el prestamista a los deberes de aclaración previstos en el art. 14.2 LCCI, respondiendo a las consultas que le formule el prestatario acerca del contenido, significado y trascendencia práctica de los documentos entregados. En especial, deberá explicar las implicaciones que el cambio en la modalidad de tipo de interés tendrá para el prestatario. Deberá resaltarse que el prestatario no se verá afectado por nuevas subidas de los tipos de interés, pero tampoco podrá beneficiarse de las posibles bajadas.

En principio, no es obligatorio elevar el pacto de novación a escritura pública e inscribirlo en el Registro de la Propiedad. La novación que conste en documento privado es válida y vincula a prestamista y prestatario, pero no será oponible a terceros al no poder constar en el Registro de la Propiedad (p. ej. terceros adquirentes del inmueble hipotecado). Siempre que el cambio en la modalidad de tipo de interés de variable a fijo no comporte la modificación de la cifra responsabilidad hipotecaria no será necesaria su inscripción en el Registro de la Propiedad[29]. No obstante, la elevación a escritura pública[30] y la inscripción en el Registro de la Propiedad es conveniente para que el contenido novado resulte oponible a terceros.

El Notario que vaya a intervenir en la formalización en escritura pública de la novación deberá comprobar antes de su otorgamiento que el prestamista ha cumplido con estos deberes de información precontractual y que se ha respetado el plazo mínimo de diez días entre la entrega de la información precontractual obligatoria y la firma de la escritura. Igualmente, deberá comprobar que el contenido del contrato tras la novación respeta los límites imperativos previstos en los arts. 20 a 25 LCCI y que la entidad ha depositado previamente las condiciones generales de la contratación, empleadas para la novación por la entidad prestamista, en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación[31]. También pesa sobre el Notario un deber de asesoramiento al prestatario que debe comparecer necesariamente ante él, a más tardar el día anterior al del otorgamiento de la escritura. En caso de novación sigue siendo necesaria el acta de transparencia con la que el Notario da fe de que la entidad de crédito ha cumplido con sus deberes de entrega de documentación precontractual, respetando los plazos legales, y reflejará las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento prestado por el Notario en especial sobre el contenido de la FEIN y la FiAE (art. 15 LCCI). En la escritura debe incorporarse una reseña identificativa del acta de transparencia, con expresión del número de protocolo, notario autorizante y su fecha de autorización, así como la afirmación del notario bajo su respon-

sabilidad, de acuerdo con el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento. No es posible el otorgamiento de la escritura de novación del préstamo hipotecario sin la previa cumplimentación de esta acta (art. 15.5 LCCI), si bien esta tramitación debe adaptarse al concreto contenido de la novación[32].

Además, tanto el Notario como el Registrador deberán comprobar que las nuevas cláusulas incluidas no resultan abusivas en los términos establecidos en los artículos 84 y siguientes del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. De considerar que la nueva cláusula contraviene una norma imperativa o prohibitiva o presenta un carácter abusivo que puede apreciarse objetivamente siempre que no sea necesaria valoración alguna de las circunstancias concurrentes en el caso concreto propia de la actividad jurisdiccional en procedimiento contradictorio, deberá negarse a autorizar la escritura o a inscribir en el Registro de la Propiedad la novación. También se denegará la inscripción de las cláusulas que hubieran sido declaradas nulas por abusivas por Sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (artículo 258.2 de la Ley Hipotecaria)[33].

La necesidad de cumplimiento íntegro de todos los requisitos de información precontractual y garantía de transparencia en sede notarial dificulta la novación cuando esta sea fruto de la enervación de un intento de subrogación forzosa del acreedor por parte del prestatario. Conforme al párrafo cuarto del art. 2 de la Ley 2/1994, el acreedor primitivo dispone tan solo de un plazo máximo de quince días naturales desde que entrega el certificado con el importe de lo que se le adeuda al acreedor que pretende subrogarse, para formalizar con su deudor la novación modificativa del préstamo, si quiere impedir la subrogación. Si transcurridos esos quince días no se ha formalizado la novación, puede otorgarse la escritura de subrogación previo pago a la entidad primitiva de lo que se le adeudaba y sin que pueda negarse a aceptar tal pago. Considerando que la información precontractual debe entregarse con una antelación mínima de diez días naturales respecto al momento del otorgamiento de la escritura de novación (vid. art. 14 LCCI) y que el Notario debe otorgar el acta de transparencia a la que se refiere el art. 15 LCCI, previa comparecencia y asesoramiento del prestatario; resultará muy difícil que la entidad acreedora originaria consiga la formalización de la novación antes de que transcurra el plazo máximo de quince días que establece el párrafo cuarto del art. 2 Ley 2/1994[34].

2.B. La simplificación de la fase precontractual en las novaciones no sometidas a la LCCI o formalizadas al amparo del Código de Buenas Prácticas de 2022

Todas las exigencias de transparencia precontractual y asesoramiento notarial decaen cuanto el préstamo novado no reúne los requisitos para quedar comprendido en el ámbito de aplicación de la LCCI. Es el caso, por ejemplo, de la novación de préstamos hipotecarios concedidos a PYMEs con forma societaria o a empresarios individuales con fines distintos a la adquisición o conservación de derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, si la garantía no recae sobre un inmueble de uso residencial. En este caso, se aplica tan solo la Ley 2/1994 que no impone ninguna exigencia de especial transparencia en la fase precontractual. Bastará, por tanto, con el acuerdo entre las partes. Para que resulte oponible a terceros, será necesaria su elevación a escritura pública, seguida de la inscripción en el Registro de la propiedad, mediante nota marginal.

También se simplifica notablemente la fase precontractual en el caso de la novación de préstamos hipotecarios sometidos a la LCCI, a los que también resulte de aplicación el RD-Ley 19/2022 y el CBP 2022 por tener el deudor la condición de vulnerable. El art. 5.5 RD-Ley 19/2022 prevé expresamente que los arts. 10, 11, 12, 14 y 15 y el apartado segundo de la disposición transitoria primera de la LCCI no se apliquen a las novaciones acordadas al amparo de lo previsto en el CBP 2022, lo que incluye el cambio de modalidad de tipo de interés. Conforme a este mismo artículo 5, el prestamista tan solo está obligado a entregar un documento con una propuesta de novación que incluya las tres medidas alternativas para novar las condiciones de su préstamo: el alargamiento del plazo, y/o fijación de la cuota durante doce meses, en las condiciones previstas en el artículo tercero, letra a, del CBP 2022 y la oferta de novación por conversión del tipo variable en fijo conforme a lo previsto en la letra b de ese mismo artículo tercero del CBP 2022. La propuesta se ha de acompañar de información sobre las consecuencias jurídicas y económicas de cada una de estas alternativas de novación y, en su caso, de información sobre las condiciones de la prórroga del seguro de protección de pagos o de amortización del préstamo que inicialmente se hubiera contratado con el préstamo cuya novación se haya solicitado (art. 5.1 RD-Ley 19/2022). No es necesaria, en consecuencia, la entrega de una FEIN o una FIAE. Tampoco se requiere el documento de gastos, puesto que conforme al art. 5.4.b RD-Ley 19/2022 las operaciones de novación realizadas al amparo del CBP de 2022 no pueden conllevar el cobro de gastos o comisiones.

Tras estudiar las alternativas, el deudor debe optar en firme por una de ellas, procediendo, entonces, la entidad a entregarle una propuesta de acuerdo de novación del préstamo. Tanto la información precontractual simplificada como la pro-

puesta de acuerdo de novación deben ser entregadas gratuitamente por la entidad prestamista adherida al CBP, en soporte duradero por cualquier medio, incluidos los telemáticos y los servicios de banca electrónica de que disponga el deudor hipotecado. En todo caso, el medio utilizado debe permitir acreditar el contenido de los documentos y su entrega al deudor.

Aunque no se indique, considero que la propuesta de acuerdo que ha de entregar la entidad, tras elegir el prestatario la oferta que prefiere constituye una oferta vinculante. Así parece desprenderse del art. 5.3 RD-Ley 19/2022 que solo exige para la perfección del negocio de novación la firma del acuerdo por el prestatario y, en su caso, por los fiadores y avalistas. Solo si la oferta es vinculante para el prestamista, puede perfeccionarse el acuerdo con la sola manifestación de la voluntad del prestatario.

No se exige escritura pública, ya que el art. 5.3 RD-Ley 19/2022 permite que el acuerdo sea firmado por el prestatario y, en su caso, por los fiadores y avalistas "de manera manuscrita, mediante firma electrónica, por el sistema de otorgamiento del consentimiento que tuvieran fijado contractualmente el deudor y el sujeto adherido, o por cualquier otro medio que permita obtener válidamente el consentimiento. En todo caso, el medio empleado deberá dejar constancia del contenido y de la fecha en la que se presta el consentimiento". Si se pretende su inscripción en el Registro de la Propiedad será necesaria la elevación a escritura pública. A estos efectos, cualquiera de las partes puede compeler a la otra a la formalización en escritura pública de la novación del contrato resultante de la aplicación del CBP de 2022 (art. 4.3 RD-Ley 19/2022).

3. Consecuencias de la novación consistente en la sustitución de un tipo variable por un tipo fijo

La consecuencia principal y evidente de la novación consistente en el cambio de tipo de interés de variable a fijo es que, a partir de la fecha en que surta efecto la novación ya no resultará aplicable el tipo variable inicialmente pactado y se aplicará al préstamo el tipo fijo acordado, lo que supondrá que deberán recalcularse las cuotas a satisfacer. Una vez fijadas permanecerán constantes, de manera que posteriores alzas en el tipo de referencia al que estaba indexado el préstamo con anterioridad, ya no supondrán un alza de las cantidades a pagar mensualmente, facilitando que el prestatario siga siendo solvente.

La novación no supone, salvo que expresamente se hubiera pactado, la extinción del contrato primitivo, sino tan solo su modificación en los términos pactados[35].

En el caso de los contratos de préstamo hipotecario que reúnen los requisitos objetivos y subjetivos exigidos en el art. 2 LCCI, pero que se hubiesen celebra-

dos con anterioridad a su entrada en vigor, la novación también comporta que todo el contrato quede sometido a lo dispuesto en la LCCI tras la novación[36], puesto que así se prevé en el apartado segundo de su disposición transitoria primera en el que claramente se indica que: "No obstante, las previsiones de esta Ley resultarán de aplicación a aquellos contratos celebrados con anterioridad si son objeto de novación o de subrogación con posterioridad a su entrada en vigor". Como excepción, no se aplicarían las reglas sobre vencimiento anticipado previstas en el art. 24 LCCI, si el deudor alega que la previsión contenida en el contrato es más beneficiosa para él, puesto que así lo dispone el apartado cuarto de la disposición transitoria primera de la LCCI.

Algunos autores consideran que tras la novación, la LCCI no resulta aplicable a todo el contrato, sino tan solo a las cláusulas que han sido objeto de concreta modificación por las partes, de tal manera que no es necesario modificar otras cláusulas del contrato que pudieran ser contrarias a lo dispuesto en la LCCI como, por ejemplo, las relativas a los intereses de demora que fuesen contrarias a lo dispuesto en el art. 25 LCCI[37]. En el caso que nos ocupa, y según esta interpretación, la mera sustitución de un tipo variable por un tipo fijo, no supondría la aplicación a todo el contrato de la LCCI. Tan solo la concreta cláusula en la que se establece el tipo fijo quedaría sometida a lo dispuesto en la LCCI. Para sostener su argumentación este sector doctrinal aduce que la segunda proposición del mencionado apartado segundo de la disposición transitoria primera LCCI prevé expresamente que: "En particular, el prestamista deberá informar al prestatario en los términos señalados en el artículo 14 de aquellos contenidos que hayan sido objeto de modificación respecto de lo contratado inicialmente". De este inciso deduce Agüero Ortiz que: "debe entenderse que solo deberá cumplirse el trámite informativo respecto a la/s cláusula/s objeto de modificación y, lo más importante, sin que sea necesario modificar el resto de cláusulas financieras que no sean objeto de novación modificativa para adaptarlas a la LCCI" y que "solo cuando la cláusula objeto de novación caiga en el ámbito de aplicación de la LCCI deberá ser adaptada a su contenido"[38]. Como argumento añadido, sostiene que en el caso de la modificación consistente en el paso de un tipo variable a fijo, de tener que adaptar todo el contrato a la LCCI, se desincentivarían este tipo de novaciones que el legislador quiere facilitar. Otros autores como Sáenz De Jubera Higuero, también alegan que aplicar la LCCI tan solo a las modificaciones queridas por las partes resulta más justo y coherente con la voluntad de las partes[39].

No comparto esta interpretación por varias razones. La primera es que, atendiendo al criterio de interpretación literal de las normas, la frase inicial del apartado segundo de la disposición adicional primera es clara y no admite dudas interpretativas, pues prevé: "No obstante, las previsiones de esta Ley resultarán de aplicación a aquellos contratos celebrados con anterioridad si son objeto de

novación o de subrogación con posterioridad a su entrada en vigor". El precepto dispone que las previsiones (todas) de la LCCI se aplicarán a los "contratos celebrados con anterioridad" y no a las concretas cláusulas modificadas[40]. La frase siguiente relativa a la información que ha de proporcionarse no puede interpretarse desconectada de la frase principal y, por lo tanto, debe considerarse que habrá que cumplir los deberes de información del art. 14 LCCI respecto de todos los elementos del contrato que se vayan a modificar, esto es, de aquellos que se hayan modificado por expresa voluntad de las partes y de los que se hayan debido modificar como consecuencia de la necesaria adaptación del contrato a la LCCI[41].

A la misma conclusión se llega con apoyo en la tramitación parlamentaria de la norma. El Grupo Parlamentario Esquerra Republicana pretendió la eliminación de esta norma mediante sendas enmiendas presentadas en el Congreso y en el Senado[42], por considerar que suponía la plena aplicación de la LCCI a los contratos celebrados con carácter previo a su entrada en vigor. Estas enmiendas fueron rechazadas, lo que avala nuestra interpretación favorable a considerar que la novación desencadena la plena aplicación de la LCCI a todo el contrato.

Además, en un interpretación finalista de la norma, la que proponemos es conforme con la finalidad pretendida al prever la no aplicación retroactiva de la LCCI a los contratos que ya se habían celebrado antes de su entrada en vigor y que no fue otra que evitar que las entidades tuvieran que proceder a una modificación en masa de todos los contratos que ya estaban en vigor, por los excesivos costes que ello supondría[43]. En cambio, resulta razonable aprovechar la modificación de un concreto contrato para promover su plena adaptación a la LCCI. Se permite así, una adaptación de parcial y progresiva de contratos, que no resulta gravosa para los prestamistas inmobiliarios profesionales y que es claramente beneficiosa para los prestatarios.

Igualmente, atendiendo al criterio de interpretación más favorable al consumidor, debemos considerar que la LCCI ofrece una mayor protección a los prestatarios y garantes consumidores, por lo que la interpretación que aquí proponemos es conforme con esa finalidad.

Además de considerar que solo existe obligación de adaptar a la LCCI las cláusulas concretas que efectivamente las partes deciden novar, supone que un mismo contrato quedará sometido a dos regímenes jurídicos diversos: la LCCI se aplicará al contenido novado y el resto del contrato seguirá rigiéndose por el régimen jurídico anterior. Esta situación perjudica a las partes y a la seguridad jurídica.

Finalmente, indicar que la novación consistente en la sustitución de un tipo variable por un tipo fijo no supone una modificación del rango de la hipoteca. De conformidad con lo dispuesto en el art. 4.3 de la Ley 2/1994, esta novación

no comporta una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita excepto cuando implique un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria[44]. Si se ampliase la cifra de responsabilidad hipotecaria, el rango solo podría mantenerse con el consentimiento expreso de los titulares inscritos de rango posterior. En el caso de las novaciones al amparo del CBP de 2022, el art. 5.6 RD-Ley 19/2022 prevé expresamente que la hipoteca siempre mantenga su rango tras la novación, puesto que se indica que la inscripción en el Registro de la Propiedad "tendrá plenos efectos frente a los acreedores intermedios inscritos, aunque no se cuente con el consentimiento de estos". En mi opinión, esta regla solo se aplica si el contenido novado se limita a alguna de las dos opciones de novación que ofrece el artículo tercero del CBP. Si, además, se producen otros cambios en el contrato y estos suponen una ampliación de la cifra de responsabilidad se aplicaría la regla general, siendo necesario el consentimiento de los acreedores intermedios inscritos para mantener el rango de la hipoteca.

IV. SUBROGACIÓN FORZOSA DEL ACREEDOR CON CAMBIO EN EL TIPO DE INTERÉS

1. Delimitación del supuesto y de la regulación aplicable

Otra vía para alcanzar el objetivo de convertir un préstamo hipotecario a tipo variable en un préstamo a tipo fijo es la subrogación activa del acreedor, sin necesidad de su consentimiento, por acuerdo entre el deudor y el nuevo acreedor acompañada de la sustitución del tipo de interés variable previamente pactado por uno fijo y con comunicación al nuevo acreedor de la garantía hipotecaria y los privilegios de que gozaba el acreedor originario. Esta opción de subrogación por pacto entre el deudor y el acreedor subrogante sin necesidad de consentimiento del acreedor anterior tiene largo arraigo en nuestro Derecho, pues ya se contemplaba en la versión original del art. 1211 de nuestro Código Civil[45]; norma que permite al deudor "la subrogación sin consentimiento del acreedor, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada". Conforme a este precepto, la subrogación no requiere del consentimiento o aquiescencia del acreedor originario que va a resultar sustituido para producir plenos efectos jurídicos, bastando con el previo cumplimiento de las obligaciones que el deudor tenía frente a él, lo que supone el pago de todas las cantidades pendientes. Conforme al art. 1212 CC, "la subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas".

Las dificultades para la aplicación del art. 1211 CC justificaron una regulación más detallada y favorable al deudor, mediante la Ley 2/1994 que pergeña un detallado procedimiento para proceder a dicha subrogación[46]. La regulación contenida en esta norma se aplica a la subrogación forzosa del acreedor en contratos de préstamo hipotecario concedidos a cualquier deudor, por un prestamista inmobiliario profesional tal y como es definido por el art. 2 LCCI, cualquiera que sea la fecha en que se formalizó el contrato y aunque no conste en dicho contrato la posibilidad de amortización anticipada (art. 1 Ley 2/1994). En cuanto a su ámbito objetivo, el procedimiento de subrogación previsto en la Ley 2/1994 se aplica a cualesquiera préstamos hipotecarios, sometidos o no a la LCCI, quedando incluidas las denominadas hipotecas inversas[47]. La subrogación al amparo de esta norma se admite incluso si el préstamo ya estuviese vencido[48]. Si deudor y acreedor hubieran celebrado varios contratos de préstamo cuya garantía hipotecaria recayese sobre la misma finca, la subrogación se producirá tan solo en relación con los préstamos o créditos hipotecarios para los que así se haya pactado[49].

La naturaleza jurídica de esta clase de subrogación siempre ha resultado muy discutida. La doctrina mayoritaria considera que se trata de un supuesto de subrogación por pago y no de una cesión de créditos, por lo que el acreedor anterior no responde de la solvencia del deudor, ni de la legitimidad del crédito[50]. Con el pago íntegro de la deuda al acreedor primitivo, se produce una adquisición derivativa del crédito con todas sus posibles garantías por el nuevo acreedor. Constituye esta institución una excepción legal al principio general de extinción de las obligaciones por pago de su deudor. Pese a que el crédito es pagado por el deudor, gracias al nuevo préstamo que se le ha concedido, dicho crédito subsiste y es transmitido al nuevo acreedor que concede el nuevo préstamo para su pago, junto con la hipoteca que lo garantiza y cualesquiera otras garantías. El crédito del que dispone el nuevo acreedor, tras la subrogación, es el mismo del que gozaba el acreedor originario al que se han satisfecho todas las cantidades que se le adeudaban[51], si bien cabe introducir modificaciones en las condiciones del tipo de interés y/o en el plazo del préstamo (art. 4.1 Ley 2/1994). Estas tesis se enfrentan a una grave dificultad: explicar la coexistencia entre las acciones y garantías derivadas del crédito en el que se ha subrogado el nuevo acreedor y las derivadas del crédito que este mismo sujeto concedió para satisfacer la deuda con el anterior acreedor. Algunos autores consideran que el nuevo préstamo queda extinguido tras la subrogación, otros que el acreedor debe optar por el ejercicio de unas acciones u otras y otros que las acciones derivadas del segundo crédito concedido permanecen en suspenso[52]. Además, tampoco se consigue explicar satisfactoriamente por qué se excepciona la regla general de extinción del crédito cuando este es pagado por el propio deudor. Pese a ello, el tenor literal del art. 1212 CC y la propia regulación contenida en la Ley 2/1994 avalan la calificación

de la subrogación como un supuesto de novación subjetiva del contrato acompañada de una novación modificativa de alguna de sus condiciones.

Frente a estas tesis mayoritarias, un sector minoritario sostiene que no existe adquisición derivativa del crédito originario, sino que el pago comporta la extinción del contrato de préstamo primitivo, puesto que es el propio deudor quien paga con el dinero obtenido gracias el nuevo préstamo que se le ha concedido. Solo considerando que el préstamo anterior resulta pagado y completamente amortizado, se entiende que se apliquen las normas sobre amortización anticipada que contiene la LCCI. A estos efectos es irrelevante que sea el nuevo acreedor quien materialmente realice el pago, pues actúa como simple mandatario de su deudor[53]. Para este sector doctrinal, la subrogación solo produce el efecto de comunicar al nuevo préstamo concedido, el rango, las garantías y privilegios que adornaban al crédito primitivo ya extinguido, con los límites que establece la Ley 2/1994[54]. Para estos autores esta subrogación en la garantía hipotecaria constituye una excepción al principio de accesoriedad en materia de garantías, pues se produce un traslado del derecho real de hipoteca (y del resto de garantías que pudieran haberse constituido por aplicación del art. 1212 CC) de un acreedor a otro, de ahí la necesidad de que se anote mediante nota marginal en el Registro el nuevo crédito cubierto por el gravamen a efectos de su oponibilidad a terceros[55]. Los efectos de garantía del derecho real de hipoteca se trasladan a una deuda distinta a aquella para la que fue constituida dicha garantía, pero que nace por relación a esa primera deuda y al objeto de procurar su efectivo cumplimiento. Se cumple así la finalidad de la Ley 2/1994: proteger al tercero prestamista que facilita el pago de un préstamo que ha devenido excesivamente oneroso en atención a los cambios que se han producido en los tipos de interés en el mercado, mediante la concesión al deudor de un nuevo préstamo en mejores condiciones para que pueda saldar su deuda anterior. Por contribuir a esta finalidad, el nuevo acreedor merece el refuerzo de su derecho de crédito, mediante la transmisión de la hipoteca ya inscrita con mantenimiento de su rango[56]. Precisamente para que esa transmisión de las garantías y el mantenimiento del rango hipotecario no resulte injustificada se exige que las condiciones del nuevo préstamo sean las mismas que las del que se paga y extingue, admitiéndose tan solo la modificación de las condiciones del tipo de interés o del plazo del préstamo (art. 4.1 Ley 2/1994). No necesita el nuevo acreedor ser subrogado en el crédito ya satisfecho, puesto que goza de su propio derecho de crédito en virtud del préstamo concedido. Aunque esta tesis resulta muy atractiva y hubiese sido la fórmula jurídica más adecuada para lograr el objetivo de facilitar el cambio de préstamo hipotecario, es muy difícil sostenerla a la vista de la literalidad de la Ley 2/1994 y de los arts. 1211 y 1212 CC en los que con toda claridad se apunta a una subrogación subjetiva activa en el crédito y no solo en las garantías, acompañada de una novación modificativa del contenido del contrato. De *lege ferenda,* sería deseable

una modificación de la Ley 2/1994 que estableciese con claridad la extinción del préstamo inicial y el traslado de las garantías al nuevo préstamo concedido, pues la actual redacción resulta tremendamente confusa.

Otro punto de discusión doctrinal es si la subrogación (alcance solo a las garantías o también al crédito satisfecho) tiene naturaleza legal o convencional. Para algunos autores es un supuesto de subrogación legal por pago, constituyendo un supuesto especial de los previstos en el art. 1210 CC, pues solo cumplidos los requisitos legales y entre ellos el fundamental de proceder al pago íntegro de la deuda al anterior prestamista, la subrogación se impone al acreedor primitivo y al deudor como un efecto que se produce automáticamente por ministerio de la Ley[57]. En cambio, la doctrina mayoritaria estima que es un supuesto subrogación convencional por tener la misma naturaleza que la subrogación prevista en el art. 1211 CC[58]. Incluso hay tesis eclécticas que la calificación de subrogación de carácter mixto: convencional respecto al deudor y al segundo acreedor, pero legal frente al primer acreedor[59].

Finalmente, indicar que también la LCCI incluye medidas dirigidas a facilitar la subrogación hipotecaria, especialmente, si va acompañada de un cambio de tipo variable a fijo. En principio, las reglas sobre subrogación que contiene la LCCI solo se aplican cuando la subrogación afecta a un contrato de préstamo hipotecario que reúne los requisitos que exige el art. 2 LCCI y siempre que se haya celebrado tras la entrada en vigor de esta norma (Disp. transitoria primera, apartado primero, LCCI) o haya sido objeto de novación o subrogación tras su entrada en vigor (Disp. transitoria primera, apartado segundo, de la LCCI). En cambio, si el contrato de préstamo hipotecario, aun reuniendo los requisitos objetivos y subjetivos para la aplicación de la LCCI, se celebró antes de su entrada en vigor, las únicas normas aplicables son el art. 23.6 LCCI por expresa previsión del apartado tercero de la Disposición transitoria primera de la LCCI, y el artículo 14 LCCI, por indicación del apartado segundo de la citada Disposición transitoria primera; si bien esta norma solo se aplica a los contenidos que hayan sido objeto de modificación respecto del contrato al que afecta la subrogación. A la subrogación del acreedor en un préstamo concertado antes de la entrada en vigor de la LCCI no se le aplican otras disposiciones de la LCCI que puedan afectar al proceso de subrogación, porque la subrogación del acreedor no se incluye en la disposición adicional sexta LCCI que solo prevé la aplicación de la LCCI a los procesos de subrogación del deudor con ocasión de la transmisión del bien hipotecado y a la novación modificativa del préstamo. No obstante, en tanto que para proceder a la subrogación, el nuevo acreedor concede un préstamo, la concesión de este préstamo sí queda sometida a la LCCI si el nuevo préstamo reúne los requisitos subjetivos y objetivos requeridos por el art. 2 LCCI, lo que supone que deberán respetarse las normas sobre transparencia material de la LCCI en la concesión del préstamo que se utilizará para pagar las cantidades adeudadas al anterior acreedor.

2. Requisitos esenciales de la subrogación con cambio en la modalidad de tipo de interés

El requisito fundamental para que se inicie el proceso de subrogación es el pacto de subrogación entre el deudor y la entidad subrogante, no siendo necesario el consentimiento del prestamista que resulta subrogado (art. 2.1 Ley 2/1994). También será necesario el consentimiento del tercero hipotecante no deudor cuando la subrogación vaya acompañada de cualquier otra modificación en el contrato que suponga un agravamiento o ampliación de la hipoteca. El nuevo acreedor y el deudor pueden, sin necesidad de consentimiento del hipotecante no deudor, pactar en los términos que consideren oportunos las condiciones de su relación obligatoria, pues solo a ellos afecta. Pero, en virtud del principio de relatividad del contrato (cfr. arts. 1.257 y 1.835 CC), tal modificación no puede extenderse a la hipoteca cuando suponga un agravamiento o ampliación de la garantía, en tanto no haya sido consentida por el constituyente de la hipoteca[60].

Para que la subrogación desencadene los efectos legalmente previstos en la Ley 2/1994 (subrogación en el préstamo hipotecario y reducción de comisiones, honorarios e impuestos) también será imprescindible el pago íntegro de la deuda (capital pendiente, intereses y comisiones devengados y no satisfechos) al acreedor que resulta subrogado[61]. Ese pago será posible gracias a la financiación concedida por el acreedor subrogante, tal y como exigen el art. 2.1 Ley 2/1994 y el art. 1211 CC.

Finalmente, también es necesario que las modificaciones que se introduzcan en las condiciones del préstamo se ajusten estrictamente a alguna de las permitidas en el art. 4.1 de la Ley 2/1994. Entre ellas, se encuentra el cambio en la modalidad de tipo de interés, que es el que aquí nos interesa, pues el citado precepto admite expresamente el cambio en las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente. De incluirse otras modificaciones no sería posible beneficiarse de las ventajas que la Ley 2/1994 prevé para la subrogación hipotecaria[62]. Por ello, si se quieren modificar otros aspectos, es conveniente no incluirlos en la escritura de subrogación, sino proceder a llevar a cabo con posterioridad un segundo negocio de novación.

3. Procedimiento de subrogación

3.A. Inicio del proceso de subrogación: oferta vinculante e información precontractual obligatoria

El proceso de subrogación comenzará con unos tratos preliminares entre el deudor que promueve la subrogación y una entidad de crédito u otro prestamista

con el que quiera obtener unas condiciones más ventajosas que las que le concedió su actual acreedor. Conforme al art. 2 Ley 2/1994, si el nuevo acreedor está interesado en la subrogación debe entregar necesariamente al deudor una oferta vinculante en la que constarán las condiciones financieras que se aplicarán al préstamo hipotecario si la subrogación llega a producirse. Tras la reforma operada en este precepto por el RD-Ley 19/2022, se exige que esta oferta vinculante se acompañe de "un documento informativo sobre los gastos de la subrogación, incluyendo los límites máximos legales de la comisión a percibir por parte de la entidad acreedora. La referida pieza de información deberá observar el régimen de distribución de gastos previsto en el artículo 14.1.e) de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario". El precepto tal y como está redactado suscita múltiples dudas.

La primera es la relativa al plazo de validez de dicha oferta, pues el art. 2 de la Ley 2/1994 no exige un plazo mínimo. Si el contrato de préstamo está sometido a la LCCI (p. ej. por tratarse de un préstamo con hipoteca que recae sobre una vivienda habitual) parece razonable exigir un plazo mínimo de duración de la oferta de diez días naturales para dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 14.1.a LCCI, puesto que dicho precepto resulta aplicable a la subrogación de cualquier préstamo que reúna los requisitos del art. 2 LCCI, incluso si se celebró antes de la entrada en vigor de dicha norma por exigir el apartado segundo de la Disposición transitoria primera de la propia LCCI la aplicación del art. 14 LCCI a la fase previa a la subrogación. El plazo de diez días es un plazo mínimo que comienza a correr desde la entrega de la FEIN y que puede alargarse si así se prevé en ella. Cuando no resulte aplicable la LCCI (p. ej. préstamo hipotecario concedido a una PYME en el que la garantía no recae sobre una vivienda habitual), es conveniente que en la propia oferta se fije el plazo en el que estará vigente. No parece lógico que la oferta sea vinculante sin límite temporal alguno de forma que no se pueda retirar nunca[63].

En segundo lugar, tampoco se especifica la forma de esta oferta. Si es de aplicación la LCCI, la oferta habrá de entregarse por escrito, en soporte papel o en otro soporte duradero o en formato electrónico. También se exigirá esta forma en todos los casos en que la entidad que se subroga sea una entidad de crédito y el deudor una persona física por aplicación del art. 11 de la Orden EHA/2899/2011. Incluso cabría sostener que la forma escrita es exigible en cualquier otro supuesto en el que no resulten de aplicación la LCCI o la Orden EHA/2899/2011, pues así se deduce de la propia dicción del art. 2.1 de la Ley 2/1994, al indicar que en la ofertan "constarán las condiciones financieras" y que "junto con la oferta, le entregará un documento informativo". Si en la oferta han de constar ciertas condiciones y esta ha de "entregarse" junto con otra documentación necesariamente deberá formularse por escrito[64], ya sea en soporte papel, en otro soporte duradero o en forma de documento electrónico.

Si el préstamo reúne los requisitos del art. 2 LCCI, también deberán cumplirse, el resto de requisitos de información precontractual previstos en el art. 14 LCCI, tanto en relación con el deudor, fiador o garante persona física (en los supuestos del art. 2.1.a LCCI) como en relación con los deudores, fiadores o garantes consumidores (en los supuestos del art. 2.1. b LCCI). Estos requisitos son exigibles, porque la subrogación que estudiamos aquí está acompañada de una novación en la modalidad del tipo de interés. El simple cambio del acreedor, en la medida en que no modifique en modo alguno la posición del deudor, ni las obligaciones que ha contraído no exige el cumplimiento de las obligaciones de información previa que impone la LCCI, pues esta norma no resulta aplicable a la mera subrogación activa, dado que la disposición adicional sexta LCCI indica con claridad que esta norma solo se aplica a supuestos de subrogación del deudor y de novación modificativa. En el caso que nos ocupa, el cambio de modalidad de tipo de interés, supone un cambio de condiciones, por lo que el potencial nuevo acreedor debe dar cumplimiento a las obligaciones de información y asesoramiento previstas en el art. 14 LCCI en las mismas condiciones que en una novación modificativa sin cambio de acreedor.

Por lo tanto, deberá entregarse una FEIN con valor de oferta vinculante en la que se informe adecuadamente de los contenidos del contrato que hayan sido objeto de modificación. Aunque el art. 2 de la Ley 2/1994 solo indica que en la oferta deben constar "las condiciones financieras del nuevo préstamo", en ella también debe hacerse referencia a todas las cláusulas o condiciones que se hayan modificado, bien sea por pacto ente las partes o como fruto de la necesaria adaptación a la LCCI[65]. Así es evidente que deberá cumplimentarse el apartado primero de la FEIN, pues va a cambiar el prestamista y los apartados tercero a sexto al modificarse la clase de tipo de interés aplicable. A estos efectos, deberá respetarse la regla de cálculo de la TAE establecida en la Norma décimo tercera, apartado 7.c de la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, en la que se exige que para el cálculo de la nueva TAE se tome también en consideración el importe de la comisión de cancelación o de la compensación por desistimiento del préstamo que hubiera de pagarse como consecuencia de la subrogación[66]. Entre la información a incluir, también por exigencia de esta Circular 5/2012, debe figurar el coste efectivo remanente del préstamo cuya subrogación se pretenda realizar. Con estas informaciones se trata de garantizar que el prestatario pueda comparar fácilmente las condiciones financieras del préstamo antes y después de la subrogación para saber si el coste se verá efectivamente reducido tal y como pretende.

Si el préstamo reúne los requisitos del art. 2 LCCI, además de la FEIN, habrá de entregarse la FIAE, con información sobre la posibilidad de vencimiento anticipado en caso de impago y los gastos derivados de ello y también sobre la distribución de los gastos asociados a la subrogación, aunque esta información también figurará en un documento específico y separado. Al pasar de un tipo variable a otro fijo, no será necesario incluir en la FIAE el resto de informaciones a que se refiere el art. 14.1.b LCCI (p. ej. tipo de interés de referencia). También debe adjuntarse una copia del proyecto de contrato de subrogación con novación del tipo y un documento informativo sobre los gastos de la subrogación, incluyendo los límites máximos legales de la comisión a percibir por parte de la entidad acreedora. Este documento sustituye al exigido por el art. 14.1.e LCCI, pero debe necesariamente respetar las reglas de distribución de gastos previstas en este precepto por exigirlo expresamente el art. 2 Ley 2/1994.

También va a ser necesario que antes del otorgamiento de la escritura de subrogación con novación en la modalidad del tipo, el notario asesore al prestatario y levante el acta notarial de transparencia a la que se refiere el art. 15 LCCI. Para ello y con carácter previo, el acreedor que pretende subrogarse debe haber informado al deudor de su obligación de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario que libremente elija (art. 14.1.g LCCI). En la escritura de subrogación deberá figurar una reseña identificativa de esa acta previa con el número de protocolo, el notario autorizante y la fecha de autorización, junto con la declaración del notario, bajo su responsabilidad de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento exigidos por el art. 15 LCCI.

Cuando al préstamo hipotecario no le resulte aplicable la LCCI, bastará con que el acreedor que pretende la subrogación presente al deudor una oferta vinculante y el documento de gastos de la subrogación que exige el art. 2 Ley 2/1994, incluyendo los límites máximos legales de la comisión que puede percibir la entidad acreedora. Aun cuando el contrato de préstamo no quede sometido a la LCCI, el documento de gastos deberá respetar el régimen de distribución de gastos previsto en el art. 14.1.e LCCI, puesto que así lo dispone el art. 2.1 Ley 2/1994 para todas las operaciones de subrogación a las que resulte aplicable.

Aunque no se exige expresamente en la Ley 2/1994, el prestamista que goce de la condición de entidad de crédito deberá evaluar la solvencia del deudor antes de concederle el crédito con el que se va a saldar la deuda con el anterior acreedor, siempre que este sea persona física por exigirlo el art. 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. La evaluación de solvencia deberá cumplir con las exigencias del art. 11 LCCI, si el préstamo cae dentro del ámbito de aplicación de esta norma.

3.B. Aceptación de la oferta por el deudor y notificación a la entidad acreedora acompañada de una solicitud de certificado de deuda

La siguiente fase en el proceso de subrogación se inicia con la aceptación de la oferta por el deudor que deberá ser pura y simple y producirse antes de que aquella caduque. Ni la Ley 2/1994, ni la LCCI especifican la forma en que debe producirse la aceptación, pero es conveniente que se realice por un medio que permita a la entidad que se subroga conservar prueba de que tal aceptación se produjo por lo que, como mínimo, deberá producirse por escrito y estar firmada por el deudor[67]. Con la aceptación se perfecciona el nuevo contrato de préstamo con el pacto de subrogación entre el deudor y el nuevo acreedor, si bien su eficacia queda condicionada (condición suspensiva) a que el acreedor anterior no enerve la subrogación[68].

A partir de ese momento, el acreedor subrogante puede notificar a la entidad que va a ser subrogada el acuerdo que ha alcanzado con el deudor y requerirla para que, en el plazo de siete días naturales, le entregue un certificado con el importe del débito del deudor por el préstamo hipotecario en que se ha de subrogar. El deudor no interviene en esta notificación.

La notificación debe ir dirigida a la entidad que va a resultar subrogada[69]. El art. 2 Ley 2/1994 no establece un plazo para realizar esta notificación, aunque es presumible que el potencial nuevo acreedor la realizará lo antes posible para evitar dilatar el proceso de subrogación. Tampoco se exige ninguna forma específica para esta notificación, por lo que no es necesario que se realice por conducto notarial. No obstante, conviene que quede constancia de su recepción por el todavía acreedor, por lo que como mínimo habrá que exigir al menos un recibí firmado[70] o utilizar cualquier otro sistema que permita acreditar la fecha de su recepción, pues dicha fecha determina el *dies a quo* para el cómputo del plazo de quince días naturales en que el acreedor inicial puede enervar la subrogación. Si no la enerva, la subrogación surte efecto. Por lo tanto, lo más recomendable es que se realice por conducto notarial, al amparo del art. 202 del Reglamento notarial o mediante la remisión de un burofax[71].

3.C. Opciones de la entidad subrogada tras serle notificado el acuerdo de subrogación

Tras serle notificado el acuerdo de subrogación a la entidad acreedora inicial, se abren para ella tres opciones: enervar la subrogación mediante una novación del contrato de préstamo, consentir la subrogación y facilitarla entregando el certificado solicitado o permanecer en actitud pasiva. El RD-Ley 19/2022 ha dado nueva redacción al art. 2 de la Ley 2/1994, en lo que afecta a estas opciones, pero

sorprendentemente para volver en este punto a la redacción original que tenían estos párrafos en 1994 cuando se aprobó la Ley.

a) Primera opción: entrega del certificado y enervación de la subrogación

Conocida la voluntad del prestatario de proceder a la subrogación, pues ha aceptado la oferta realizada por el prestamista que pretende subrogarse, el acreedor primitivo puede evitar verse expulsado del contrato mediante una novación del contrato que enerve la subrogación. El párrafo cuarto del art. 2 de la Ley 2/1994 prevé, en su redacción actual, que: "Entregada la certificación, la entidad acreedora tendrá derecho a enervar la subrogación si en el plazo máximo de quince días naturales a contar desde dicha entrega, formaliza con el deudor novación modificativa del préstamo hipotecario". Este texto coincide exactamente con el que originalmente tenía el precepto. Dicha redacción original había sido modificada en 2007[72], con el fin de facilitar la enervación que se produciría con la simple comparecencia del acreedor primitivo ante el Notario que había notificado el requerimiento solicitando el certificado de deuda para manifestar, con carácter vinculante, su disposición a formalizar con el deudor una modificación de las condiciones del préstamo que igualasen o mejorasen la oferta vinculante. De esta manifestación se debía dejar constancia en la propia acta de notificación[73]. En consecuencia, la enervación de la subrogación podía producirse, sin duda, por la sola voluntad del acreedor primitivo. Esta regulación fue criticada por algunos autores que consideraban que el cliente quedaba prisionero de su Banco con la sola manifestación de este de su disposición a modificar las condiciones del préstamo igualando o mejorando las de la oferta vinculante, pues tal declaración bastaba para impedir la subrogación[74].

La redacción de este párrafo volvió a ser modificada en 2019 por la LCCI previéndose, entonces, que "entregada la certificación y durante los quince días naturales siguientes a esa fecha, la entidad acreedora podrá ofrecer al deudor una modificación de las condiciones de su préstamo, en los términos que estime convenientes. Durante ese plazo no podrá formalizarse la subrogación". Esta redacción suponía que la enervación solo era posible si acreedor y deudor pactaban la novación.

Finalmente y como hemos señalado, el RD-ley 19/2022 ha retomado literalmente y sin cambios la redacción original de la norma. Esto supone que la enervación se configura de nuevo como un derecho del acreedor inicial que puede impedir la subrogación mediante una novación del contrato original; derecho al que la mayoría de la doctrina califica como una suerte de derecho de tanteo[75]. La subrogación activa forzosa en los préstamos hipotecarios tiene como finalidad

que el deudor pueda beneficiarse de unas condiciones de mercado más favorables que las inicialmente pactadas para su hipoteca, pero también debe protegerse el legítimo interés de la entidad acreedora en mantener la titularidad del crédito y para ello se le concede el derecho de enervación. Con la actual redacción, resurgen las dudas que ya suscitó la norma en su versión inicial.

En primer lugar, debe quedar claro que solo es posible el ejercicio del derecho a la enervación, si el acreedor inicial ha entregado la certificación con el importe del débito pendiente de pago. La entrega del certificado de deuda es requisito imprescindible para que el acreedor anterior pueda ejercer su derecho de enervación. El tenor literal del precepto señala de forma clara que "entregada la certificación, la entidad acreedora tendrá derecho a enervar la subrogación", luego la entrega del certificado se configura como un requisito *sine qua non* para la enervación[76]. Solo si entrega el certificado, comienza a correr el plazo de quince días para formalizar con el deudor una novación modificativa que enerve la subrogación. Transcurrido el plazo de siete días naturales que impone el tercer párrafo del art. 2 de la Ley 2/1994, bastará con que el nuevo acreedor pague lo que se adeuda al anterior, para que la subrogación surta efecto. Si no se conoce la cantidad, puede ser calculada por la entidad que pretende la subrogación y depositada ante el notario que autorice la escritura de subrogación. De esta forma, ya no será posible una novación que enerve la subrogación.

Como segunda cuestión relevante, la redacción actual del precepto, al igual que la original, suscita la duda de si el deudor puede negarse a formalizar la novación que pretende el acreedor original. La DGRN y los Tribunales, con fundamento en la regulación inicial —idéntica a la actual—, se inclinaron por una respuesta negativa a esta cuestión, siempre que las condiciones propuestas para dicha novación fuesen iguales o mejores que las ofertadas por el acreedor que pretendió la subrogación. Así, la DGRN consideró que la enervación se configuraba en el texto original de la Ley 2/1994 como un derecho para el acreedor al que se pretende sustituir permitiéndosele evitar la subrogación "siempre que ello sea en las mismas condiciones económicas que las ofertadas por la entidad que pretenda la subrogación"[77]. También algunas Audiencias provinciales y un sector de la doctrina estimaron que el derecho de enervación no estaba condicionado al consentimiento del deudor, sino que el acreedor original podía imponer la novación garantizando unas condiciones iguales o mejores. En consecuencia, la formalización de la escritura de novación deviene obligatoria para el deudor que no puede negarse a ello, pues entenderlo de otro modo supondría desconocer el derecho a la enervación de la subrogación que el legislador reconoce[78]. Si el deudor se negase a la novación, no podría elevarse a escritura pública la subrogación, ni llegaría a surtir efecto la subrogación, permaneciendo vigente y sin cambios el contrato original. Si llegase a otorgarse la escritura de subrogación

con el nuevo acreedor, el anterior podría instar en los Tribunales la nulidad de la escritura de subrogación y solicitar la cancelación de los asientos registrales a que hubiese dado lugar.

En cambio, al interpretar el mismo texto, otras Audiencias provinciales y otros autores estimaron que no cabía obligar al deudor a formalizar la novación con el primitivo acreedor[79]. Finalmente, el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de noviembre de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:7460) se decantó por considerar que el deudor no podía impedir la novación, siendo suficiente para que quedase enervada con que el antiguo acreedor comunicase de forma fehaciente al deudor, dentro del plazo legalmente fijado, su voluntad de llevar a cabo dicha novación del préstamo en las mismas (o mejores) condiciones ofrecidas por la entidad financiera que había pretendido subrogarse en su posición acreedora[80].

En mi opinión, hay que diferenciar dos supuestos. En primer lugar, es evidente que la subrogación puede enervarse siempre si, en el plazo de quince días que concede la Ley 2/1994, se formaliza un acuerdo de novación con consentimiento tanto del acreedor anterior como del deudor, incluso aunque las condiciones de la novación sean peores que las del pacto de subrogación. En segundo lugar, solo es posible la enervación de la subrogación por la mera voluntad del antiguo acreedor si las condiciones de dicha novación son iguales o mejores que las ofertadas por el acreedor que intentó la subrogación. Para valorar si las condiciones son iguales o mejores, ha de tomarse en consideración no solo el tipo de interés ofrecido, sino también los gastos que generarán la subrogación o la novación.

Cuando resulte de aplicación la LCCI se plantea otro problema y es que para poder formalizar la novación habrá que cumplir con los requisitos de transparencia precontractual que prevé esta norma, resultando muy difícil alcanzar su cumplimiento antes de que haya transcurrido el breve plazo de quince días naturales desde la entrega de la certificación de deuda en que debe haberse formalizado la novación para enervar la subrogación[81].

b) Segunda opción: entrega del certificado solicitado sin enervación

Si el prestamista que va a ser subrogado entrega el certificado que se le ha pedido, la subrogación surtirá los efectos que le son propios, una vez que haya transcurrido el plazo de quince días naturales para el ejercicio del derecho de enervación, sin que se haya formalizado escritura de novación y siempre y cuando la entidad que se subroga proceda a pagar la cantidad indicada en el certificado. En la escritura que eleve a público el negocio de subrogación, el prestamista que se subroga deberá declarar que ha pagado la cantidad acreditada

por la entidad subrogada en concepto de capital pendiente, intereses y comisiones devengadas y no satisfechas. El art. 2 de la Ley 2/1994 exige, además, que se incorpore a la escritura un resguardo de la operación bancaria realizada con finalidad solutoria. No se requiere que se incorpore el certificado entregado por la entidad subrogada en el que se indicaba la cantidad adeudada[82], sino solo el resguardo de la operación de pago. No obstante, y aun en ausencia de previsión expresa, algunos autores consideran que debe incluirse la certificación presentada, "puesto que el nuevo acreedor ha de declarar que ha pagado a la antigua entidad acreedora lo que «ésta acredite» y la única forma de acreditarlo es a través de la certificación entregada"[83]. Otros estiman que no es obligatorio, pero sí conveniente o aconsejable, pues así se reduce la posibilidad de errores, al poder contrastar las cantidades indicadas en el certificado con las que constan como pagadas en el resguardo de la operación bancaria[84].

Como regla general, también debe incorporarse a la escritura la manifestación de que ha transcurrido el plazo de quince días sin que el prestamista anterior haya enervado la subrogación. No se puede otorgar la escritura mientras no transcurra este plazo, pues durante su transcurso el acreedor inicial tiene derecho a enervar la subrogación[85]. Como excepción, es posible otorgar la escritura antes de que haya transcurrido el mencionado plazo, si el acreedor originario ha renunciado al ejercicio de su derecho, ya sea de manera expresa o mediante actos concluyentes como la aceptación del pago de lo que se le adeuda[86].

c) Tercera opción: la entidad a la que se pretende subrogar, permanece pasiva y no entrega el certificado solicitado

La solución ante la actitud pasiva de la entidad a la que se pretende subrogar, la aportan los párrafos quinto y sexto del art. 2 de la Ley 2/1994, a los que el RD-Ley 19/2022 ha devuelto la redacción de su texto original.

En este caso, una vez ha transcurrido el plazo de siete días naturales para la entrega del certificado con las cantidades adeudadas, la entidad que desea subrogarse puede proceder a calcular, bajo su responsabilidad y asumiendo las consecuencias de un posible error, que no podrá repercutir al deudor, la cantidad que se adeuda, depositándola en poder del notario autorizante de la escritura de subrogación a disposición de la entidad acreedora. El depósito puede realizarse en metálico o mediante un cheque bancario nominativo, en el que se designe al prestamista que va a ser sustituido[87]. El Notario está obligado a aceptar el depósito[88] y a redactar la correspondiente acta de depósito conforme a lo prevenido en los arts. 216 a 220 del Reglamento notarial.

El notario debe notificar de oficio a la entidad acreedora la constitución del depósito a su disposición, mediante remisión de copia autorizada de la escritura de subrogación, disponiendo aquella de un plazo de ocho días para alegar cualquier error que aprecie. En opinión de la doctrina, el depósito en la Notaría solo se mantendrá hasta que transcurra este plazo de ocho días. Una vez transcurrido sin que se haya alegado error, la cantidad depositada debe devolverse a la entidad que se subroga y si no lo acepta se procederá a su consignación judicial. El párrafo quinto del art. 2 de la Ley 2/1994 indica que el error debe alegarse en la misma forma en que se produjo la notificación, lo que ha sido interpretado por un sector de la doctrina en el sentido de considerar que debe alegarse mediante personación en la Notaría[89]. Otros autores estiman, en cambio, que debe hacerse por conducto notarial, bien sea por diligencia a continuación de la escritura de subrogación o mediante un acta independiente[90].

En este caso, y sin perjuicio de que la subrogación surta todos sus efectos, el juez que fuese competente para conocer del procedimiento de ejecución, a petición de la entidad acreedora o de la entidad subrogada, citará a éstas, dentro del término de ocho días, a una comparecencia. Después de oírlas, admitirá los documentos que se presenten y acordará, dentro de los tres días siguientes, lo que estime procedente. El auto que dicte será apelable en un solo efecto, debiendo sustanciarse el recurso por los trámites de apelación de los incidentes.

3.D. Elevación a escritura pública y constancia registral de la subrogación

La concesión del préstamo para saldar la deuda previa y el negocio de subrogación entre el deudor y la nueva entidad acreedora se pueden elevar a público en una única escritura, sin que sea necesaria la comparecencia del acreedor anterior.

A la escritura debe incorporarse el resguardo de pago al acreedor anterior. No es necesario que se incorpore el certificado del importe del débito, ni el justificante de su entrega, pero si no se incorporan el Notario deberá manifestar que se le han exhibido[91]

Para que la subrogación surta efecto frente a terceros, será necesario que se haga contar en el Registro de la propiedad por medio de una nota marginal[92] en la que se harán constar:

1.ª La persona jurídica subrogada en los derechos del acreedor.
2.ª Las nuevas condiciones pactadas del tipo de interés, del plazo, o de ambos.
3.ª La escritura que se anote, su fecha, y el notario que la autorice.
4.ª La fecha de presentación de la escritura en el Registro y la de la nota marginal.

5.ª La firma del registrador, que implicará la conformidad de la nota con la copia de la escritura de donde se hubiere tomado.

El Registrador solo puede calificar las cláusulas que resulten modificadas con la subrogación, pero no las que permanezcan inalteradas.

4. Efectos de la subrogación con novación del tipo de interés

4.A. Subrogación del nuevo acreedor en el préstamo con subsistencia de las garantías preexistentes

Culminada la subrogación se produce una adquisición derivativa del crédito con todas sus posibles garantías por el nuevo acreedor. El crédito subsiste y es transmitido al nuevo acreedor que ha satisfecho la deuda al anterior, junto con la hipoteca que lo garantiza y cualesquiera otras garantías que lo adornasen. El crédito del que dispone el nuevo acreedor, tras la subrogación, es el mismo del que gozaba el acreedor originario al que se han satisfecho todas las cantidades que se le adeudaban[93]. En el supuesto que analizamos en este trabajo tan solo habrán cambiado las condiciones del tipo de interés. Tras la subrogación se produce una sustitución del acreedor en el contrato de préstamo que permanece vigente con todos sus derechos anexos, privilegios y garantías. Se mantiene así, preferencia crediticia que otorga la garantía hipotecaria anudada al crédito en el que se subroga.

4.B. Aplicación íntegra de la LCCI en caso de subrogación en contratos dentro de su ámbito de aplicación objetivo y subjetivo, pero celebrados originariamente antes de su entrada en vigor.

Como ya hemos explicado en relación con la novación, la disposición transitoria primera de la LCCI, prevé en su apartado segundo que las disposiciones de la LCCI se apliquen a los contratos celebrados con anterioridad a su entrada en vigor si son objeto de novación o subrogación con posterioridad a su entrada en vigor. La misma argumentación sostenida en relación con la novación es aplicable a la subrogación acompañada de la novación del tipo de interés. Por lo tanto, el texto del nuevo contrato no solo debe incluir la modificación de la modalidad del tipo de interés pretendida, sino otras imprescindibles para adaptar su contenido a lo dispuesto en los arts. 24 y 25 LCCI, en materia de intereses de demora o vencimiento anticipado. Si no se modifican las cláusulas que así lo requieran (p. ej. no se eliminan las cláusulas suelo), se considerarán nulas por ilegales[94].

4.C. Mantenimiento del rango de la hipoteca

Tras la subrogación la hipoteca mantiene su rango. La entidad que se ha subrogado conserva la posición de la anterior entidad acreedora, salvo que la subrogación haya ido acompañada de cambios que comporten un aumento de la cifra de responsabilidad, pues en tal caso se pierde el rango para lo novado[95]. En principio, la modificación de la modalidad de tipo de interés no plantea problemas a este respecto, pues, como regla general, va a suponer una minoración de la deuda. Aunque del tenor literal del art. 4 Ley 2/1994 parece que son admisibles subrogaciones acompañadas de cualquier modificación de las condiciones del tipo de interés, pactado o vigente, lo que supone que se admiten tanto las que supongan reducción de la deuda como las que la aumenten, en la práctica es altamente improbable que el deudor pacte una subrogación que le suponga un mayor coste. Por eso, en tanto que la subrogación comporte una minoración de la deuda, no se ven afectados los intereses de aquellos terceros que ostenten algún derecho sobre el inmueble hipotecado y, en particular, de quienes son titulares registrales de cargas que son posteriores a la hipoteca objeto de subrogación[96].

4.D. Reintegro a la entidad subrogada de la parte proporcional de los gastos que satisfizo

Cuando la subrogación se produce en un contrato de crédito o préstamo hipotecario sometido a la LCCI, el prestamista subrogante debe abonar al que resulta subrogado una parte proporcional de los gastos e impuesto que satisfizo en el momento de la constitución del préstamo (art. 14.e.2.º párr. LCCI). Para calcular el importe que corresponde como compensación, se aplicarán las siguientes reglas previstas en el propio art. 14.e LCCI:

i) En el caso del impuesto pagado por la cuota de actos jurídicos documentados, documentos notariales, se deberá efectuar la liquidación del impuesto que correspondería a una base imponible integrada por la cantidad total garantizada entendiendo por tal la constituida por el importe del préstamo pendiente de amortización en la fecha de la subrogación y los correspondientes intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento y otros conceptos análogos, que se hubieran establecido. La entidad subrogante deberá reintegrar a la subrogada el importe resultante de dicha liquidación.

ii) En el caso del resto de gastos, se deberá prorratear la liquidación de dichos gastos entre la suma del importe del préstamo y los correspondientes intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento y otros conceptos análogos, que se hubieran establecido. La entidad subrogante

deberá reintegrar a la subrogada la parte de dicha suma que corresponda al préstamo pendiente de amortización.

4.E. Conservación y facilitación de la documentación precontractual previa a la subrogación

Si el préstamo o crédito hipotecario está sometido a la LCCI, el prestamista subrogado debe seguir conservando la documentación precontractual durante el plazo de seis años que fija la Disposición adicional cuarta de la LCCI. Si con posterioridad así se le requiriese, estará obligado a facilitar una copia de dicha documentación al prestamista que se ha subrogado en el caso que le fuera requerida por éste y a su costa. Tanto el prestamista inicial como el prestamista que se subroga estarán obligados a facilitar dicha documentación al prestatario, si es reclamada por éste, por lo que ambos deberán conservarla.

V. REDUCCIÓN DE LOS COSTES DE LA NOVACIÓN O LA SUBROGACIÓN POR EL RD-LEY 19/2022

1. La reducción de costes como estímulo al cambio en la modalidad de tipo de interés

El pago de comisiones, impuestos y honorarios registrales y notariales puede hacer inviable económicamente una operación de novación o subrogación con cambio de la modalidad de tipo de interés, cuando todos estos costes resulten más elevados que la potencial rebaja que se obtendría con el paso de un tipo variable a un tipo fijo. De ahí que ya la Ley 2/1994 concediese beneficios fiscales a estas operaciones y estableciese límites para el cálculo de los honorarios notariales y registrales. Posteriormente, los arts. 7 a 9 de la Ley 41/2007 introdujeron nuevos incentivos en forma de eliminación o límites a las posibles compensaciones a percibir en caso de subrogación, si bien tales incentivos se limitaron a los préstamos o créditos hipotecarios en que el prestatario fuese una persona física y la hipoteca recayese sobre una vivienda y a aquellos en los que el prestatario fuese una persona jurídica que tributase por el régimen fiscal de empresas de reducida dimensión en el Impuesto sobre Sociedades. También, la LCCI, ya en el texto original de su art. 23.6, limitó las comisiones que podían exigirse en supuestos de novación o de subrogación que comportasen la sustitución de un tipo variable por uno fijo. Posteriormente, el RD-ley 19/2022 introdujo nuevas normas y modificó las existentes con la finalidad de reducir aún más los costes de la novación o subrogación con conversión de un tipo variable en un tipo fijo. Finalmente, el

ámbito de aplicación de estas reducciones y exenciones y su extensión temporal han sido ampliadas tras la reforma operada por el RD-Ley 8/2023 en la LCCI y el RD-Ley 19/2022.

El resultado final de estas reformas sucesivas es un conjunto de normas dirigidas a reducir los costes del cambio de tipo de interés cuyo ámbito de aplicación es difícil de determinar. En los siguientes apartados se sintetizarán y explicarán los diferentes incentivos.

2. Límites a las posibles comisiones

2.A. Límites a la comisión por reembolso en supuestos de subrogación

La subrogación del acreedor con cambio de tipo de interés comporta el reembolso de la deuda pendiente al acreedor original, pudiendo haberse previsto en el contrato el pago de una comisión caso de producirse dicho reembolso. No cabría hablar aquí propiamente de amortización anticipada, pues como hemos explicado el crédito no se extingue, produciéndose tan solo un cambio de acreedor.

Cuando se trate de un préstamo o crédito sometido a la LCCI y la subrogación vaya acompañada de un cambio que suponga "la aplicación durante el resto de vigencia del contrato de un tipo de interés fijo o con un primer período fijo de, al menos, 3 años, en sustitución de otro variable", el art. 23.6 LCCI impone una reducción considerable del límite aplicable a la comisión por reembolso anticipado, puesto que la compensación exigida no podrá superar la pérdida financiera que pudiera sufrir el prestamista, con el límite, en todo caso, del 0, 05% del capital reembolsado anticipadamente, si la subrogación se produce durante los tres primeros años de vigencia del contrato de préstamo. Pasados esos tres primeros años, no podrá cobrarse compensación o comisión alguna. Esta regla se aplicará incluso si el contrato original se hubiese celebrado antes de la entrada en vigor de la LCCI, por disponerlo así el apartado tercero de la disposición transitoria primera de la LCCI. Debe resaltarse que la reducción solo se aplica cuando el tipo de interés fijo o el tipo mixto, con un fijo de al menos tres años, que va a sustituir al variable sea de aplicación "durante el resto de vigencia del contrato". A la vista de esta redacción se plantea la duda sobre qué sucederá si, posteriormente, se modifica de nuevo el tipo de interés, ¿podría, entonces, el acreedor inicial reclamar una cuantía superior en concepto de comisión?

Estos límites se deben aplicar también a posibles comisiones por subrogación. En algunos condicionados generales de préstamo hipotecario se observa cómo se prevé una comisión por subrogación separada y distinta de la comisión por cancelación anticipada. Considero que los límites previstos para la comisión por la cancelación anticipada deben aplicarse a la comisión por subrogación. No

cabe admitir el cobro de una comisión por subrogación separada y distinta de la comisión por cancelación anticipada.

Si se trata de un préstamo al que no cabe aplicar la LCCI (p. ej. un préstamo hipotecario concedido a una sociedad en el ejercicio de su actividad mercantil) también se prevé una reducción de las comisiones por reembolso anticipado, por aplicación de normas diversas en atención al momento en que se celebró el contrato. Así, si el contrato se celebró antes del 27 de abril de 2003, la comisión a satisfacer por cancelación anticipada debe ser la pactada, sin que pueda superar el 1% del capital pendiente de amortización por aplicación del art. 3 de la Ley 2/1994. No obstante, si la entidad acreedora demuestra la existencia de un daño económico que no implique la sola pérdida de ganancias, producido de forma directa como consecuencia de la amortización anticipada, podrá reclamar la indemnización correspondiente a ese daño que se le ha causado (art. 3.3.ª Ley 2/1994). Si el contrato se celebró entre el 27 de abril de 2003 y el 9 de diciembre de 2007, resultará de aplicación la Disposición adicional única de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica[97] que reduce la comisión máxima a percibir por amortización anticipada en caso de subrogación a un 0, 5 por ciento sobre el capital pendiente de amortización, manteniendo intacta la posibilidad de reclamación de otros daños. Finalmente, si el contrato de préstamo hipotecario no sometido a la LCCI se celebró después del 9 de diciembre de 2007, se aplicarán los arts. 7 a 9 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero. Estas normas solo se aplican hoy a préstamos hipotecarios en que el prestatario sea una persona jurídica que tribute por el régimen fiscal de empresas de reducida dimensión en el Impuesto sobre Sociedades, pues si el prestatario es una persona física y la hipoteca recae sobre su vivienda se le aplicará lo dispuesto en el art. 23.6 LCCI, por expresa disposición del apartado segundo de la disposición transitoria primera LCCI. Conforme el art. 7 de la Ley 41/2007, se prevé que no podrá cobrarse comisión por amortización anticipada total o parcial. No obstante, el art. 8 de esta misma Ley permite el cobro de comisiones por "desistimiento" en caso de cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias, totales o parciales, de los créditos o préstamos previamente concedidos que juegan un papel similar al de la comisión por amortización anticipada. Esta comisión se limita al 0, 5 por ciento del capital amortizado anticipadamente cuando la amortización anticipada se produzca dentro de los cinco primeros años de vida del crédito o préstamo y al 0, 25 por ciento del capital amortizado anticipadamente cuando la amortización anticipada se produzca en un momento posterior. Además, el art. 9 de esta Ley 41/2007 permite el cobro de una compensación por riesgo de tipo de interés.

2.B. Límites a posibles comisiones por novación

En caso de novación no es posible el cobro de comisiones por amortización anticipada o reembolso, porque la simple sustitución de un tipo variable por uno fijo o mixto no comporta reembolso ni amortización, pero sí es posible que el acreedor exija el pago de una comisión específica por la novación. Así, el propio art. 23.6 LCCI recuerda que no es posible el cobro de una comisión por amortización, en caso de novación, si esta no va acompañada de amortización anticipada de parte del capital.

En cambio, sí será posible el cobro de una comisión específica por novación si está prevista en el contrato original, debiendo informarse sobre dicha comisión en el documento resumen de costes y gastos que debe entregarse junto con la información precontractual antes de la novación[98]. En la práctica es frecuente que los condicionados generales de los contratos de préstamo hipotecario contemplen el pago de comisiones para supuestos de futura novación del contrato. Algunos autores sostienen que incluso es posible el cobro de una comisión por novación que no esté pactada en el contrato que va a ser novado, puesto que las partes pueden pactarla como parte de su acuerdo de novación[99].

Cuando se trata de préstamos o créditos hipotecarios a los que resulte de aplicación la LCCI, la posibilidad de cobro de una comisión por novación viene limitada temporalmente por lo dispuesto en el art. 23.6 LCCI, precepto que dispone que: "Transcurridos los tres primeros años de vigencia del contrato de préstamo el prestamista no podrá exigir compensación o comisión alguna en caso de novación del tipo de interés aplicable o de subrogación de acreedor en los que se pacte la aplicación, en adelante y para el resto de la vida del préstamo, de un tipo de interés fijo o con un primer período fijo de, al menos, 3 años"[100]. En mi opinión, este límite se aplica incluso a supuestos de novación de contratos de crédito inmobiliario que reúnan los requisitos objetivos y subjetivos para la aplicación de la LCCI, pero que hayan sido celebrados antes de su entrada en vigor, pues lo dispuesto en esta norma se aplica a la novación modificativa del contrato de préstamo en virtud de la Disposición adicional sexta de la LCCI. En todo caso, estimo que hubiese sido conveniente limitar legalmente el importe máximo de la comisión a satisfacer en caso de novación realizada durante esos tres primeros años de duración del contrato. A este respecto, debe tenerse en cuenta que el límite del 0, 05% que prevé el art. 23.6 LCCI para la subrogación no se puede aplicar a la novación, puesto que la novación no comporta por sí sola reembolso de capital alguno. En los casos en que la novación se acompañe de reembolso de parte del capital, cabrá aplicar el límite del 0, 05% del capital amortizado, previsto en el art. 23.6 LCCI, pero tal límite no es aplicable a una novación que solo consista en la sustitución de un tipo variable por uno fijo o uno mixto.

2.C. La prohibición temporal de cobro de cualesquiera comisiones en supuestos de conversión de préstamos de tipo variable a fijo o a tipo mixto con un periodo fijo de, al menos, tres años.

De manera excepcional, el RD-Ley 19/2022 prevé, en su disposición adicional primera que desde su entrada en vigor, el 24 de noviembre de 2022, y hasta el 31 de diciembre de 2024[101], *"*no se devengarán compensaciones o comisiones por reembolso o amortización anticipada total y parcial de los préstamos y créditos hipotecarios a tipo de interés variable previsto para los supuestos de hecho contemplados en los apartados 5 y 6 del artículo 23 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. No se devengará durante este período ningún tipo de comisiones por la conversión de tipo variable a tipo fijo o con un primer período fijo de, al menos, 3 años de dichos préstamos y créditos". Esta norma implica la imposibilidad de cobro de cualquier comisión por amortización o reembolso, por novación o por cualquier otro concepto vinculado a la conversión de un tipo fijo en variable. Se aplica no solo a las novaciones realizadas al amparo del CBP de 2022 por deudores en situación de vulnerabilidad, sino a cualesquiera novaciones de créditos o préstamos a los que resultase de aplicación la LCCI. Si la novación se acompaña de la amortización o reembolso de parte de lo debido, tampoco podrá cobrarse comisión alguna por este concepto. Esta norma, a diferencia del art. 23.6 LCCI se aplica con independencia de la fecha en que se haya perfeccionado el contrato de préstamo y, por lo tanto, también a préstamos novados en los tres primeros años de duración.

3. Exención del pago del Impuesto de actos jurídicos documentados

Otra medida dirigida a facilitar la subrogación hipotecaria es la exención del Impuesto de actos jurídicos documentados aplicada a las escrituras que documenten una subrogación hipotecaria a la que resulte de aplicación la Ley 2/1994, por expresa previsión del art. 7 de dicha Ley.

El art. 9 de la Ley 2/1994 también exime del pago del Impuesto de actos jurídicos documentados a las escrituras públicas de novación modificativa de préstamos hipotecarios pactados de común acuerdo entre acreedor y deudor, siempre que el acreedor sea una de las entidades a que se refiere el art. 1 de la Ley (prestamista inmobiliario profesional conforme a la LCCI) y la modificación se refiera a las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente, a la alteración del plazo vigente o ambas. En consecuencia, la escritura que documenta una novación consistente en el cambio de un tipo variable a fijo está exenta. A diferencia de las versiones anteriores del precepto, el texto actual no exige que la modificación suponga una mejora en las condiciones del tipo de interés, por lo

que cualquier modificación se beneficiará de esta exención tributaria que se aplica siempre que la escritura contenga alguna de las modificaciones previstas en el art. 9 de la Ley 2/1994. Si se han incluido, además, otras modificaciones diferentes y son inscribibles en el registro de la Propiedad, la exención del Impuesto de actos jurídicos documentados no les alcanza, debiendo determinarse la base imponible en atención al concreto contenido económico de esas otras cláusulas modificativas añadidas[102].

Esta exención se reitera en relación con novaciones al amparo del CBP 2022 en el número 23 del artículo 45.I.B) del 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, según quedó redactado por el art. 9 del RD-ley 19/2022. El precepto declara exentas de la cuota gradual de documentos notariales en la modalidad de actos jurídicos documentados, a las escrituras de formalización de las novaciones contractuales de préstamos y créditos hipotecarios que se produzcan al amparo del CBP de 2022. La norma viene a reconocer para un supuesto concreto, lo que ya reconocía con carácter general el art. 9 de la Ley 2/1994.

4. Reducción de los honorarios notariales y registrales

El art. 8 de la Ley 2/1994 también contempla una sustancial reducción de los honorarios a percibir por los Notarios y Registradores de la propiedad que intervengan en la elevación a público o inscripción de las escrituras de novación o subrogación. En concreto prevé que para el cálculo de los honorarios notariales de las escrituras de subrogación y novación modificativa de créditos o préstamos hipotecarios, se apliquen los aranceles correspondientes a los «Documentos sin cuantía» previstos en el número 1 del RD 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Notarios, lo que supone el cobro de tan solo 30, 05 €. Para el cálculo de los honorarios registrales, se aplicarán los aranceles correspondientes al número 2, «Inscripciones», del anexo I del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Registradores de la Propiedad, tomando como base la cifra del capital pendiente de amortizar, con una reducción del 90 por ciento.

Esta disposición también es aplicable a los préstamos hipotecarios (no a otros créditos inmobiliarios) sometidos a la LCCI cuando sean objeto de la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor o de una novación modificativa en las que se sustituya un tipo de interés variable por uno fijo, con o sin bonificaciones, por expresa remisión de la Disposición adicional novena de la LCCI a la Ley 2/1994. La mala redacción de la norma suscita la duda sobre si la

remisión se refiere tan solo a los honorarios notariales, únicos mencionados en el texto de la disposición, o también a los honorarios registrales que se mencionan en el título de la disposición. En mi opinión, lo dispuesto en el art. 8 de la Ley 2/1994 sobre honorarios registrales debe aplicarse a la novación o subrogación del acreedor en un préstamo hipotecario, siempre que comporte conversión de un tipo variable en un tipo fijo, porque la LCCI no contiene ninguna disposición sobre los honorarios registrales, resultando de aplicación, en todo caso, lo dispuesto en el art. 8 de la Ley 2/1994. Aun cuando se entienda que no hay remisión al art. 8 de la Ley 2/1994, este precepto es de aplicación directa a la subrogación o novación de préstamos hipotecarios que conlleven una modificación en la modalidad de tipo de interés[103].

Finalmente, el art. 4.4 del RD-Ley 19/2022 reduce aún más los ya magros aranceles de notarios y registradores aplicables a las novaciones hipotecarias, cuando estas se realicen acogidas al CBP de 2022. Así, se prevé que el arancel de 30, 05 euros previsto en el apartado 1.1.f del Anexo del RD 1426/1989, se reduzca en un 75%, sin que se devengue cantidad alguna a partir del quinto folio de matriz y de copia, sea copia autorizada o copia simple. Además, se establece un arancel mínimo de 10 € y otro máximo de 30 € por todos los conceptos. En todo caso, y dado que la cantidad máxima a satisfacer con carácter general era, antes de la promulgación del CBP, de tan solo 30, 05 euros tampoco puede considerarse que sea especialmente relevante la reducción del arancel notarial. En el caso de los aranceles registrales, este mismo precepto prevé una reducción similar, puesto que establece que, por la práctica de la inscripción, se aplicará el arancel previsto para las novaciones modificativas en artículo 2.1.g) del anexo I del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores. Al resultado se le aplicará una bonificación del 75 por ciento. El arancel mínimo previsto será de 10 euros y el máximo de 20 euros por todos los conceptos.

VI. CONCLUSIONES. UNA REFORMA QUE LLEGA TARDE Y UN MARCO NORMATIVO DE DIFÍCIL APLICACIÓN

Los primeros datos disponibles sobre el impacto de la nueva regulación muestran un incremento en la renegociación de préstamos hipotecarios, seguramente favorecido por el nuevo marco legal[104]. No obstante, la reforma llegó muy tarde, cuando los tipos de interés eran ya elevados y las entidades de crédito ya no ofrecían tipos fijos atractivos. Los prestatarios mejor informados ya habían iniciado procesos de renegociación y novación en 2020 y 2021 como demuestran las estadísticas del Banco de España.

Además, considero que la reforma se ha realizado atendiendo a la coyuntura existente en 2022 en que resultaba más favorable para los deudores un tipo fijo que uno variable en un contexto de alzas continuadas de los tipos de interés. Sin embargo, es previsible que, a medio plazo, los tipos de interés vuelvan a bajar, lo que hará de nuevo más atractivos los préstamos a tipo variable. De ahí que el legislador debió limitarse a facilitar y simplificar los procesos de novación y subrogación con cambio de tipo de interés, sin exigir que el cambio consista necesariamente en la transformación de un tipo variable en fijo. Son admisibles incentivos temporales en forma de reducción de comisiones o impuestos para este concreto cambio, pero la regulación sustantiva debe estar pensada para cualesquiera cambios, procediendo a eliminar los requisitos innecesarios, pero garantizando, en todo caso, la transparencia de estas operaciones. Los procesos de subrogación con cambio de tipo de interés deberían simplificarse, pues no solo benefician a los prestatarios, sino que introducen más competencia en el mercado. Sin embargo, la complejidad de su tramitación y los costes asociados dificultan un mercado de subrogaciones más activo.

En conjunto y como valoración final, considero que el marco legal vigente de la novación y la subrogación es excesivamente complejo y disperso. La LCCI debiera incluir una regulación de la novación y la subrogación de los créditos inmobiliarios dentro de su ámbito de aplicación para evitar los problemas de descoordinación que genera el hecho de que se regulen en la Ley 2/1994 que tiene un ámbito de aplicación subjetivo mucho más amplio, pero objetivamente limitado a los préstamos o créditos hipotecarios. Por otro lado, la Ley 2/1994 debería aplicarse tan solo a créditos o préstamos hipotecarios a los que no se aplica la LCCI, debiendo incluir en ella una regulación clara de la novación.

VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

1) Sentencias del Tribunal Supremo

- STS, Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:7460)
- STS, Sala de lo Contencioso, de 13 de marzo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:748)
- STS, Sala de lo Contencioso, de 4 de marzo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:752)
- STS, Sala de lo Contencioso, de 19 de mayo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:965)
- STS, Sala de lo Contencioso, de 23 de julio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2723)

2) Sentencias de Audiencias provinciales

- SAP Zaragoza 773/1997, de 12 de diciembre (ECLI:ES:APZ:1997:450).
- SAP Madrid 762/2004, de 10 de diciembre (ECLI:ES:APM:2004:15792)

3) Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General de Seguridad jurídica y fe pública

- Resolución, de 19 de julio de 1995, de Dirección General de los Registros y del Notariado en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Villalpando contra la negativa del Registrador de la propiedad de dicha localidad a inscribir una escritura de subrogación hipotecaria (BOE 18/08/1995).
- Resolución de 20 de julio de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Villalpando, don Francisco Javier Oñate Cuadros, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de dicha localidad a inscribir una escritura de subrogación hipotecaria, en virtud de apelación del recurrente (BOE 18/08/1995).
- Resolución 21 de julio de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Villalpando, don Francisco Javier Oñate Cuadros, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de dicha localidad, a inscribir una escritura de subrogación hipotecaria, en virtud de apelación del recurrente (BOE 18/08/1995).
- Resolución de 7 de junio de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid, don Juan Romero Girón Deleito, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Madrid, número 33, don Ramón Sánchez de Frutos, a inscribir una escritura de novación de préstamo hipotecario, en virtud de apelación del señor Registrador (BOE 13/07/2001).
- Resolución de 18 de junio de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por la Caja de Ahorros de Asturias, frente a la negativa del Registrador de la propiedad número 1 de Oviedo, don Manuel Figueiras Dacal, a inscribir una escritura de subrogación de hipoteca en virtud de apelación del recurrente (BOE 24/07/2001)
- Resolución de 17 de julio de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Jesús María Alcalde Barrio, en nombre y representación de la Caja de Ahorros de Asturias, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad de Oviedo número 5, don José María Cadenaba Coya, a inscribir una subrogación de hipoteca en virtud de apelación del recurrente (BOE 21/08/2001)
- Resolución de 23 de septiembre de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por la notaria de Ciudad Real doña María Luisa García de Blas Valentín Fernández, contra

la negativa de la registradora de la propiedad n.º 2 de dicha localidad, a inscribir una escritura de subrogación de préstamo hipotecario (BOE 02/11/2009).

- Resolución de 24 de septiembre de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por don Rafael Bonardell Lenzano, notario de Madrid, contra la negativa del registrador de la propiedad n.º 1 de Colmenar Viejo, a inscribir una escritura de subrogación de préstamo hipotecario (BOE 02/11/2009).
- Resolución de 19 de julio de 2012, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el Registrador de la propiedad accidental de Fuengirola n.º 1, por la que se deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de documento privado junto con otra de novación modificativa de préstamo hipotecario (BOE 03/10/2012).
- Resolución de 28 de enero de 2020, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Madrid n.º 17, por la que se suspende la inscripción de una escritura de novación de préstamo con garantía hipotecaria (BOE 18/06/2020).
- Resolución de 11 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación emitida por la registradora de la propiedad n.º 11 de Madrid en una escritura de subrogación activa de hipoteca, por razón de no constar incorporada la certificación de deuda emitida por el banco (BOE 28/12/2020).
- Resolución de 28 de octubre de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Palafrugell a inscribir una escritura de novación de un préstamo con garantía hipotecaria (BOE 23/11/2021)
- Resolución de 13 de septiembre de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Sevilla n.º 12, por la que se suspende la inscripción de una escritura de subrogación de acreedor y modificación de préstamo hipotecario (BOE 21/10/2022).
- Resolución de 27 de junio de 2023, 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 Bilbao n.º 3, por la que se suspende la inscripción de una escritura de novación de préstamo con garantía hipotecaria (BOE 14/07/2023)
- Resolución de 30 de enero de 2024, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de

la registradora de la propiedad de La Rinconada a inscribir una escritura de novación de préstamo con garantía hipotecaria (BOE 08/03/2024)

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ADÁN GARCÍA, M.ª E. (2002). El hipotecante no deudor en el ámbito de la Ley 2/94, de 30 de marzo, de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios. *Lunes 4, 30*, número 318, pp. 17 y ss.

AGÜERO ORTIZ, A. (2019). Ámbito de aplicación objetivo y subjetivo. En: Á. Carrasco Perera, (dir.) *Comentarios a la Ley de crédito inmobiliario,* Aranzadi, Cizur Menor (consulta en línea en base de datos Proview).

ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S. (2011). *Derecho civil*, Madrid: Edisofer.

ALBIEZ DORHMANN, K. J. (2019). La aplicación en el tiempo de la Ley de contratos de crédito inmobiliario y de otras normas. *Diario La Ley*, n.º 9439, Junio (consulta on line en la base de datos Smarteca).

ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2020). Ámbito personal y material de los contratos de crédito inmobiliario. En: K.J. Albiez Dohrmann y M.ª L. Moreno-Torres Herrera (coords), *Los contratos de préstamo inmobiliario*, Barcelona: Bosch, pp. 72 a 94.

ALBIEZ DOHRMANN, K.J. y MORENO-TORRES HERRERA, M.ª L. (coords.) (2021). *Los contratos de préstamo inmobiliario: actualizado a los RD-ley para la protección de deudores en situación de vulnerabilidad*, Madrid: Wolters Kluwer.

ALONSO PÉREZ, M.ª T. (2015). El código de buenas prácticas de reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual. Naturaleza jurídica y su análisis como supuesto específico de sobreendeudamiento de particulares. *Revista de Derecho civil*, vol. II.2

CALATAYUD SIERRA, A. (1994). El procedimiento de subrogación hipotecaria en la Ley 2/1994. *Revista jurídica del Notariado,* n.º 10, pp. 9 y ss.

CAÑIZARES LASO, A. (1996). *El pago con subrogación*, Madrid: Civitas

CAPILLA RONCERO, F. (1995). Voz subrogación. En: *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. IV, Madrid, pp. 6383 y ss.

CASTELLANOS CÁMARA, S. (2020), *Recargas y novaciones hipotecarias*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.

CORDERO LOBATO E (2019) Apéndice 2: Novedades del régimen de subrogación de la Ley 2/1994 introducidas por la LCCI. En: Á. Carrasco Perera, (dir.) *Comentarios a la Ley de crédito inmobiliario.* Cizur Menor: Aranzadi.

DÍEZ PICAZO, L. (1983). *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial,* Vol. I, 2.ª ed. Madrid: Tecnos.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2013). Comentario al art. 1203. En: A. Bercovitz Rodríguez Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo VI (Arts. 1043 a 1264). Valencia: Tirant lo Blanch (acceso on line en https://biblioteca-tirant-com.cuarzo.unizar.es).

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2013). Comentario al artículo 1211. En: Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.) *Comentarios al Código Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch (acceso on line en https://biblioteca-tirant-com.cuarzo.unizar.es).

DEL OLMO GARCÍA, P. (1998), *Pago de tercero y subrogación*, Civitas, Madrid.

FAUS, M. (2002). Escritura de subrogación de acreedor en una hipoteca inmobiliaria. Comentario, noviembre (documento accesible en https://app-vlex-com).

GARCÍA GARCÍA, J. M. (2019). Comentario artículo 2 Ley 2/1994. En: *Legislación hipotecaria y del crédito inmobiliario. Jurisprudencia y Comentarios.* Cizur Menor: Aranzadi (consultada versión on line en Proview)

GARCÍA GARCÍA, J. M. (2019). Comentario a la disposición transitoria primera LCCI. En: *Legislación hipotecaria y del crédito inmobiliario. Jurisprudencia y Comentarios,* Cizur Menor: Aranzadi (consultada versión on line en Proview)

GARCÍA GARCÍA, J. M. (2019). Comentario a la disposición adicional novena LCCI. En: *Legislación hipotecaria y del crédito inmobiliario. Jurisprudencia y Comentarios,* Cizur Menor: Aranzadi (consultada versión on line en Proview)

GARCÍA GARCÍA, J. M. (2019). Comentario artículo 23 LCCI. En: *Legislación hipotecaria y del crédito inmobiliario. Jurisprudencia y Comentarios.* Cizur Menor: Aranzadi (consultada versión on line en Proview).

GARCÍA MAS, F.J. (1994). Comentarios a la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 624, pp. 1947 y ss.

GOMA LANZÓN, F. (2019). Ley de Crédito Inmobiliario: el deudor recupera el poder de decidir si cambia la hipoteca de un banco a otro" *El Notario del siglo XXI*, n.º 84.

GÓMEZ POMAR, F., SEGURA MOREIRAS, A., y ERNESTO SUÁREZ PUGA, E. (2021). La subrogación del acreedor hipotecario a voluntad del deudor: ¿Un mercado de portabilidad fallido? *Revista de derecho mercantil*, n.º 322.

HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M. (1994). Breve análisis de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 622, pp. 1199 y ss.

HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.ª D. (1996). Algunas cuestiones civiles de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 19, pp. 155 y ss.

LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F. de A.; DELGADO ECHEVARRIA, J. y RIVERO HERNANDEZ, F. (1985). *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. I. Barcelona.

LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1994). La subrogación y modificación en los préstamo hipotecarios. *Anuario de Derecho Civil,* vol. 4, pp.17-84.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (coord.) (2018). *Curso de Derecho Civil*, Tomo II (Derecho de obligaciones) Vol. 1.º (Teoría general de la obligación y el contrato). Madrid: Edisofer.

MARTÍNEZ PIÑEIRO, E. (1994). Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (Ley 2/1994, de 30 de marzo). *Lunes 4, 30*, n.º 148, pp. 34 y ss.

MATEO ESTÉVEZ, J. (1994). Ley de subrogación y novación hipotecaria de 30 de marzo de 1994. Reflexiones en torno a ella. *La notaría*, n.º 4, pp. 9 y ss.

REY PORTOLES, J. M. (1995). La hipoteca como derecho real divorciable del crédito garantizado. En: *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*. Madrid: Centro de estudios registrales, pp. 25 a 56.

RUBIO GARRIDO, T. (1998). *La ley de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios*, Granada: Comares.

RUIZ-RICO RUIZ, J. M. (1994). Problemática derivada de la subrogación prevista en el artículo 1.211 del Código civil, y su aplicación a los créditos hipotecarios. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 9.

RUIZ-RICO RUIZ, J. M. y UREÑA MARTÍNEZ, M. (1994). Aspectos civiles de la Ley 2/1994 de 30 de marzo sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. *Actualidad civil*, n.º 38, pp. 785 y ss.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2019), *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*, Valencia: Tirant lo Blanch.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2020). Subrogación y novación en los préstamos inmobiliarios. En: K. J. Albiez Dohrmann y M.ª L. Moreno-Torres Herrera, M.ª L. (Coords.) *Los contratos de préstamo inmobiliario: actualizado a los RD-ley para la protección de deudores en situación de vulnerabilidad*, Bosch, Barcelona, págs. 781-800.

SANCHO REBULLIDA, F. (1964). *La novación de las obligaciones.* Barcelona: Nauta.

SANCHO REBULLIDA, F. (1980) Comentario al art. 1.211. En: Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI, vol. 1.º, Madrid: Edersa.

SERRANO YUSTE, J. (2020). Novación modificativa de préstamo hipotecario documentada en póliza. *Notario del siglo XXI*, n.º 94.

SUÁREZ PUGA, E., y SEGURA MOREIRAS, A. (2021). La subrogación del acreedor hipotecario a instancia del deudor: un planteamiento sobre su naturaleza contractual y su finalidad tuitiva de los intereses de los consumidores. *La Ley mercantil*, n.º 79.

TENZA LLORENTE, M. (2022), *La tutela del deudor y del garante hipotecario en la contratación de préstamos inmobiliarios. El ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*. Cizur Menor: Aranzadi.

VATTIER FUENZALIDA, C. (1985). Notas sobre la subrogación personal. *Revista de Derecho Privado,* pp. 491 y ss.

NOTAS

[1] Según datos del Banco de España, entre junio de 2021 y diciembre de 2022, el crecimiento acumulado del índice armonizado de precios al consumo (IAPC) en España fue del 9, 8 %. Véase Banco de España, *Informe de Estabilidad financiera*, marzo de 2023, p. 71.

[2] Datos obtenidos de las estadísticas sobre tipos de interés publicados por el Banco de España en su página web. Son accesibles en https://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/bolest19.html.

[3] Conforme a la Resolución de 19 de diciembre de 2023, del Banco de España, por la que se publican determinados tipos de interés oficiales de referencia del mercado hipotecario (BOE 20/12/2023), el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España, se ha situado en noviembre de 2023 en el 4, 276 %.

[4] Véase el estudio sobre el incremento de la fragilidad financiera de los hogares realizado por el Banco de España (2023). *Informe de Estabilidad financiera*, pp. 71 a 75.

[5] GÓMEZ POMAR, F., SEGURA MOREIRAS, A., y ERNESTO SUÁREZ PUGA, E. (2021). La subrogación del acreedor hipotecario a voluntad del deudor: ¿Un mercado de portabilidad fallido? *Revista de derecho mercantil*, n.º 322 (consulta on line), apartado III.2.2 in fine, consideran que estos son los dos principales factores que explican la preferencia por tipos de interés fijo a partir de 2015.

[6] Véase los datos y gráficas que proporcionan GÓMEZ POMAR, F., SEGURA MOREIRAS, A., y ERNESTO SUÁREZ PUGA, E. (2021). La subrogación del acreedor…, cit., apartado III. 2.1.

[7] Así lo constatan GÓMEZ POMAR, F., SEGURA MOREIRAS, A., y ERNESTO SUÁREZ PUGA, E. (2021). La subrogación del acreedor…, cit., apartado III. 2.1.

[8] En Italia, la introducción de un régimen legal que limitaba los costes de estas operaciones, generó más competencia en el mercado crediticio. Así lo indica GÓMEZ POMAR, F., SEGURA MOREIRAS, A., y SUÁREZ PUGA, E. (2021). La subrogación del acreedor…, cit., apartado I.

[9] De este riesgo advierten GÓMEZ POMAR, F., SEGURA MOREIRAS, A., y SUÁREZ PUGA, E. (2021). La subrogación del acreedor…, cit., apartado I.

[10] Sobre los requisitos para la aplicación del art. 1211 CC, véase SANCHO REBULLIDA, F. (1980) Comentario al art. 1.211. En: Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI, vol. 1.º, Madrid: Edersa; LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1994). La subrogación y modificación en los préstamo hipotecarios. *Anuario de Derecho Civil,* vol. 4, pp. 36 a 41 o ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2013). Comentario al artículo 1211. En: Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.) *Comentarios al Código Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 8963-8967.

[11] Véase a GÓMEZ POMAR, F., SEGURA MOREIRAS, A., y ERNESTO SUÁREZ PUGA, E. (2021). La subrogación del acreedor…, cit., apartado I, quien sigue en esta interpretación (véase la nota 5) a SANCHO REBULLIDA, F. (1980) Comentario al art. 1.211, cit. y CAÑIZARES LASO, A. (1996). *El pago con subrogación*, Madrid: Civitas.

[12] Así se pone de manifiesto en el apartado III del preámbulo del RD-Ley 19/2022.

[13] Se aprobó mediante Resolución de 23 de noviembre de 2022, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de noviembre de 2022 (BOE de 24 de noviembre de 2022).

[14] Compartimos plenamente la calificación como Derecho opcional de ALONSO PÉREZ, M.ª T. (2015). El código de buenas prácticas de reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual. Naturaleza jurídica y su análisis como supuesto específico de sobreendeudamiento de particulares. *Revista de Derecho civil,* vol. II.2, pp. 37-38. El Código no es un instrumento de autorregulación sino un Derecho opcional al que las partes pueden acogerse voluntariamente.

[15] Véase la Resolución de 27 de diciembre de 2023, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de diciembre de 2023, por el que se modifica el Código de Buenas Prácticas de medidas urgentes para deudores hipotecarios en riesgo de vulnerabilidad (BOE 29/12/2023).

[16] Concepto muy amplio que incluye incluso préstamos concedidos por consumidores con finalidad inversora. Véase AGÜERO ORTIZ, A. (2019). Ámbito de aplicación objetivo y subjetivo. En: Á. Carrasco Perera, (dir.) *Comentarios a la Ley de crédito inmobiliario.* Cizur Menor: Aranzadi (consulta en línea en base de datos Proview), apartado II.1. La exigencia de profesionalidad o finalidad inversora permitiría excluir las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones incorporadas a títulos-valores, por no gozar el concedente del préstamo de la condición de prestamista inmobiliario profesional.

[17] Véase, en este sentido, LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1994). La subrogación..., cit., p. 50. En cambio, sin justificación alguna, SUÁREZ PUGA, E., y SEGURA MOREIRAS, A. (2021). La subrogación del acreedor hipotecario a instancia del deudor: un planteamiento sobre su naturaleza contractual y su finalidad tuitiva de los intereses de los consumidores. *La Ley mercantil*, n.º 79, p. 6, consideran que la Ley 2/1994 solo se aplica a los consumidores. No hay ningún elemento en la Ley 2/1994 que permita tal deducción.

[18] Para un análisis detallado del ámbito de aplicación subjetivo de la LCCI, véase SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2019), *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 30-44; AGÜERO ORTIZ, A. (2019). Ámbito de aplicación objetivo…, cit., subapartados 1, 2 y 3 o ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2020). Ámbito personal y material de los contratos de crédito inmobiliario. En: K.J. Albiez Dohrmann y M.ª L. Moreno-Torres Herrera (coords), *Los contratos de préstamo inmobiliario*, Barcelona: Bosch, pp. 72 a 94.

[19] Aunque inicialmente resultaba dudoso si la Ley 2/1994 se aplicaba solo a préstamos en sentido estricto o también a créditos hipotecarios, la DGRN estimo que también era aplicable a contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria, pero solo una vez que se haya dispuesto del crédito. El crédito en cuenta corriente es una relación jurídica compleja con obligaciones para ambas partes que se transforma al finalizar el periodo de disponibilidad en una relación jurídica unilateral de deuda por el saldo que arroje la correspondiente cuenta, pudiendo entonces considerarse como un contrato plenamente equiparable al de préstamo hipotecario y siendo posible la aplicación de la Ley 2/1994. Véase, en este sentido, las Resoluciones de la DGRN de 18 de junio de 2001 (BOE 24/07/2001) o de 17 de julio de 2001 (BOE 21/08/2001). Ya antes la doctrina había optado por una interpretación amplia y así, véase RUBIO GARRIDO, T. (1998). *La Ley de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios*. Granada: Comares, pp. 86 a 91.

[20] No hay duda, puesto que la Ley 2/1994 no hace ninguna distinción. Así se entendió desde las primeras interpretaciones de la norma. Véase MARTÍNEZ PIÑEIRO, E. (1994). Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (Ley 2/1994, de 30 de marzo). *Lunes 4, 30*, n.º 148, p. 39; LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1994). La subrogación..., cit., p. 52 o RUBIO GARRIDO, T. (1998). *La ley de subrogación… cit.,* pp. 92 a 96.

[21] Véase AGÜERO ORTIZ, A. (2019). Ámbito de aplicación..., cit., apartado II.6.1.

[22] Con carácter general, la doctrina y la jurisprudencia estiman, en interpretación conjunta de los arts. 1203 y 1204 CC que la novación del objeto de las obligaciones tiene mero carácter modificativo, salvo que se declare terminantemente el carácter extintivo de la novación, o que la antigua y la nueva obligación sean de todo punto incompatibles. Para un completo resumen de los argumentos en favor de esta tesis, véase CASTELLANOS CÁMARA, S. (2020), *Recargas y novaciones hipotecarias*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 224 a 237.

[23] Así la DGRN en su Resolución de 7 de junio de 2001 (BOE 13/07/2001) confirmó la negativa del registrador a la inscripción de una escritura de novación de préstamo hipotecario por no constar el consentimiento de uno de los hipotecantes (eran tres) que no tenía la condición de deudor. Sostiene la DGRN que: "es indudable que el acreedor y deudor pueden, sin necesidad de consentimiento del hipotecante no deudor, modificar en los términos que consideren oportunos las condiciones de la relación obligatoria que solo a ellos afecta, pero no lo es menos, que por la relatividad del contrato (cfr. artículos 1.257 y 1.835 del Código Civil), tal modificación no puede extenderse a la hipoteca cuando suponga un agravamiento o ampliación de la misma, en tanto no haya sido consentida por el constituyente de la garantía". Para un comentario, véase ADÁN GARCÍA, M.ª E. (2002). El hipotecante no deudor en el ámbito de la Ley 2/94, de 30 de marzo, de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios. *Lunes 4, 30*, número 318, pp. 17 y ss. y, en especial, pp. 19-20.

[24] Si la novación solo comporta una bajada del tipo de interés ordinario, de los intereses de demora o un cambio de otras cláusulas que no supongan ampliación de la responsabilidad hipotecaria no será necesario el consentimiento del cónyuge que no sea propietario de la vivienda habitual. Véase la RDGSJFP de 30 de enero de 2024 (BOE 8 de marzo de 2024).

[25] Siguiendo los argumentos de AGÜERO ORTIZ, A. (2019). Ámbito de aplicación...… apartado II.6.1 considero que la LCCI es aplicable a las novaciones que operan sobre créditos ya sometidos a la LCCI y también a aquellas que afectan a créditos o préstamos no sometidos a la LCCI, pero que pasarán estarlo como resultado de la novación.

[26] Así lo establece el punto 4, D de la Instrucción de 20 de diciembre de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la actuación notarial y registral ante diversas dudas en la aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE 30/12/2019), pág. 14219 y se confirma en la Resolución de 28 de enero de 2020, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Madrid n.º 17, por la que se suspende la inscripción de una escritura de novación de préstamo con garantía hipotecaria (BOE 18/06/2020), pp. 42061 y 42062.

[27] Véase, en este sentido, de ALBIEZ DORHMANN, K. J. (2019). La aplicación en el tiempo de la Ley de contratos de crédito inmobiliario y de otras normas. *Diario La Ley*, n.º 9439, Junio (consulta on line en la base de datos Smarteca), apartado III.2.B, pp. 5-6. Esta es también la interpretación sostenida por la DGRN en el Punto 4. D de su Instrucción de 20 de diciembre de 2019, pág. 142193 y en su Resolución de 28 de enero de 2020, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Madrid n.º 17, por la que se suspende la inscripción de una escritura de novación de préstamo con garantía hipotecaria (BOE 18/06/2020), pp. 42061 y 42062.

[28] Compartimos la opinión de ALBIEZ DORHMANN, K. J. (2019). La aplicación en el tiempo…, cit., apartado III.2.B, pp. 5-6, quien considera que debe entregarse toda la documentación exigida por el art. 14.1 LCCI.

[29] A este respecto, la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 27 de junio de 2023 (BOE 14/07/2023) estima que la novación del tipo de variable a fijo no obliga a modificar la cifra de responsabilidad hipotecaria, salvo que de mantenerse la cifra de responsabilidad hipotecaria, resultase infringido el límite máximo establecido en el artículo 220 del Reglamento Hipotecario, trasunto del 114 de la Ley Hipotecaria, según el cual «cuando se fije en la escritura una cantidad global para responder del pago de intereses, no podrá exceder del importe correspondiente a cinco anualidades. En tal caso, la discrepancia entre los términos que definen la obligación asegurada y los de la extensión objetiva de la hipoteca, comportarían una vulneración de las exigencias de claridad y precisión en el contenido de los asientos registrales (artículo 12 de la Ley Hipotecaria).

[30] No es posible la simple constancia en póliza intervenida notarialmente. Véase a este respecto, la argumentación de SERRANO YUSTE, J. (2020). Novación modificativa de préstamo hipotecario documentada en póliza. *Notario del siglo XXI*, n.º 94, pp. 158 a 163.

[31] Así lo interpretó la DGRN en su Resolución de 28 de enero de 2020, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Madrid n.º 17, por la que se suspende la inscripción de una escritura de novación de préstamo con garantía hipotecaria (BOE 18/06/2020), pp. 42061 y 42062. En la práctica, diversas entidades bancarias tienen publicadas en el Registro de condiciones generales de contratación, las condiciones generales tipo para escrituras de novación de préstamos hipotecarios con cambio de tipo variable a fijo.

[32] Así lo interpreta la DGRN en el Punto 4. D de su Instrucción de 20 de diciembre de 2019, pág. 142193.

[33] Véase, en este sentido, la Resolución de la DGSJFP de 28 de octubre de 2021 (BOE 23/11/2021).

[34] En este sentido, AGÜERO ORTIZ, A. (2019). Ámbito de aplicación..., cit., apartado II.6.1. considera que es "verdaderamente improbable que la entidad acreedora logre firmar la novación antes del transcurso de los 15 días naturales previstos en el art. 2 de la Ley 2/1994".

[35] En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007 considera que en los supuestos previstos en el art. 4.2 Ley 2/1994 y entre ellos se incluye el cambio en las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado "existe mera modificación y no extinción de la relación jurídica y constitución de una nueva". En la doctrina, sobre el carácter no extintivo de la novación, salvo pacto, véase CASTELLANOS CÁMARA, S. (2020). *Recargos y novaciones…*, cit., pp. 224 a 237 o ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2013). Comentario al art. 1203. En: A. Bercovitz Rodríguez Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo VI (Arts. 1043 a 1264). Valencia: Tirant lo Blanch (acceso on line en https://biblioteca-tirant-com.cuarzo.unizar.es), pp. 8896 a 8898 y la doctrina y jurisprudencia anterior por él citada.

[36] Así lo interpreta TENZA LLORENTE, M. (2022). *La tutela del deudor y del garante hipotecario en la contratación de préstamos inmobiliarios. El ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*. Cizur Menor: Aranzadi (consulta on line) capítulo IV, apartado 2.2 quien sostiene que "ha de estarse a la total adaptación a sus disposiciones, aun cuando en algún aspecto pudiera resultar más desfavorable para el deudor, pues la LCCI no distingue".

[37] Esta interpretación es sostenida por AGÜERO ORTIZ, A. (2019). Ámbito de aplicación..…apartado II.7.2.

[38] Véase AGÜERO ORTIZ, A. (2019). Ámbito de aplicación..…apartado II.7.2. También GARCÍA GARCÍA, J. M. (2019). Comentario a la disposición transitoria primera LCCI. En: *Legislación hipotecaria y del crédito inmobiliario. Jurisprudencia y Comentarios*, Cizur Menor: Aranzadi (consultada versión on line en Proview) considera que, en caso de novación,

la LCCI "no se aplica a todo el contenido de los contratos anteriores, sino solo respecto a lo que haya sido modificado con posterioridad a la Ley"; si bien este autor no ofrece argumentos que sostengan su interpretación. También SAENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2020). Subrogación y novación…, cit., pp. 787-788, tras exponer argumentos a favor y en contra de una aplicación plena de la LCCI tras la novación, parece inclinarse por considerar que solo se aplica a las cláusulas que las partes desean modificar.

[39] Véase SAENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2020). Subrogación y novación…, cit., p. 788. No podemos compartir este argumento, pues las normas imperativas que incluye la LCCI tienen como finalidad proteger a la parte más débil en el contrato y no se alcanza a comprender por qué no ha de protegerse plenamente a los prestatarios tras la novación de su contrato. La regla de irretroactividad tiene por finalidad proteger al prestamista profesional de una obligada modificación masiva de todos los contratos ya celebrados. Los perjuicios que al prestamista pudiera acarrearle una modificación masiva de todos los contratos que hubiese celebrado no existen en caso de novación singular de un contrato concreto.

[40] Así lo destaca SAENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2020). Subrogación y novación…, cit., p. 787, como argumento a favor de una aplicación plena de la LCCI, pese a que luego se inclina por considerar que la plena aplicación de la LCCI a todo el contrato no está justificada.

[41] Como indica SAENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2020). Subrogación y novación…, cit., p. 788 los deberes de información deberán "abarcar los modificados voluntariamente por las partes y los que se modificarían como consecuencia de la aplicación de normas imperativas de la LCCI", pese a que luego se inclina por considerar que la plena aplicación de la LCCI a todo el contrato no está justificada.

[42] Véase la Enmienda núm. 177 que presentó este grupo en el Congreso (BOCG, Serie A, n.º 12-3, pág. 263, enmienda que reiteró en el senado, como enmienda n.º 44 (BOCG, Senado, XII legislatura, núm. 331, pág. 102).

[43] ALBIEZ DORHMANN, K. J. (2019). La aplicación en el tiempo…, cit., apartado III.1, pp. 3-4, considera que la regla más adecuada es la de irretroactividad total, justificándola en el carácter sancionador que tiene esta Ley tanto en el plano administrativo como en el sustantivo y también en las dificultades y problemas que hubiese causado una masiva adaptación de contratos.

[44] A estos efectos, la DGSJFP en su Resolución de 27 de junio de 2023 (BOE 14/07/2023) ha establecido que la novación consistente exclusivamente en la sustitución de un tipo variable por uno fijo no exige por si sola que se modifique la responsabilidad hipotecaria inicialmente pactada conforme al tipo variable, salvo que se infrinja el límite máximo establecido en el artículo 220 del Reglamento Hipotecario.

[45] Sus orígenes pueden encontrarse en Derecho romano, aunque el antecedente más cercano suele situarse en un Edicto del rey francés Enrique IV de 1609 cuyo contenido se integraría en el Código Civil napoleónico, para luego pasar al CC español. En general, sobre los antecedentes de la institución de la subrogación en los préstamos hipotecarios por voluntad del deudor y sin consentimiento del acreedor, véase LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1994). La subrogación…, cit., pp. 19 a 24 o CASTELLANOS CÁMARA, S. (2020). *Recargas y novaciones…,* cit., pp. 264-265.

[46] Así lo pone de manifiesto la propia Exposición de motivos de la Ley 2/1994 y así lo ha entendido la doctrina que considera que la Ley 2/1994 no es sino un desarrollo del art. 1211 CC para facilitar, en la práctica, la subrogación a iniciativa del deudor. El propio art. 2.1 de la Ley 2/1994 pone de manifiesto que la esta norma viene a desarrollar el supuesto previsto en el art. 1211 CC. Véase, entre otros, LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1994). La subrogación..., cit.,

pp. 18-19; RUBIO GARRIDO, T. (1998). *La Ley de subrogación…*, cit., pp. 4 a 12; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2013). Comentario al art. 1211…, cit., p. 8966 o CASTELLANOS CÁMARA, S. (2020). *Recargos y novaciones…*, cit., pp. 312-313.

[47] Esta interpretación se ve confirmada por el hecho de que la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, prevé expresamente que en la FIPER a disposición de quien contrata una hipoteca inversa se haga constar que el cliente goza de "capacidad unilateral para subrogar su préstamo hipotecario conforme a lo previsto en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios". Véase el Anexo IV, parte B, sección 8, de la citada Orden EHA/2899/2011.

[48] Así lo consideró la DGRN en su Resolución de 19 de julio de 2012, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el Registrador de la propiedad accidental de Fuengirola n.º 1, por la que se deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de documento privado junto con otra de novación modificativa de préstamo hipotecario (BOE 03/10/2012). En ella se considera que la subrogación es una novación modificativa y que, dado que el vencimiento del préstamo no supone la extinción del derecho real de hipoteca constituido, sino más bien su exigibilidad, es posible la subrogación, pues el día de vencimiento del préstamo garantizado con hipoteca no puede limitar los derechos que la ley concede al deudor para subrogar a un tercero o al tercero que paga para subrogarse en los derechos del acreedor inicial.

[49] La redacción originaria del art. 2 de la Ley 2/1994 no exigía una subrogación en todos los créditos o préstamos cuya garantía hipotecaria recayese sobre el mismo bien. Sin embargo, la Ley 41/2007 incluyó esta exigencia al modificar el art. 2, añadiendo un segundo párrafo al precepto con el siguiente texto: "Cuando sobre la finca exista más de un crédito o préstamo hipotecario inscrito a favor de la misma entidad acreedora, la nueva entidad deberá subrogarse respecto de todos ellos". Esta norma permaneció vigente hasta su supresión por la modificación operada en el citado art. 2 de la Ley 2/1994 por la LCCI, volviendo así a la regulación inicial.

[50] Consideran que se trata de una subrogación por pago y no una cesión de crédito, entre otros, LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1994). La subrogación …, cit., p. 31 y p. 44; RUBIO GARRIDO, T. (1998). *La ley de subrogación… cit.,* pp. 42-43 o MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (coord.) (2018). *Curso de Derecho Civil*, Tomo II (Derecho de obligaciones) Vol. 1.º (Teoría general de la obligación y el contrato). Madrid: Edisofer, pp. 278-280. En cambio, HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M. (1994). Breve análisis de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 622, p. 1214 lo califica de "cesión forzosa del crédito, a modo de expropiación"

[51] Esta interpretación es sostenida con vehemencia por RUBIO GARRIDO, T. (1998). *La ley de subrogación… cit.,* pp. 35 a 43. Coincide con la interpretación tradicional de la doctrina de los arts. 1211 y 1212 CC. Véase, entre otros, SANCHO REBULLIDA, F. (1964). *La novación de las obligaciones.* Barcelona: Nauta, pp. 161-163; LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F. de A.; DELGADO ECHEVARRIA, J. y RIVERO HERNANDEZ, F. (1985). *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. I. Barcelona, pp. 306 y 310; ALBALADEJO GARCÍA, M. (1983). *Derecho Civil,* t. II, vol. 1, pp. 343 y ss.

[52] Un resumen de esta problemática y las distintas soluciones doctrinales puede verse en CASTELLANOS CÁMARA, S. (2020). *Recargos y novaciones…*, cit., pp. 257 a 260. Sobre este problema, véase también RUBIO GARRIDO, T. (1998). *La ley de subrogación…, cit.,* pp. 43 a 53 quien considera que el nuevo acreedor dispone de las acciones y garantías derivadas del crédito pagado, pues se ha subrogado en él, de las acciones y garantías que adornen al crédito que concedió e incluso de la acción de reembolso como pagador del crédito. En nuestra opi-

nión, en ningún caso dispondría de una acción de reembolso como pagador, puesto que el pago lo realiza el deudor, actuando el nuevo acreedor como mero mandatario del deudor.

[53] Así lo ha sostenido en relación con el art. 1211 CC, SANCHO REBULLIDA, F. (1980). Comentario al art. 1.211, cit. y en interpretación de la Ley 2/1994, LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1994). La subrogación..., cit., p. 39 o CASTELLANOS CÁMARA, S. (2020). *Recargos y novaciones…*, cit., p. 318.

[54] Este planteamiento es apuntado por CAPILLA RONCERO, F. (1995). Voz subrogación. *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. IV, Madrid, p. 6384, REY PORTOLES, J. M. (1995). La hipoteca como derecho real divorciable del crédito garantizado. *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*. Madrid: Centro de estudios registrales, pp. 47-48 y sólidamente sostenido por CASTELLANOS CÁMARA, S. (2020). *Recargos y novaciones…*, cit., pp. 262-265 y 318 a 323.

[55] Seguimos aquí a CASTELLANOS CÁMARA, S. (2020). *Recargos y novaciones…*, cit., pp. 318 y 322.

[56] Véase CASTELLANOS CÁMARA, S. (2020). *Recargos y novaciones…*, cit., pp. 322 y 323.

[57] Tesis sostenida por RUIZ-RICO RUIZ, J. M. (1994). Problemática derivada de la subrogación prevista en el artículo 1.211 del Código civil, y su aplicación a los créditos hipotecarios. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 9; y ampliamente argumentada por RUBIO GARRIDO, T. (1998). *La ley de subrogación… cit.,* pp. 20 a 35. Para este autor la subrogación diseñada por la Ley 2/1994 es de naturaleza legal: "la ley, por razones político-económicas evidentes, permite que al acreedor se le prive de su crédito, necesariamente mediante su satisfacción en forma específica, e impone que éste se transmita a manos del solvens". También aboga con sólidos argumentos por considerar que se trata de una subrogación por ministerio de la Ley, CASTELLANOS CÁMARA, S. (2020). *Recargos y novaciones…*, cit., pp. 323-330. Esta misma calificación ya había sido atribuida a la subrogación regulada en el art. 1211 CC por VATTIER FUENZALIDA, C. (1985). Notas sobre la subrogación personal. *Revista de Derecho Privado*.

[58] Autores como HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M. (1994). Breve análisis de la Ley 2/1994…, cit., pp. 1207 y 1213-1214; HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.ª D. (1996). Algunas cuestiones civiles de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 19, p. 174 o ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S. (2011). *Derecho civil*, Madrid: Edisofer consideran que la subrogación regulada en la Ley 2/1994 tiene la misma naturaleza que la subrogación sin consentimiento del acreedor que regula el art. 1211 CC. La doctrina mayoritaria siempre sostuvo que el art. 1211 CC regulaba un supuesto de subrogación convencional. Véase, en este sentido, DÍEZ PICAZO, L. (1983). *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial,* Vol. I, 2.ª ed. Madrid: Tecnos, pp. 816-817. En esta línea, SANCHO REBULLIDA, F. (1981). Comentario al art. 1211. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, (dir. Albaladejo, M.) T. XVI, vol. 1.º, Editorial Revista de Derecho privado, p. 672 introdujo un matiz relevante al considerar que se trata de un supuesto de subrogación negocial, pero no necesariamente convencional.

[59] Así lo proponen GARCÍA MAS, F.J. (1994). Comentarios a la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 624, p. 1952 y LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1994). La subrogación..., cit., pp. 31-32.

[60] Véase, en este sentido, la Resolución de la DGRN de 7 de junio de 2001 (BOE 13/07/2001).

[61] Insisten en este requisito SUÁREZ PUGA, E., y SEGURA MOREIRAS, A. (2021). La subrogación del acreedor hipotecario a instancia del deudor: un planteamiento sobre su naturaleza contractual y su finalidad tuitiva de los intereses de los consumidores. *La Ley mercantil*, n.º 79, abril, p. 6.

[62] Así lo interpreta MARTÍNEZ PIÑEIRO, E. (1994). Subrogación y modificación… cit., p. 41.

[63] Véase MARTÍNEZ PIÑEIRO, E. (1994). Subrogación y modificación…, cit., p. 41.

[64] La necesaria constancia por escrito también ha sido defendida por HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.ª D. (1996). Algunas cuestiones civiles…, cit., p. 184 y RUBIO GARRIDO, T. (1998). *La ley de subrogación…, cit.,* pp. 129-130.

[65] La redacción original de la Ley 2/1994 también mencionaba la necesidad de informar tan solo sobre las condiciones financieras, pero ya la doctrina interpretaba que debía ofrecerse información sobre todas las condiciones modificadas. Véase, en este sentido, GARCÍA MAS, F. J. (1994). Comentarios a la Ley 2/1994…, cit., p. 1954.

[66] La norma décimo tercera, apartado 7.c de la Circular 5/2012 prevé que: "en las ofertas vinculantes a que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, entre los conceptos que se han de tener en cuenta en el cálculo de la tasa anual equivalente, además de los que se derivan de lo dispuesto en la letra b) precedente, se incluirá el importe de la comisión de cancelación o de la compensación por desistimiento del préstamo objeto de subrogación".

[67] Véase LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1994). La subrogación…, cit., p. 59; MATEO ESTÉVEZ, J. (1994). Ley de subrogación y novación hipotecaria de 30 de marzo de 1994. Reflexiones en torno a ella. *La notaría*, n.º 4, p. 16 o RUBIO GARRIDO, T. (1998). *La ley de subrogación…, cit.,* p. 147.

[68] Véase en este sentido, HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.ª D. (1996). Algunas cuestiones civiles…, cit., pp. 186-187; RUIZ-RICO RUIZ, J. M. y UREÑA MARTÍNEZ, M. (1994). Aspectos civiles de la Ley 2/1994 de 30 de marzo sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. *Actualidad civil*, n.º 38, pp. 800-801 y ampliamente argumentado por RUBIO GARRIDO, T. (1998). *La ley de subrogación…, cit.,* pp. 148 a 159. LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1994). La subrogación…, cit., p. 59 matiza que la perfección requiere de la entrega del dinero, por considerar que es un contrato real. En nuestra opinión, se trata de un contrato consensual que se perfecciona por la aceptación.

[69] LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1994). La subrogación…, cit., p. 60 propone que la notificación no se envíe a la sede central, sino a la sucursal en la que está domiciliado el pago de las cuotas hipotecarias, a la atención del director, por razones de eficiencia.

[70] Véase MARTÍNEZ PIÑEIRO, E. (1994). Subrogación y modificación… cit., p. 42. o LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1994). La subrogación …, cit., p., p. 61

[71] El uso de un medio de comunicación fehaciente y, en particular, el conducto notarial es recomendado por GARCÍA MAS, F.J. (1994). Comentarios a la Ley 2/1994…, cit., p. 1954; MARTÍNEZ PIÑEIRO, E. (1994). Subrogación y modificación… cit., p. 42; HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M. (1994). Breve análisis de la Ley 271994…, cit., p. 1227; MATEO ESTÉVEZ, J. (1994). Ley de subrogación…, cit., p. 16; o RUBIO GARRIDO, T. (1998). *La ley de subrogación…, cit.,* p. 172.

[72] Modificación operada por el art. 13 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

[73] Tras la redacción dada por la Ley 41/2007, el art. 2 de la Ley 2/1994 disponía que: "Entregada la certificación, la entidad acreedora tendrá derecho a enervar la subrogación si, en el plazo de quince días naturales, a contar desde la notificación del requerimiento y en respuesta al mismo, comparece ante el mismo Notario que le haya efectuado la notificación a que se refiere el párrafo anterior y manifiesta, con carácter vinculante, su disposición a formalizar con el deudor una modificación de las condiciones del préstamo que igualen o mejoren la oferta vinculante. De esta manifestación se dejará constancia en la propia acta de notificación".

[74] Un sector de la doctrina siempre ha considerado preferible que el acreedor anterior no pueda bloquear la subrogación. Así GOMA LANZÓN, F. (2016). Sobre las grandes dificultades que impone la ley para cambiar la hipoteca de un banco a otro", *Blog Hay Derecho* de 26 de junio de 2016 o GOMA LANZÓN, F. (2019). Ley de Crédito Inmobiliario: el deudor recupera el poder de decidir si cambia la hipoteca de un banco a otro" *El Notario del siglo XXI*, n.º 84.

[75] Véase GARCÍA MAS, F. J. (1994). Comentarios a la Ley 2/1994…, cit., p. 1954; RUIZ-RICO RUIZ, J. M. (1994). Problemática derivada de la subrogación…, cit., p. 109 y p. 134. En contra de esta calificación, pero sin ofrecer otra alternativa, véase RUBIO GARRIDO, T. (1998). *La ley de subrogación…, cit.,* pp. 176-180.

[76] Así lo considera también MARTÍNEZ PIÑEIRO, E. (1994). Subrogación y modificación… cit., p. 42 y 43 o FAUS, M., Escritura de subrogación de acreedor en una hipoteca inmobiliaria. Comentario, noviembre 2022 (documento accesible en https://app-vlex-com). También fue la posición de la DGRN en dos Resoluciones de 23 y 24 de septiembre de 2009, publicadas ambas en el BOE de 2 de noviembre de 2009. En cambio, RUBIO GARRIDO, T. (1998). *La ley de subrogación…, cit.,* pp. 184-185 considera que la entrega de la certificación no es requisito indispensable para que pueda formalizarse una novación con el acreedor inicial.

[77] Así se desprende de tres Resoluciones de la DGRN de 19, 20 y 21 de julio de 1995, todas ellas publicadas en el BOE 18 de agosto de 1995.

[78] Véase, en este sentido, la SAP Zaragoza 773/1997, de 12 de diciembre (ECLI:ES:APZ:1997:450). Esta interpretación es apoyada en la doctrina por GÓMEZ POMAR, F., SEGURA MOREIRAS, A., y SUÁREZ PUGA, E., "La subrogación del acreedor…", cit., apartado II.3

[79] Véase la SAP Madrid 762/2004 de 10 de diciembre (ECLI:ES:APM:2004:15792) en la que se sostiene que: "es evidente, que mientras no se diga lo contrario, y la citada Ley no lo dice, la novación modificativa del préstamo hipotecario exige necesariamente la conformidad del deudor y por tanto su consentimiento y aceptación. En modo alguno puede entenderse que la Ley citada establezca un derecho unilateral de la entidad acreedora, a modo de derecho de tanteo, para enervar la subrogación sin el consentimiento del deudor, pues ello iría en contra del sentido literal de la norma señalada y de la propia exposición de motivos de la Ley citada (….) Otra interpretación iría en contra del propio espíritu de la Ley 30 marzo 1994 de favorecer al deudor y dejarle decidir libremente sin cortapisa alguna lo que más le conviene atendiendo a las razones que estime oportunas". En la misma línea, LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1994). La subrogación…, cit., p. 63 o RUBIO GARRIDO, T. (1998). *La ley de subrogación…, cit.,* p. 178 consideran que no cabe obligar al deudor a formalizar la novación, por lo que si se niega no es posible la enervación.

[80] Se argumenta en la sentencia que "si la enervación de la subrogación anunciada constituye realmente un derecho —y así parece desprenderse de la frase «la entidad acreedora tendrá derecho a enervar la subrogación....» que se utiliza en el artículo 2— carece de sentido dejar abierta una puerta de tal magnitud a la libre decisión del deudor, de la que no se exige que sea motivada o justificada y que, por tanto, podría ser arbitraria, pese a que la finalidad de la norma

se reduce solamente a permitir que los deudores de préstamos hipotecarios puedan beneficiarse de la reducción que han experimentado los tipos de interés con posterioridad al momento en que habían concertado dichas operaciones". Se insiste en que "lo que se concede al deudor no es un derecho subjetivo pleno sino un simple poder jurídico (también llamado derecho potestativo o facultad de configuración jurídica) que le faculta para influir sobre situaciones jurídicas preexistentes, sin que el ejercicio de tal poder haga recaer una verdadera obligación sobre el otro sujeto de la relación o situación mencionada (….) se hace preciso entender que la actuación que la ley impone al acreedor originario para el ejercicio de su derecho a enervar la subrogación que le ha sido anunciada, consistente en formalizar con el deudor, en el plazo máximo de quince días naturales, la novación modificativa igualatoria de la oferta de otra entidad, debe ser interpretada en el sentido de que se cumple por aquel acreedor con la comunicación fehaciente y vinculante realizada al deudor, dentro del plazo indicado de su voluntad de llevar a cabo dicha novación del préstamo en las mismas condiciones ofrecidas por la financiera que había pretendido subrogarse en su posición acreedora".

[81] La difícil compatibilidad entre el cumplimiento de la LCCI y la brevedad del plazo es criticada por AGÜERO ORTIZ, A. (2019). Ámbito de aplicación..., apartado II.6.2; CORDERO LOBATO, E. (2019) Apéndice 2: Novedades del régimen de subrogación de la Ley 2/1994 introducidas por la LCCI. En: Á. Carrasco Perera, (dir.) *Comentarios a la Ley de crédito inmobiliario.* Cizur Menor: Aranzadi, pregunta 5 y SAENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2020). Subrogación y novación…, cit., p. 795.

[82] Así lo entendió la DGRN en tres resoluciones de19, 20 y 21 de julio de 1995, todas ellas publicadas en el BOE 18 de agosto de 1995. Opinión mantenida en otras Resoluciones más reciente de 11 de diciembre de 2020 (BOE 28/12/2020) y de 13 de septiembre de 2022 (BOE 21/10/2022).

[83] Véase GARCÍA GARCÍA, J. M. (2019). Comentario artículo 2 Ley 2/1994. En: *Legislación hipotecaria y del crédito inmobiliario. Jurisprudencia y Comentarios.* Cizur Menor: Aranzadi (consultada versión on line en Proview), apartado VI.

[84] Véase GARCÍA MAS, F. J. (1994). Comentarios a la Ley 2/1994…, cit., p. 1955.

[85] Así se desprende de tres Resoluciones de la DGRN de 19, 20 y 21 de julio de 1995, todas ellas publicadas en el BOE de 18 de agosto de 1995. Es también la opinión mantenida GARCÍA MAS, F.J. (1994). Comentarios a la Ley 2/1994…, cit., p. 1955 y MARTÍNEZ PIÑEIRO, E. (1994). Subrogación y modificación… cit., p. 43.

[86] Véase CALATAYUD SIERRA, A. (1994). El procedimiento de subrogación hipotecaria en la Ley 2/1994. *Revista jurídica del Notariado,* n.º 10, p. 49 o RUBIO GARRIDO, T. (1998). *La ley de subrogación…, cit.,* pp. 181-183. Así lo admitió también la DGRN en su resolución de 19 de julio de 1995 (BOE 18/08/1995).

[87] Así lo propone GARCÍA MAS, F.J. (1994). Comentarios a la Ley 2/1994…, cit., p. 1957.

[88] Es un supuesto que excepciona la regla general de voluntariedad en la admisión de depósito por parte de los notarios, consagrada en el art. 216.2.º del Reglamento notarial.

[89] Véase GARCÍA MAS, F.J. (1994). Comentarios a la Ley 2/1994…, cit., pp. 1957-1958.

[90] Véase MARTÍNEZ PIÑEIRO, E. (1994). Subrogación y modificación… cit., p. 44.

[91] Véase al respecto las Resoluciones de la DGSJyFP de 11 de diciembre de 2020 (BOE 28/12/2020) y de 13 de septiembre de 2022 (BOE 21/10/2022).

[92] Criticado GARCÍA MAS, F.J. (1994). Comentarios a la Ley 2/1994…, cit., pP. 1959-1960 quien considera que hubiese sido mejor técnicamente un asiento de inscripción

[93] Esta interpretación es sostenida con vehemencia por RUBIO GARRIDO, T. (1998). *La ley de subrogación… cit.,* pp. 35 a 43. Coincide con la interpretación tradicional de la

doctrina de los arts. 1211 y 1212 CC. Véase, entre otros, SANCHO REBULLIDA, F. (1964). *La novación de las obligaciones.* Barcelona: Nauta, pp. 161-163; LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F. de A.; DELGADO ECHEVARRIA, J. y RIVERO HERNANDEZ, F. (1985). *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. I. Barcelona, pp. 306 y 310; ALBALADEJO GARCÍA, M. (1983). *Derecho Civil,* t. II, vol. 1, pp. 343 y ss. o DEL OLMO GARCÍA, P. (1998). *Pago de tercero y subrogación*. Madrid: Civitas. pp. 297 y ss.

[94] Así lo sostiene SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., "Subrogación y novación…", cit., p. 785.

[95] Véase a este respecto las Resoluciones de la DGRN de 10 de enero de 2013 y de 4 de febrero de 2013.

[96] Así, lo pone de manifiesto, CASTELLANOS CÁMARA, S. (2020). *Recargos y novaciones…*, cit., p. 316.

[97] La norma procede de la disposición adicional única del Real Decreto-ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica, pues esta Ley es fruto de la tramitación parlamentaria del citado Real Decreto-ley.

[98] Así lo dispone expresamente el Anejo 5 apartado 1.1. "Préstamos y créditos· de la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

[99] Así lo sostiene HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M. (1994). Breve análisis de la Ley 2/1994…, cit., p. 1205.

[100] La referencia al tipo mixto con un periodo fijo de, al menos, tres años, ha sido introducida mediante modificación de la LCCI por el artículo segundo del RD-Ley 8/2023.

[101] Inicialmente, la norma preveía su aplicación solo hasta el 31 de diciembre de 2023, pero el artículo 1 del RD-Ley 8/2023 ha ampliado su plazo de aplicación hasta el 31 de diciembre de 2024 y lo ha extendido a los cambios de tipo variable a tipo mixto.

[102] Así lo afirma el TS, Sala de lo Contencioso, en jurisprudencia constante, en sus sentencias de 13 de marzo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:748), 4 de marzo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:752), 19 de mayo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:965) o de 23 de julio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2723).

[103] Véase, en este sentido, SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2019). Subrogación y novación…, cit., p. 796-797, sin que se plantee ya el problema que señala la autora de discrepancia entre las entidades concedentes de los préstamos al haberse modificado el art. 1 de la Ley 2/1994. También GARCÍA GARCÍA, J. M. (2019). Comentario a la disposición adicional novena LCCI. En: *Legislación hipotecaria y del crédito inmobiliario. Jurisprudencia y Comentarios,* Cizur Menor: Aranzadi (consultada versión on line en Proview), estima que el art. 8 de la Ley 2/1994 es aplicable a los honorarios registrales a percibir por la inscripción de novaciones o subrogaciones sometidas a la LCCI.

[104] El Banco de España en su Informe de estabilidad financiera, otoño 2023, pp. 85-86, explica que en un contexto en el que se ha ralentizado la refinanciación, reestructuración y renovación de crédito a los hogares se observa un repunte de la renegociación que apunta a un incremento de las novaciones fruto de la nueva regulación contenida en el RD-Ley 19/2022.

Trabajo recibido el 12 de enero de 2024 y aceptado para su publicación el 11 de marzo de 2024

DICTÁMENES Y NOTAS

El nuevo supuesto de no sujeción al IIVTNU relativo a los hijos y sujetos dependientes de mujeres fallecidas por violencia de género: análisis crítico y propuesta de reformulación

The new case of non-subjection to the Spanish Tax on the Increase in Value of Urban Land related to children and dependents of women deceased due to gender-based violence: critical analysis and proposal for its reformulation

por

IRENE ROVIRA FERRER

Profesora de Derecho Financiero y Tributario

Universitat Oberta de Catalunya

RESUMEN: La Ley Orgánica 2/2022, de 21 de marzo, de mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de la violencia de género, introdujo un nuevo supuesto de no sujeción al Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. Concretamente, este es relativo a las transmisiones lucrativas de la propiedad sobre los referidos terrenos, o las transmisiones o constituciones de cualquier derecho real de goce limitativo del dominio sobre los mismos, en beneficio de las hijas, hijos, menores o personas con discapacidad dependientes de mujeres fallecidas como consecuencia de

violencia contra la mujer, siempre que traigan causa de su defunción. Dada su actualidad, su carácter inédito y la importante incertidumbre que puede plantear, el principal objetivo del presente artículo es el de realizar un análisis crítico de sus características y de su aplicación, destacando los muchos aspectos que, desde un punto de vista jurídico, pueden resultar cuestionables (incluso de índole constitucional) y la ineficacia a la que puede quedar sometido (considerando, además, los últimos pronunciamientos administrativos y judiciales sobre cuestiones directamente relacionadas). Asimismo, con el fin de resolver los principales problemas detectados, su análisis se acompañará de una serie de propuestas para su reformulación.

ABSTRACT: The Organic Law 2/2022, of March 21, on the improvement of the protection of orphaned individuals who are victims of gender-based violence, introduced a new case of non-subjection to the Tax on the Increase in Value of Urban Land. Specifically, it refers to lucrative transmissions of property or any real right of enjoyment, restrictive of ownership, over such lands to daughters, sons, or dependent individuals of women who have died as a result of gender-based violence, particularly when such transfers are consequence of their death. Given its actuality, unprecedented nature, and the significant uncertainty it may pose, the main objective of this article is to conduct a critical analysis of its characteristics and application. This analysis will address numerous aspects that, from a legal standpoint, may be questionable (including potential constitutional issues), as well as the inefficacy that its application may generate (taking into account the latest pronouncements on directly related issues). Furthermore, following the examination of the main identified problems, a proposal for its reformulation will be presented in order to achieve their resolution.

PALABRAS CLAVE: Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. No sujeción. Violencia contra la mujer. Violencia de género.

KEY WORDS: Tax on the Increase in Value of Urban Land. Non-subjection. Violence against women. Gender-based violence.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA PROCEDENCIA DEL TRATAMIENTO TRIBUTARIO ESPECIAL A LOS HIJOS Y SUJETOS DEPENDIENTES DE LAS MUJERES FALLECIDAS POR VIOLENCIA CONTRA LA MUJER.—III. LA CUESTIONABLE NATURALEZA DE SU CONFIGURACIÓN EN TANTO QUE SUPUESTO DE NO SUJECIÓN.—IV. PRECISIONES Y ASPECTOS CUESTIONABLES DE LAS PERSONAS QUE GENERAN EL SUPUESTO DE NO SUJECIÓN. IV.1. El concepto de "violencia contra la

MUJER". IV.2. LA NECESIDAD DE QUE LA VÍCTIMA SEA UNA MUJER Y LA VIOLENCIA SE EJERZA POR UN HOMBRE, CON LA INCLUSIÓN, EN AMBOS CASOS, DE LAS PERSONAS TRANSEXUALES. IV.3. LA NECESIDAD DE QUE LA VIOLENCIA SE EJERZA EN EL SENO DE UNA RELACIÓN AFECTIVA (INCLUIDAS LAS PARALELAS), CON LA EXCLUSIÓN DE LAS HOMOSEXUALES. IV.4. LA NECESIDAD DE QUE EL FALLECIMIENTO HAYA SIDO CONSECUENCIA DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. IV.5. LAS DIFICULTADES DE PRUEBA E INCLUSO CERTEZA QUE SE PUEDEN PLANTEAR. IV.6. LAS POTENCIALES DISCRIMINACIONES QUE PUEDEN DERIVAR DE TALES PREVISIONES.—V. PRECISIONES Y ASPECTOS CUESTIONABLES DE LAS PERSONAS BENEFICIARIAS DEL SUPUESTO DE NO SUJECIÓN.—VI. LAS PLUSVALÍAS OBJETO DEL SUPUESTO DE NO SUJECIÓN.—VII. LA POTENCIAL Y PROBLEMÁTICA INEFICACIA DEL NUEVO SUPUESTO DE NO SUJECIÓN ANTE EL SINGULAR DEVENGO DEL IIVTNU EN LAS TRANSMISIONES *MORTIS CAUSA*.—VIII. LA POTENCIAL RECUPERACIÓN DEL PAGO DE LA CUOTA DEL IIVTNU EN CASO DE QUE HUBIERA RESULTADO DE UNA AUTOLIQUIDACIÓN.—IX. LA POTENCIAL RECUPERACIÓN DEL PAGO DE LA DE LA CUOTA DEL IIVTNU EN CASO DE QUE HUBIERA RESULTADO DE UNA LIQUIDACIÓN.—X. CONCLUSIONES.—XI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Tal y como señala el punto I del Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2022, de 21 de marzo, de mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de la violencia de género, las huérfanas y huérfanos a causa de crímenes de dicha violencia se encuentran en una situación de grave y especial vulnerabilidad, producida más allá de las consecuencias del complicado entorno en el que vienen viviendo (el cual, ya de por sí, condiciona su bienestar y desarrollo e incluso puede llegar a afectarles la salud). En tales casos, "no solo pierden a sus madres a manos de sus padres, sino también a estos, como consecuencia de sus penas de prisión, lo que les deja sin sus dos máximos referentes, con el impacto psicológico y emocional que ello conlleva". Además, muchas veces, ello comporta una modificación drástica de su forma de vida, sin olvidar el esfuerzo económico que implican tanto las necesidades especiales que pueden requerir como los trámites jurídicos derivados de estos crímenes.

En particular, ante la pérdida de su madre, parte de las gestiones de mayor complejidad a las que se enfrentan son las sucesorias, a las que se suman las importantes dificultades, sobre todo económicas, para acceder a los bienes y derechos de su herencia. Y fue justamente con el fin de reducir estos trámites y problemas que la Ley Orgánica 2/2022 añadió un nuevo supuesto de no sujeción

al Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU), tributo municipal regulado en los arts. 104 a 110 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL), aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

En concreto, como establece el art. 104.1 del TRLRHL, este Impuesto grava el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana que se ponga de manifiesto en el momento de la transmisión de su propiedad por cualquier título, o de la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los mismos; con independencia de que estas adquisiciones se produzcan de forma onerosa o, como ocurre con las transmisiones *mortis causa,* con carácter lucrativo.

No obstante, aparte de los demás supuestos de no sujeción establecidos en otros preceptos, precisa el art. 104.3 del TRLRHL que su hecho imponible no tendrá lugar en las siguientes situaciones: por un lado, en las "aportaciones de bienes y derechos realizadas por los cónyuges a la sociedad conyugal, adjudicaciones que a su favor y en pago de ellas se verifiquen y transmisiones que se hagan a los cónyuges en pago de sus haberes comunes"; y, por otro, en "los supuestos de transmisiones de bienes inmuebles entre cónyuges o a favor de los hijos, como consecuencia del cumplimiento de sentencias en los casos de nulidad, separación o divorcio matrimonial, sea cual sea el régimen económico matrimonial".

Y es dicho precepto el que fue modificado por la Ley Orgánica 2/2022 con el fin de ampliar sus previsiones, añadiendo que tampoco se producirá la sujeción al IIVTNU "en los supuestos de transmisiones de bienes inmuebles a título lucrativo en beneficio de las hijas, hijos, menores o personas con discapacidad sujetas a patria potestad, tutela o con medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica, cuyo ejercicio se llevará a cabo por las mujeres fallecidas como consecuencia de violencia contra la mujer, en los términos en que se defina por la ley o por los instrumentos internacionales ratificados por España, cuando estas transmisiones lucrativas traigan causa del referido fallecimiento" [1].

Así pues, tanto por su actualidad como por su carácter inédito, el principal objetivo del presente trabajo es el de realizar un análisis crítico del nuevo supuesto de no sujeción al IIVTNU, tanto por los muchos aspectos que, desde un punto de vista jurídico e incluso constitucional, resultan cuestionables, como por la incertidumbre e ineficacia que puede generar su aplicación (teniendo en cuenta, además, los últimos pronunciamientos administrativos y judiciales que versan sobre cuestiones directamente relacionadas). De este modo, no solo se clarificará su procedencia y aplicación, sino que también se analizarán los principales problemas que se plantean, lo que permitirá cerrar este estudio con la aportación de una propuesta de reforma para lograr su adecuada regulación.

II. LA PROCEDENCIA DEL TRATAMIENTO TRIBUTARIO ESPECIAL A LOS HIJOS Y SUJETOS DEPENDIENTES DE LAS MUJERES FALLECIDAS POR VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

De conformidad con el art. 1.1 de la Constitución Española (CE), uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico de España es la igualdad[2]. A tal efecto, precisa el art. 9.2 que "corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas", así como "remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

Por su parte, el art. 14 de la CE contempla la igualdad como principio ("los españoles son iguales ante la ley"), al mismo tiempo que lo hace en forma de derecho fundamental (no podrá "prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social").

En relación con la conjugación de tales previsiones, el Tribunal Constitucional (TC) ha precisado que "la igualdad que reconoce el art. 14 de la Constitución no omite la toma en consideración de razones objetivas que razonablemente justifiquen la desigualdad de tratamiento legal", ya que "el art. 9.2 de la de la Constitución impone a los Poderes Públicos la obligación de promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, superando el más limitado ámbito de una igualdad meramente formal y propugnando un significado del principio de igualdad acorde con la misma definición del art. 1 de la Constitución"[3].

Así pues, desde el punto de vista constitucional, no solo es viable adoptar medidas de discriminación positiva a favor de determinadas personas o colectivos para que, desde una perspectiva social, se garantice la igualdad, sino que incluso, con el fin de hacerla real y efectiva, así lo exige la CE[4]. Por tanto, al tenerse que adoptar "todo mandato de desigualdad o diferenciación que logre precisamente la igualdad real", quedan permitidas "regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material", tendentes a "reequilibrar la desigualdad originaria de las condiciones económicas, sociales o de posición jurídica de las personas"[5].

De hecho, respecto al ámbito propiamente tributario, autores CHICO DE LA CÁMARA (1994, 58) han llegado a afirmar que el principio de igualdad tributaria, emanado del art. 31.1 de la CE, no deja de ser una especificación del derecho de igualdad contemplado en el art. 14[6], ya que "el principio de igualdad ante la Ley tributaria supone que el reparto de la carga tributaria se haga por igual entre

los contribuyentes, teniendo presente su capacidad económica" y "utilizando la técnica de la progresividad"[7].

Pero, además, cabe recordar en este punto que la finalidad extrafiscal de los tributos se encuentra expresamente reconocida en el art. 2.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), al señalar que, "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".

Por tanto, como resalta MATA SIERRA (2009, 196), "el sistema tributario es uno de los mecanismos que se ponen al servicio de los poderes públicos para corregir las situaciones de desigualdad a las que están sometidas ciertos colectivos, que pueden paliarse de forma efectiva mediante la adopción de medidas de discriminación positiva en materia de fiscalidad que, a la postre, influirán de forma favorable en la mejora de la situación de dichos colectivos, lo que redundará en la consecución de la igualdad real y efectiva exigida por el artículo 9.2 de la Constitución".

Así pues, de entrada, nada obsta que la Ley Orgánica 2/2022 quisiera establecer un trato fiscal más beneficioso a los hijos y sujetos dependientes de víctimas fallecidas por violencia contra la mujer, teniendo en cuenta que, como señala su Preámbulo, se encuentran en una situación de grave y especial vulnerabilidad. Y es que, además, como destacó el apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004, los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género (en tanto "que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución"), sin olvidar que "esos mismos poderes públicos tienen, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Constitución, la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud".

No obstante, cuestión distinta es si las previsiones que la Ley Orgánica 2/2022 añadió al art. 104.3 del TRLRHL resultan correctas y adecuadas, análisis que procede iniciar desde el punto de vista técnico valorando si realmente establecen un nuevo supuesto de no sujeción.

III. LA CUESTIONABLE NATURALEZA DE SU CONFIGURACIÓN EN TANTO QUE SUPUESTO DE NO SUJECIÓN

De conformidad con el art. 20 de la LGT, "la ley podrá completar la delimitación del hecho imponible mediante la mención de supuestos de no sujeción",

es decir, situaciones que, si bien están íntimamente relacionadas con el "presupuesto fijado por la ley para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria principal" (que, conforme al art. 19 de la LGT, es el pago de la cuota tributaria), el legislador precisa que no están sujetas a gravamen al no materializarse.

Por consiguiente, a la hora de valorar si las situaciones aquí estudiadas constituyen realmente un supuesto de no sujeción, es importante tener claro el hecho imponible del IIVTNU, el cual, como precisa el art. 104.1 del TRLRHL, grava el incremento de valor que experimenten los terrenos de naturaleza urbana puesto de manifiesto "a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los terrenos por cualquier título o de la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los referidos terrenos".

En concreto, como ha precisado la Dirección General de Tributos (DGT) del Ministerio de Hacienda, la materialización de este hecho imponible requiere dos condiciones simultáneas: por un lado, "— Que se produzca un incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana en los términos que señala el TRLRHL" y, por otro, "— Que el mencionado incremento se produzca como consecuencia de una transmisión de tales terrenos, o de la constitución o transmisión de derechos reales sobre los mismos"[8].

Así pues, cabe valorar si, en las nuevas situaciones que contempla el art. 104.3 del TRLRHL, puede tener o no lugar el presupuesto fáctico que el IIVTNU somete a imposición, lo cual nada parece impedir que así pueda ser. Y es que, en tanto que se transmitirá la propiedad de los referidos terrenos, o se constituirán o transmitirán los citados derechos sobre ellos, a favor de los hijos o sujetos dependientes de víctimas fallecidas por violencia contra la mujer, podrá quedar puesta de manifiesto, si fuera el caso, la potencial plusvalía que hubieran experimentado mientras formaron parte del patrimonio de la causante; de modo que, a nivel técnico, no es que estas situaciones, guardando cierta proximidad con el hecho imponible del IIVTNU, queden fuera de su órbita, sino que, incuestionablemente, constituyen su materialización.

De hecho, lo mismo ocurre ante otro de los supuestos de no sujeción que contempla el propio art. 104.3 TRLRHL, como es el caso de las transmisiones de bienes inmuebles entre cónyuges o a favor de los hijos como consecuencia del cumplimiento de sentencias de nulidad, separación o divorcio matrimonial, sea cual sea el régimen económico del matrimonio. En particular, así lo demuestra el hecho de que la DGT no admita la procedencia de su no sujeción cuando dichas transmisiones se produzcan por auto judicial, documento notarial o mediante cualquier otro procedimiento[9], a diferencia de lo que ocurre con otras situaciones en las que cambia la titularidad de un terreno de naturaleza urbana y, a pesar de no estar previstas legalmente como supuestos de no sujeción, la DGT reconoce

que el hecho imponible del IIVTNU no tiene lugar[10]. Pero es que, además, si una sentencia de divorcio contempló la liquidación de una sociedad conyugal, pero quedaron determinados bienes en proindiviso, la DGT tampoco permite la aplicación del art. 104.3 ante la voluntad de los excónyuges de disolver su condominio con posterioridad[11].

En consecuencia, considerando que las nuevas circunstancias del art. 104.3 del TRLRHL quedan dentro del hecho imponible del Impuesto, pero, por la grave situación de vulnerabilidad en la que se encuentran sus adquirentes, el legislador les ha excluido de la obligación de pago de la cuota tributaria, parece que lo que en realidad se ha establecido es una exención; es decir, un supuesto en el que, de conformidad con el art. 22 de la LGT, "a pesar de realizarse el hecho imponible, la ley exime del cumplimiento de la obligación tributaria principal".

Por ello, como señaló SÁINZ DE BUJANDA (1964, 431), las normas que establecen exenciones son "preceptos dotados de una eficacia singular por la que se enerva, respecto a determinados sujetos, la eficacia constitutiva general de las normas ordenadoras del tributo", a diferencia de los meros preceptos orientadores o didácticos que precisan los supuestos de no sujeción. Y este es el motivo por el que, como se veía, la DGT puede admitir supuestos de no sujeción con independencia de su expreso reconocimiento legal, hecho que no puede ocurrir con las exenciones al encontrarse sometidas al principio de reserva de ley[12].

Además, cabe recordar que, de acuerdo con la doctrina constitucional, el fundamento susceptible de legitimar las exenciones, en tanto que excepciones al deber general de contribuir del art. 31.1 de la CE, puede encontrarse "bien en la consecución de finalidades extrafiscales o de estímulo de determinadas actividades (…) bien en la realización efectiva del principio de capacidad económica que debe inspirar el sistema tributario en su conjunto"[13]. Y justamente, conforme a su Preámbulo, es lo que realmente pretendió en este caso la Ley Orgánica 2/2022, considerando que, respecto a los huérfanos o sujetos dependientes de las víctimas fallecidas por violencia contra la mujer, no solo se hallan elementos indicativos de su menor o incluso inexistente capacidad económica, sino que también se encuentran objetivos e intereses de rango constitucional que avalan su tratamiento fiscal favorable (especialmente, en términos de igualdad)[14].

De todos modos, la prueba más evidente de que en las transmisiones *mortis causa* entre familiares directos se produce el hecho imponible del IIVTNU son las previsiones del art. 108.4 del TRLRHL, el cual señala que "las ordenanzas fiscales podrán regular una bonificación de hasta el 95 por ciento de la cuota íntegra del impuesto, en las transmisiones de terrenos, y en la transmisión o constitución de derechos reales de goce limitativos del dominio, realizadas a título lucrativo por causa de muerte a favor de los descendientes y adoptados, los cónyuges y los ascendientes y adoptantes".

En particular, su previsión fue incorporada como art. 109.4 de la anterior Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales (LHL), por parte de la Ley 51/2002, la cual vino a responder a las recomendaciones del *Informe de la Comisión para el estudio y propuesta de medidas para la reforma de la financiación de las haciendas locales,* de 3 de julio de 2002 (2002, 125). Y es que, tras destacar justamente que "se echa en falta la existencia de alguna exención en las transmisiones hereditarias realizadas a favor del cónyuge y los hijos", añadía que "al menos debe pensarse en la posibilidad de introducir bonificaciones o exenciones que afecten a la transmisión hereditaria de la vivienda familiar y de los inmuebles incluidos en un negocio familiar".

Pero es que, además, antes de la modificación del art. 106.1 de la LHL por la Ley 21/2002, los demás supuestos de no sujeción que hoy establece el art. 104.3 del TRLRHL venían contemplados justamente como exenciones[15], debiéndose su transformación a la voluntad del legislador de evitar la disminución de ingresos tributarios que se producía ante las futuras transmisiones[16].

Y es que, la fecha de adquisición de los terrenos que se deberá tener en cuenta a la hora de determinar la base imponible del IIVTNU (tanto a la hora de considerar el valor que tenían como el tiempo transcurrido a efectos calcular su potencial plusvalía susceptible de gravamen) será aquella en la que se hubiera producido el último devengo del Impuesto, de modo que, en tanto que en los supuestos de no sujeción no se materializa el hecho imponible, su período de generación no se ve interrumpido con la transmisión o constitución de derechos que integran (a diferencia, lógicamente, de lo que sí ocurre con las exenciones)[17].

Por consiguiente, en los casos aquí estudiados, se añade la paradoja de que, si el hijo de una mujer fallecida a manos del otro progenitor, dada la necesidad de liquidez para su propia subsistencia, necesita vender los bienes inmuebles que adquiera de la herencia de su madre, tanto el valor como la fecha de adquisición que se deberán considerar a la hora de determinar la base imponible del IIVTNU ante esta nueva transmisión serán los relativos a la causante, por lo que el hijo, en tanto que sujeto pasivo en el momento del devengo (art. 106.1.b) del TRLRHL), deberá abonar la integridad de la cuota del IIVTNU que resulte de la plusvalía generada desde el último que se produjo[18].

IV. PRECISIONES Y ASPECTOS CUESTIONABLES DE LAS PERSONAS QUE GENERAN EL SUPUESTO DE NO SUJECIÓN

Siguiendo el tenor literal del art. 104.3 del TRLRHL, darán lugar al nuevo supuesto de no sujeción las "mujeres fallecidas como consecuencia de violencia contra la mujer, en los términos en que se defina por la ley o por los instrumentos

internacionales ratificados por España". Por consiguiente, con el fin de clarificar tales previsiones, procede analizar los aspectos que se señalan a continuación.

IV.1. El concepto de "violencia contra la mujer"

A la hora de señalar qué deberá entenderse por "violencia contra la mujer" en tales casos, el propio art. 104.3 del TRLRHL se remite a los términos en que se defina por la ley o por los instrumentos internacionales ratificados por España.

Por consiguiente, parece que deberá atenderse a la definición de "violencia de género" que establece el art. 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, ya que, de conformidad con el Punto II de su Exposición de Motivos, el principal objetivo de esta Ley fue el de "atender a las recomendaciones de los organismos internacionales en el sentido de proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres".

Así, como se desprende el mencionado precepto, la "violencia de género" que configura el objeto de actuación de la Ley comprende "todo acto de violencia (…) que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia".

En particular, como especifican los apartados 3 y 4, dicha violencia "comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad", así como la que, en dicho marco, y con el objetivo de "causar perjuicio o daño a las mujeres", se ejerza "sobre sus familiares o allegados menores de edad".

Por consiguiente, con base en tales previsiones, procede tener en cuenta las consideraciones que se concretan a continuación.

IV.2. La necesidad de que la víctima sea una mujer y la violencia se ejerza por un hombre, con la inclusión, en ambos casos, de las personas transexuales

Tal y como se señalaba, el art. 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004 delimita el concepto de "violencia de género" a todo acto de violencia que sea "manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres".

Por consiguiente, como precisó el punto II.b) de la Instrucción 2/2005 de la Fiscalía General del Estado, sobre la acreditación por el Ministerio Fiscal de las

situaciones de violencia de género, uno de los presupuestos necesarios para su concurrencia es que los casos en cuestión "tengan como sujeto activo en todo caso a un hombre" y que "el sujeto pasivo sea una mujer".

Además, conforme al punto II.1.1.2 de la Circular 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer (FIS-C-2011-00006), no será necesaria su mayoría de edad, ya que, a pesar de que la plena capacidad se concede con esta, "las mujeres que no la han alcanzado gozan de capacidad para decidir el inicio de una relación sentimental, [lo] que las sitúa, sin duda alguna, bajo la esfera de tutela penal que se otorga a las mujeres víctimas de violencia de género".

Y es que, como señala el art. 17.1 de la Ley Orgánica 1/2004, "todas las mujeres víctimas de violencia de género tienen garantizados los derechos reconocidos en esta ley, sin que pueda existir discriminación en el acceso a los mismos", como podría ocurrir, como anteriormente precisaba, por razones de origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Por su parte, procede destacar también que, a la hora de determinar el sexo tanto del agresor como de la víctima, deberán tenerse en consideración las previsiones Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, cuyo art. 46.1 precisa que "la resolución que acuerde la rectificación de la mención registral del sexo tendrá efectos constitutivos [y no declarativos] a partir de su inscripción en el Registro Civil".

Por ello, como advierte expresamente su art. 46.3, "la rectificación de la mención registral relativa al sexo y, en su caso, el cambio de nombre, no alterarán el régimen jurídico que, con anterioridad a la inscripción del cambio registral, fuera aplicable a la persona a los efectos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género", de modo que "solo desde la rectificación se aplica o deja de aplicarse el régimen de protección frente a la violencia de género y, en su consecuencia, la asunción o no de la competencia por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer"[19].

No obstante, en este punto, es importante destacar dos aspectos relevantes, empezando por el hecho de que, a pesar de que se hubiera realizado el cambio de sexo en el Registro Civil con anterioridad a la comisión de la violencia, podrá llegar a no tenerse en consideración (especialmente, en relación con los agresores que hubieran cambiado su sexo al femenino). En concreto, así ocurrirá cuando pueda probarse que la modificación obedeció a razones puramente instrumentales con el único fin de conseguir beneficios jurídicos, es decir, ante los supuestos que constituyan un claro fraude de ley[20].

Y en segundo lugar, procede advertir que el carácter constitutivo y no declarativo del cambio de sexo en el Registro Civil parece encajar mal con la prohibición

de discriminación de las víctimas que, como se señalaba, establece el art. 17.1 de la Ley Orgánica 1/2004, tal y como se desprende del punto II.1.1.2 de la Circular 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer (FIS-C-2011-00006). Y es que, con base en el mencionado precepto, señaló textualmente que, "aun cuando la mujer transexual no haya acudido al Registro Civil para rectificar el asiento relativo a su sexo, si se acredita su condición de mujer a través de los informes médico-forenses e informes psicológicos por su identificación permanente con el sexo femenino, estas mujeres transexuales, nacionales y extranjeras, pueden ser consideradas como víctimas de violencia de género".

De hecho, y a pesar de la claridad del actual art. 46 de la Ley 4/2023, en esta misma línea se manifiestan las nuevas directrices policiales emanadas de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, concretamente para el registro y conservación de los casos en el Sistema VioGén, en tanto que, como se establece, "el agente protector tendrá en cuenta las circunstancias que rodean a la víctima, con el fin de valorar su identificación con el sexo femenino, aunque no haya procedido a la modificación de la mención registral, pudiendo consultar a esta Administración central en caso de que el contexto genere dudas".

Pero es que, además, y aunque no reconoció la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer por la falta de registro del cambio de sexo, el citado Auto de la Audiencia Provincial Penal de Barcelona 892/2023, de 11 de diciembre de 2023 (rec. núm. 908/2023) reconoció expresamente que es el sexo sentido el que "seguramente debe prevalecer ante la administración pública prestacional o asistencial", lo cual, en la Comunidad Autónoma del País Vasco, así lo reconoce ya el reciente art. 7.o) de la Ley 4/2024, de 15 de febrero, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas trans[21].

Por consiguiente, en el ámbito tributario, parece que los beneficios fiscales reconocidos a las víctimas de violencia de género también deberían proceder ante cualquier situación en la que se constate la realidad que llevó al legislador a su reconocimiento, lo cual debería quedar únicamente a supeditado a su acreditación por cualquier método de prueba admitido en Derecho con base en el derecho fundamental a su utilización establecido en el art. 24 de la CE.

IV.3. La necesidad de que la violencia se ejerza en el seno de una relación afectiva (incluidas las paralelas), con la exclusión de las homosexuales

Otra de las características de la violencia de género que requiere el art. 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004 es que se ejerza por hombres que sean o hayan sido los

cónyuges de las mujeres víctimas o "quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia".

Así, como también precisó el punto II.1.1.2 de la Circular 6/2011, las relaciones en las que se podrá producir la violencia de género van "más allá de las "uniones de hecho", expresando la multiplicidad de relaciones afectivas en que los sentimientos de los hombres y las mujeres pueden manifestarse, pues estas pueden producirse con o sin convivencia, sin limitaciones de edad, pueden ser notorias o desconocidas para terceros o más prolongadas o no en el tiempo".

De este modo, como especificó, quedan incluidas las relaciones de noviazgo en tanto que relaciones afectivas socialmente abiertas y con independencia de la voluntad de casarse o incluso convivir, entendidas como "lazos de amistad, afecto y confianza y que crean un vínculo de complicidad estable, duradero y con cierta vocación de futuro; distinta de la relación matrimonial y "more uxorio", en las que se despliegan una serie de obligaciones y derechos que a los novios no les vincula, y también de las relaciones ocasionales o esporádicas, de simple amistad o basadas en un componente puramente sexual, o que no impliquen una relación de pareja".

En particular, como especificó la STS 510/2009, de 12 de mayo de 2009, Sala de lo Penal (rec. núm. 11582/2008), lo decisivo es "que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro", quedado, por tanto, excluidas del concepto de "análoga relación de afectividad" las relaciones "puramente esporádicas y de simple amistad, en las que el componente afectivo todavía no ha tenido ni siquiera la oportunidad de desarrollarse y llegar a condicionar los móviles del sujeto activo de la violencia sobre la mujer". Por consiguiente, con base en tales consideraciones, reconoció que también debían quedar incluidas las relaciones sentimentales paralelas, alegando que no podía excluirse a las parejas que, "pese a su formato no convencional, viven una relación caracterizada por su intensidad emocional".

No obstante, como también ha precisado el Tribunal Supremo (TS), sí que deberán quedar excluidas las relaciones afectivas homosexuales, en tanto que, como se señalaba, una *conditio sine qua non* para la existencia de la violencia de género es que se produzca por un hombre a una mujer[22].

IV.4. La necesidad de que el fallecimiento haya sido consecuencia de violencia contra la mujer

Finalmente, el último requisito que contempla el art. 104.3 del TRLRHL para la procedencia del nuevo supuesto de no sujeción tiene que ver con la causa

de la muerte de las víctimas de violencia de género, señalando que será necesario que hayan fallecido "como consecuencia de violencia contra la mujer".

En concreto, atendiendo al Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2022, parece que lo que realmente será necesario es que el causante de la muerte haya sido el propio agresor, ya que cuando hace referencia expresa a los "huérfanos como consecuencia de crímenes de violencia de género", habla de "crímenes" y del "miedo a ser identificados como hijas e hijos de un asesino". Pero, además, entre los motivos que enumera para justificar los beneficiarios del nuevo supuesto de no sujeción, hace referencia expresa a que "no solo pierden a sus madres a manos de sus padres", sino que también pierden a estos "como consecuencia de sus penas de prisión".

No obstante, lo que en ningún caso requiere del art. 104.3 del TRLRHL de forma expresa es que el agresor y causante de la muerte sea el padre de los hijos beneficiarios, por lo que, técnicamente, con base en las previsiones normativas señaladas, también se cumpliría su tenor literal si el causante de la violencia de género y de la muerte en cuestión fuera otra pareja y los beneficiarios no se quedaran, por tanto, sin ambos progenitores (lo mismo que ocurrirá si la víctima era madre soltera o la única persona de referencia de los sujetos dependientes beneficiarios).

IV.5. Las dificultades de prueba e incluso certeza que se pueden plantear

Conforme a lo expuesto hasta el momento, el nuevo supuesto del art. 104.3 del TRLRHL requiere que los sujetos beneficiarios puedan tener la certeza y la posibilidad de acreditar dos hechos fundamentales para acogerse al derecho a su procedencia: en primer lugar, que la mujer fallecida tenía la condición de víctima de violencia de género y, en segundo lugar, que su deceso fue a consecuencia de esta.

Por lo que respecta a la primera cuestión, el art. 23 de la Ley Orgánica 1/2004 establece que, en relación con las mujeres, las situaciones de violencia de género "se acreditarán mediante una sentencia condenatoria por cualquiera de las manifestaciones de la violencia contra las mujeres previstas en esta ley, una orden de protección o cualquier otra resolución judicial que acuerde una medida cautelar a favor de la víctima, o bien por el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género". No obstante, añade que "también podrán acreditarse las situaciones de violencia contra las mujeres mediante informe de los servicios sociales, de los servicios especializados, o de los servicios de acogida de la Administración Pública competente destinados a las víctimas de violencia de género, o por cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos".

Además, precisa que el Gobierno y las Comunidades Autónomas, en el marco de la Conferencia Sectorial de Igualdad, diseñarán, de común acuerdo, los procedimientos básicos que permitan poner en marcha los sistemas de acreditación, en virtud de lo cual, en la Conferencia Sectorial de Igualdad celebrada el 3 de abril de 2019, aprobaron el modelo común para la acreditación de la situación de violencia de género y la relación de los servicios sociales, de los servicios especializados, o de los servicios de acogida que, en cada Comunidad y Ciudad Autónoma, lo podrán expedir.

Este modelo, así como la relación de organismos, recursos y servicios que en cada Comunidad y Ciudad Autónoma pueden emitir dichas acreditaciones, fue actualizado en la Conferencia Sectorial de Igualdad, celebrada el 11 de noviembre de 2021, donde se aprobó al mismo tiempo un Acuerdo sobre los Procedimientos básicos para la acreditación administrativa de las situaciones de violencia de género por las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla[23].

Pues bien, si la mujer fallecida contara con alguno de los medios de prueba previstos en el art. 23 de la Ley Orgánica 1/2004, la posibilidad de aplicación del nuevo supuesto de no sujeción no planteará duda alguna en relación con este extremo, aunque sí que aparecerán cuando no sea así (y más considerando que, de conformidad con el art. cuatro de la Resolución 2 de diciembre de 2021, únicamente se contempla el inicio del procedimiento para la expedición de la acreditación administrativa a solicitud de la mujer interesada)[24].

No obstante, cierto es que, de conformidad con el art. 1.2 de la Ley Orgánica 1/2004, la condición de víctima de la violencia de género no solo se circunscribe a las mujeres, sino también "a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia", por lo que la acreditación de la condición de víctima de estos últimos sujetos también implicará, necesariamente, la de la correspondiente mujer.

Por lo tanto, de poder contar con ella, la aplicación del art. 104.3 del TRLRHL tampoco generará ningún problema respecto a esta primera cuestión, sin olvidar que, como añade el actual art. 23 de la Ley Orgánica 1/2004, "en el caso de víctimas menores de edad, la acreditación podrá realizarse, además, por documentos sanitarios oficiales de comunicación a la Fiscalía o al órgano judicial".

De todos modos, incluso contando con dicha acreditación, el nuevo supuesto también requiere la certeza de que el deceso de la mujer fue a manos del causante de la violencia de género, lo cual, si no puede acreditarse por ningún método de prueba admisible en Derecho, parece que requerirá esperar a la firmeza de la eventual sentencia condenatoria en la que así se determine.

IV.6. Las potenciales discriminaciones que pueden derivar de tales previsiones

A pesar de que la protección constitucional de la igualdad pueda legitimar un tratamiento tributario singular para determinados colectivos, su propio establecimiento debe respetar las exigencias del derecho fundamental de igualdad reconocido en el art. 14 de la CE, así como el principio de igualdad tributaria que emana del art. 31.1 de la CE.

A tal efecto, el TC ha establecido un triple examen con el fin de constatar su potencial vulneración, el cual requiere constatar si una eventual desigualdad responde a realidades objetivamente comparables; si existe un fin objetivo, razonable y constitucionalmente válido que legitime su trato diferenciado; y si las consecuencias jurídicas derivadas de este resultan razonables (en el sentido de que entre el medio empleado y la finalidad perseguida exista una relación de proporcionalidad, evitando los resultados especialmente gravosos o desmedidos)[25].

Pues bien, en relación con este triple análisis, y con base en las consideraciones señaladas hasta el momento, el nuevo supuesto de no sujeción del IIVTNU plantea dudas de constitucionalidad importantes, empezando el hecho de dejar fuera de su ámbito de aplicación a los hijos y sujetos dependientes de personas homosexuales que, habiendo vivido en un contexto de violencia doméstica, también pierdan como consecuencia de esta a ambos progenitores (o a quien ejercía su patria potestad, tutela o medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica).

Sin ir más lejos, el hecho de que puedan encontrarse en una realidad equiparable fue reconocido en la Circular 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (FIS-C-2005-00001), al señalar que "no puede ignorarse que en algún supuesto en ellas podrían reproducirse relaciones de dominación análogas a las perseguidas en esta Ley por interiorización y asunción de los roles masculinos y femeninos y de sus estereotipos sociales".

Además, atendiendo al Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2022, no cabe duda de que la grave situación a la que deben hacer frente estos hijos o sujetos es exactamente la misma que aquella en la que se encuentran los que el nuevo supuesto de no sujeción quiere proteger, por cuanto, en ambos casos, aparte de las consecuencias del entorno de violencia doméstica en el que llevan viviendo, se enfrentan al hecho de perder a sus máximos referentes, a la potencial modificación drástica de su forma de vida y al importante esfuerzo económico que ello les puede requerir.

Asimismo, idénticas consideraciones se pueden señalar respecto a los hijos y sujetos dependientes que, habiendo vivido en un entorno de violencia doméstica y perdiendo a ambos progenitores o sujetos de referencia, se les niegue el

derecho al nuevo supuesto por razón del sexo del agresor o la víctima, y más considerando que, tras el establecimiento del deber de asegurar la protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos, el art. 39.2 de la CE deja claro que todos serán iguales ante la ley (motivo por el cual, como resalta RUIZ GARIJO (2006, 25), el tratamiento fiscal de cualquier aspecto relacionado con la protección de la familia debería depender siempre de su capacidad económica y no de su estructura).

Y todo ello sin olvidar que, sin lugar a dudas, el sexo o la homosexualidad de los progenitores o personas responsables en ningún caso podrá ser un motivo válido para justificar de forma objetiva, razonable y constitucionalmente válida la exclusión de la protección de sus hijos o sujetos dependientes que estén en una misma situación de vulnerabilidad, así como el hecho de que las consecuencias jurídicas que ello comporta no solo no resultan razonables, sino que pueden ser especialmente gravosas o desmedidas considerando la gravedad de su realidad.

Además, respecto a los hijos, esta diferencia de trato resulta aún más gravosa considerando que, como se señalaba, el nuevo supuesto no requiere que el causante de la violencia de género sea el otro progenitor, por lo que, conforme al tenor literal del art. 104.3 del TRLRHL, nada impedirá su procedencia cuando fallezca una madre como consecuencia de violencia de género producida en el seno de una relación afectiva que mantuviera con un tercero que no fuera el padre (y, sin que, por tanto, el hijo perdiera a ambos progenitores).

Por consiguiente, y considerando el objetivo de especial protección que legitima este tratamiento tributario especial, parece que debería reconocerse a todos los hijos o sujetos dependientes que, viniendo de un entorno de violencia familiar, perdieran a ambos progenitores o sujetos de referencia y debieran afrontar un drástico cambio de vida, lo que también simplificaría la procedencia del nuevo supuesto al no requerir la certeza de que la madre fallecida tuviera la condición de víctima de violencia sobre la mujer.

De todos modos, también cabe destacar en este punto la potencial desigualdad en la que pueden encontrarse los hijos y sujetos dependientes de víctimas de violencia contra la mujer que no hayan fallecido a manos del que era su agresor, especialmente en aquellos supuestos en los que este sea su otro progenitor o persona de referencia y se encuentre privado de libertad. Y es que, en tales casos, tampoco parece que la causa de la muerte sea un motivo objetivo, razonable y constitucionalmente válido para su exclusión, resultando también unas consecuencias especialmente gravosas o claramente desmedidas.

Por ello, tanto desde el punto de vista constitucional como operativo, parece que lo más adecuado sería que el tratamiento fiscal especial establecido al respecto se otorgara a todos los hijos o sujetos dependientes que, debido a su especial condición de vulnerabilidad (ya sea por ser menores no emancipados o por

ser personas con discapacidad), adquirieran *mortis causa* terrenos de naturaleza urbana sujetos al IIVTNU de uno de sus progenitores o personas de referencia, lo que también permitiría acabar con la incertidumbre o dificultad de conocer y poder probar la causa del fallecimiento.

Y es que, además, procede recordar a tal efecto la bonificación potestativa de hasta el 95% de la cuota íntegra del IIVTNU que contempla el art. 108.4 del TRLRHL, la cual se permite establecer a los Ayuntamientos respecto a todas las transmisiones de terrenos, y a la transmisión o constitución de derechos reales de goce limitativos del dominio, "realizadas a título lucrativo por causa de muerte a favor de los descendientes y adoptados, los cónyuges y los ascendientes y adoptantes". En consecuencia, por lo que respecta a los hijos, la exención total aquí propuesta tan solo supondría su incremento en un 5%, lo que se encontraría más que justificado al limitarse a sujetos de grave y especial vulnerabilidad.

V. PRECISIONES Y ASPECTOS CUESTIONABLES DE LAS PERSONAS BENEFICIARIAS DEL SUPUESTO DE NO SUJECIÓN

Por su parte, de conformidad con el art. 104.3 del TRLRHL, los sujetos beneficiarios del nuevo supuesto de no sujeción son "las hijas, hijos, menores o personas con discapacidad sujetas a patria potestad, tutela o con medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica, cuyo ejercicio se llevará a cabo por las mujeres fallecidas como consecuencia de violencia contra la mujer" (siempre que se den, lógicamente, el resto de requisitos señalados en el apartado anterior).

Por ello, como apunta MARÍN-BARNUEVO FABO (2022, 102), la primera advertencia que procede destacar de tales previsiones es que "la desafortunada redacción del precepto constituye un serio obstáculo a su interpretación", ya que, "además de desconocer el significado de la frase «cuyo ejercicio se llevará [sic] a cabo por las mujeres fallecidas», nos queda la duda de saber si el supuesto se aplicará a los hijos en todo caso, o solo en los supuestos en que son menores o tienen limitada de algún modo su capacidad de obrar".

No obstante, considerando que la enumeración de los hijos e hijas y del resto de sujetos es de carácter acumulativo, parece que, respecto a ellos, no se supedita su procedencia a ninguna limitación, como podría ser en función de su edad, de su no emancipación o de que puedan acreditar algún tipo de discapacidad. Además, en relación con esta última, así se constata también al hablar de personas "sujetas" (y no sujetos) a patria potestad, tutela o con medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica, a pesar de que, al prescindir de la auténtica necesidad de especial protección de los beneficiarios, quede así deslegitimado el auténtico fin que avala este tratamiento fiscal favorable.

Y es que, incluso los beneficios fiscales autonómicos para las mujeres víctimas de violencia de género relativos a su propia vivienda habitual se encuentran supeditados a dicha necesidad de protección especial, como ocurre, por ejemplo, con la reducción de la base imponible del ISD ante las donaciones de dinero que inviertan en su adquisición (haciéndose depender, aparte de a su condición de víctimas, de aspectos como su nivel de renta o su patrimonio preexistente)[26].

Sin embargo, cierto es que algunos municipios han optado por prescindir del tenor literal del art. 104.3 del TRLRHL y restringir los sujetos beneficiarios, como hace el art. 4.4 de la Ordenanza Fiscal Reguladora del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana del Ayuntamiento de Madrid (concretamente, en la última versión publicada el 28 de diciembre de 2023). En concreto, dicho precepto contempla el nuevo supuesto en beneficio de "las hijas o los hijos menores de edad, o de las personas con discapacidad sujetas a patria potestad, tutela o con medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica, cuyo ejercicio se llevara a cabo por las mujeres fallecidas como consecuencia de violencia contra la mujer".

No obstante, y aparte de los demás problemas que pueden acarrear estas últimas previsiones (como el hecho de dejar fuera a los menores que, sin ser hijos de la mujer fallecida y sin tener ningún tipo de discapacidad, estuvieran sujetos a su patria potestad o tutela, o la inclusión de los hijos menores emancipados), conviene recordar que, de conformidad con el art. 9.1 del TRLHL, "no podrán reconocerse otros beneficios fiscales en los tributos locales que los expresamente previstos en las normas con rango de ley o los derivados de la aplicación de los tratados internacionales", y es que, si bien añade que las entidades locales pueden tener la posibilidad de decidir sobre los mismos, precisa que solo podrá ser así en los "supuestos expresamente previstos por la ley" (lo cual, evidentemente, no ocurre en los supuestos aquí estudiados).

Y todo ello sin olvidar que, con base en los arts. 31.3 de la CE y 8.d) de la LGT, el establecimiento, la modificación, la supresión y la prórroga de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales se encuentran sometidos al principio de reserva de ley, habiendo dejado claro el TC que su exigencia al respecto resulta de carácter absoluto[27].

Además, procede destacar también la contradicción que ello puede suponer respecto al nombre de la Ley que incorporó en el TRLRHL este nuevo supuesto (Ley Orgánica "de mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de la violencia de género"), considerando que, de acuerdo con el apartado 1.2 de la Ley Orgánica 1/2004, la condición de tales víctimas no incluye a todos los hijos de las mujeres que lo sean, sino "a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia".

Por ello, tanto por la propia procedencia del tratamiento fiscal singular como para ofrecer la debida seguridad jurídica, también sería más que conveniente reformular en este extremo la redacción del actual art. 104.3 del TRLRHL, aunque no en función de los recursos económicos de los hijos y sujetos dependientes (ya que, "con independencia del contexto social", sus especiales necesidades suponen "un esfuerzo económico importante" para "cualquiera")[28], sino en los términos señalados en el punto anterior (es decir, para los sujetos que, encontrándose en una situación de desamparo, legitiman su procedencia: los hijos, hijas y personas sujetas a su tutela, o guarda y custodia que, en cualquier caso, sean menores no emancipados o tengan algún tipo de discapacidad).

Y es que, además, como ha reiterado el TC, el derecho general de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que establece el art. 31.1 de la CE no solo puede verse quebrado por un tratamiento fiscal beneficioso que no se justifique por un objetivo de interés general, sino también por uno que resulte desproporcionado en el sentido de inadecuado al fin legítimo constitucionalmente perseguido[29].

En cualquier caso, respecto a la nueva redacción propuesta, procede precisar por último que, a efectos de constatar la patria potestad, la tutela o las medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de la capacidad jurídica cuyo ejercicio llevara a cabo la mujer fallecida, debería atenderse al momento del devengo del IIVTNU (ya que, como se señalaba, lo que realmente debería establecerse es una exención y, por consiguiente, este tendría lugar), considerando que este instante es el que "determina las circunstancias relevantes para la configuración de la obligación tributaria, salvo que la ley de cada tributo disponga otra cosa" (art. 21.1 de la LGT).

Por consiguiente, con base en el art. 109.1 del TRLRHL, en tales casos debería atenderse a la fecha de transmisión o constitución del pertinente derecho, habiendo precisado la DGT a tal efecto que, en el caso las adquisiciones *mortis causa*, este será el momento del fallecimiento del causante[30].

VI. LAS PLUSVALÍAS OBJETO DEL SUPUESTO DE NO SUJECIÓN

Finalmente, para cerrar el análisis de las actuales características del nuevo supuesto de no sujeción, cabe destacar que el art. 104.3 del TRLRHL hace referencia a las transmisiones de "bienes inmuebles" a título lucrativo que traigan causa del fallecimiento mujeres como consecuencia de violencia contra la mujer, por lo que no establece límite alguno respecto a los terrenos de naturaleza urbana que podrán quedar incluidos.

Por tanto, parece que el nuevo supuesto podrá alcanzar cualquier tipo de terreno que sea de dicha naturaleza, lo que también se desprende del Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2022 (ya que, si bien se hace referencia a la "vivienda ha-

bitual" a la hora de justificar su incorporación, solo es a efectos ejemplificativos y sin que en ningún caso se establezca la pertinente limitación)[31].

No obstante, teniendo en cuenta que el supuesto de no sujeción actual no se limita a los hijos y sujetos dependientes con una necesidad especial de protección, es evidente que dicha amplitud también puede resultar desproporcionada, ya que los beneficios que se prevén en la fiscalidad inmobiliaria autonómica para las propias mujeres víctimas de violencia de género sí que se limitan a su vivienda habitual. Así ocurre, por ejemplo, en el gravamen de Transmisiones Patrimoniales Onerosas (TPO), donde lo que se acostumbra a establecer son tipos de gravamen reducidos. Además, solo en el caso de Galicia se contempla la posibilidad de deducción en la cuota que sea del 100 %, aunque siempre y cuando, además de tratarse de víctimas y de su vivienda habitual, esta se encuentre en alguna de las parroquias que tengan la consideración de zonas poco pobladas o áreas rurales[32].

Sin embargo, si se limitaran los sujetos beneficiarios en los términos señalados, cierto es que esta amplitud resultaría coherente con las dos finalidades principales que, conforme al punto I del Preámbulo de la mencionada Ley Orgánica 2/2022, persigue el actual supuesto de no sujeción: por un lado, "agilizar el proceso sucesorio abierto tras los crímenes" y, por otro, "posibilitar que puedan acceder a los bienes y derechos de la herencia de sus madres" (ya que la transmisión de estos puede conllevar la obligación de pago del IIVTNU y, "sin duda, esto también supone una significativa carga económica, que puede afectar gravemente a la viabilidad de su adquisición").

Pero, además, la no limitación en este extremo de la eventual nueva exención también iría en la línea de la bonificación potestativa del IIVTNU que contempla el art. 108.4 del TRLRHL, la cual, como se señalaba, tampoco restringe los terrenos de naturaleza urbana a los que podrá resultar de aplicación.

Así pues, con estas consideraciones, queda cerrado el análisis de las principales características del nuevo supuesto de no sujeción, aunque procede entrar a valorar ahora la potencial ineficacia de su aplicación a causa del singular devengo del IIVTNU en las transmisiones *mortis causa*.

VII. LA POTENCIAL Y PROBLEMÁTICA INEFICACIA DEL NUEVO SUPUESTO DE NO SUJECIÓN ANTE EL SINGULAR DEVENGO DEL IIVTNU EN LAS TRANSMISIONES *MORTIS CAUSA*

Tal y como se señalaba, a diferencia de lo que ocurre con las exenciones, en los supuestos de no sujeción no nace la relación jurídico-tributaria, la cual define el art. 17.1 de la LGT como "el conjunto de obligaciones y deberes, derechos

y potestades originados por la aplicación de los tributos". Por consiguiente, en tanto que en los supuestos de no sujeción no se materializa el hecho imponible, no surge, con carácter general, la obligación de presentar declaración o comunicación alguna, a no ser que así se especifique por parte de la normativa.

De hecho, en el ámbito del IIVTNU, bien es cierto que así lo requiere en alguno de los supuestos de no sujeción previstos por el TRLRHL[33], aunque nada se dice en relación con el que es aquí estudiado. Por tanto, parece que los sujetos que tengan derecho a su aplicación no tendrán que cumplir obligación formal alguna, lo que resulta coherente con la finalidad de reducir los trámites derivados de la sucesión que inspiró su establecimiento.

No obstante, como se señalaba, la certeza de que un sujeto tiene derecho a su procedencia puede resultar ciertamente conflictiva, considerando, en primer lugar, que debe saberse con seguridad que la mujer fallecida tenía la condición de víctima de violencia de género. Pero, además, incluso en el caso de que dispusiera del correspondiente certificado en el momento del fallecimiento, debe tenerse la seguridad de que el deceso fue a consecuencia de violencia contra la mujer, lo cual puede llegar a requerir una sentencia firme que así lo declare y que puede tardar años (dificultando, al mismo tiempo, la inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes que se adquirieran)[34].

Y todo ello sin olvidar que, incluso conociendo con convicción ambos extremos, el singular devengo del IIVTNU ante las transmisiones *mortis causa* puede conllevar su inaplicación, concretamente en el caso de que la adquisición del correspondiente derecho sobre un terreno sujeto, materializada con su aceptación por parte del hijo o sujeto dependiente, no tenga lugar antes de que venza el plazo para presentar la correspondiente declaración o autoliquidación (ya que, conforme a los apartados 2 y 4 del art. 110 del TRLRHL, este es de 6 meses, prorrogables hasta un año a solicitud del sujeto pasivo, desde la fecha del devengo —que, como se señalaba, se producirá el día del fallecimiento de la causante—).

De este modo, y a pesar de que el devengo sea "el momento en el que se entiende realizado el hecho imponible y en el que se produce el nacimiento de la obligación tributaria principal" (art. 21.1 de la LGT), en tales casos tiene lugar antes de que se materialice la verdadera adquisición que constituye el hecho imponible, por cuanto, lógicamente, la aceptación del pertinente terreno por parte de su adquirente se producirá con posterioridad a la fecha del deceso.

En consecuencia, puede darse el caso de que, en el momento de que venza el plazo para presentar la correspondiente declaración o autoliquidación del IIVTNU, la aceptación del terreno en cuestión por parte del hijo o sujeto dependiente todavía no haya tenido lugar (especialmente ante las sucesiones intestadas), supuesto en el que el art. 106.1.a) del TRLRHL otorga la condición de sujeto pasivo a la propia herencia yacente.

En concreto, como destaca CALVO ORTEGA (2004, 167), "el fundamento de la atribución de la personalidad jurídico tributaria a estas entidades, además de su manifestación de capacidad económica, está en que facilita de manera importante la gestión tributaria", ya que, como destacan ARNAL SURIA y GONZÁLEZ PUYEYO (2001, 652), su finalidad es la de evitar "que un gran número de herencias quedaran sin liquidar por haberse realizado las adjudicaciones transcurrido el plazo de prescripción"[35].

Por consiguiente, si este es el caso, la cuota del IIVTNU devengado con el fallecimiento de la causante se cargará sobre la propia herencia yacente, ya que, como ha reiterado la DGT, hasta que no se adjudiquen los bienes a los herederos o beneficiarios, se considera que "se produce una transmisión de dichos bienes desde la persona del fallecido a la herencia yacente", siendo, por tanto, esta quien ostenta la condición de contribuyente mientras no tenga lugar su aceptación (aunque sin que la posterior aceptación que se produzca origine un nuevo hecho imponible que resulte sujeto, al considerarse que ya se ha producido con independencia del tiempo transcurrido)[36].

Por ello, en los supuestos aquí estudiados, se producirá la sujeción al IIVTNU, ya que, como destaca MANZANO (2016, 43), "la liquidación a cargo de la herencia yacente se realizará sin tener en cuenta las condiciones que concurran en los llamados a la herencia, condiciones que de haber estos reunido la categoría de sujetos pasivos podrían haber anulado o minorado la liquidación mediante la aplicación de determinadas exenciones o bonificaciones".

De hecho, así lo destacó también el *Informe de la Comisión de expertos para la revisión del modelo de financiación local*, de 26 de julio de 2017, tras señalar en su punto 161 que, "en los casos en los que la herencia yacente tenga la condición de sujeto pasivo del Impuesto, por no haberse producido la aceptación de los causahabientes una vez transcurrido el plazo de seis meses desde el fallecimiento del causante, se practicará la liquidación sin posibilidad de aplicar los beneficios fiscales de carácter subjetivo a los que tendrían derecho los llamados a la herencia de haber asumido la condición de herederos; o los de carácter objetivo, previstos para los propios bienes, al precisar estos una solicitud previa". En consecuencia, como añadió, "se considera necesario evitar la litigiosidad que estos supuestos originan y conseguir el efectivo cumplimiento de los principios de justicia tributaria", proponiendo a tal efecto que "la liquidación practicada a la herencia yacente tenga la consideración de ingreso a cuenta de la que en su día practiquen los adquirentes de los bienes"[37].

No obstante, en los casos aquí estudiados, la incorporación de esta última modificación tampoco solventaría la eventual ineficacia del nuevo supuesto de no sujeción, dado que, además de afectar la disponibilidad de los recursos de los hijos y sujetos dependientes, quedarían igualmente impedidas las principales

finalidades que legitimaron su previsión (la reducción de los trámites sucesorios derivados de la pérdida de la madre y las minoración de las dificultades económicas para acceder a los bienes y derechos de su herencia).

Además, cabe destacar que tales consecuencias también se producirían en el caso de que se convirtiera el nuevo supuesto de no sujeción en una exención en los términos propuestos, por lo que, siempre que sus potenciales beneficiarios pudieran resultar contribuyentes, su auténtica eficacia requería acompañar su establecimiento de una prórroga automática y mayor del período voluntario para declarar o autoliquidar el IIVTNU (lo que no impediría mantener el control del resto de transmisiones que pudiera integrar la herencia).

Asimismo, con el fin de simplificar los trámites sucesorios para acceder a la herencia, también sería conveniente que dicha exención se acompañara de la liberación a los beneficiarios de presentar declaración o comunicación alguna cuando su aceptación tenga lugar, y más considerando las obligaciones de información de los notarios que establece el art. 110.7 del TRLRHL. En concreto, como señala, "los notarios estarán obligados a remitir al ayuntamiento respectivo, dentro de la primera quincena de cada trimestre, relación o índice comprensivo de todos los documentos por ellos autorizados en el trimestre anterior, en los que se contengan hechos, actos o negocios jurídicos que pongan de manifiesto la realización del hecho imponible de este impuesto, con excepción de los actos de última voluntad", así como la "relación de los documentos privados comprensivos de los mismos hechos, actos o negocios jurídicos, que les hayan sido presentados para conocimiento o legitimación de firmas".

Además, en tales casos, no podrían verse damnificados los intereses de la Administración, por lo que no resultaría necesario establecer ningún tipo de vigilancia adicional. Y es que, aparte de la procedencia de la íntegra exención, tampoco podrían perjudicarse ante los potenciales devengos futuros, ya que, aparte de su control tanto por parte de los notarios como del Registro de la Propiedad[38], sería en todo caso la fecha del fallecimiento de la causante la que determinaría el inicio del período de generación de la potencial plusvalía sometida a imposición (en tanto que último devengo del Impuesto que habrá tenido lugar).

De todos modos, con base en la vigente normativa, cierto es que los sujetos con derecho al nuevo supuesto de no sujeción podrán tener la posibilidad de recuperar la cuota cargada a la herencia yacente con posterioridad, sin perjuicio de que se trate de un "ingreso indebido sobrevenido" (es decir, de que su abono, en su momento, hubiera resultado procedente)[39]. En particular, dicha opción podrá operar tanto si el Impuesto fue pagado a consecuencia de una autoliquidación como de una liquidación practicada por la Administración tras la presentación de la oportuna declaración, posibilidades que, por sus relevantes diferencias, procede analizar separadamente a continuación[40].

VIII. LA POTENCIAL RECUPERACIÓN DEL PAGO DE LA CUOTA DEL IIVTNU EN CASO DE QUE HUBIERA RESULTADO DE UNA AUTOLIQUIDACIÓN

De conformidad con el art. 120.3 de la LGT, "cuando un obligado tributario considere que una autoliquidación ha perjudicado de cualquier modo sus intereses legítimos, podrá instar la rectificación de dicha autoliquidación de acuerdo con el procedimiento que se regule reglamentariamente". Por su parte, como precisa el art. 221.4 de la LGT, "cuando un obligado tributario considere que la presentación de una autoliquidación ha dado lugar a un ingreso indebido, podrá instar la rectificación de la autoliquidación de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 120 de esta ley".

Así pues, si la cuota autoliquidada del IIVTNU hubiera sido cargada a la herencia yacente, una vez que los sujetos beneficiarios del supuesto de no sujeción hayan adquirido el correspondiente terreno y tengan la certeza de su procedencia, podrán instar la rectificación de la autoliquidación presentada en su momento, solicitando la devolución de los oportunos ingresos indebidos.

No obstante, conforme al art. 66.c) de la LGT, el derecho a solicitar las devoluciones de ingresos indebidos prescribirá a los 4 años, período que deberá computarse como precisa el art. 67.1: desde "el día siguiente a aquel en que finalice el plazo para solicitar la correspondiente devolución derivada de la normativa de cada tributo o, en defecto de plazo, desde el día siguiente a aquel en que dicha devolución pudo solicitarse; desde el día siguiente a aquel en que se realizó el ingreso indebido o desde el día siguiente a la finalización del plazo para presentar la autoliquidación si el ingreso indebido se realizó dentro de dicho plazo; o desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la sentencia o resolución administrativa que declare total o parcialmente improcedente el acto impugnado".

Por consiguiente, de haberse presentado la autoliquidación en plazo, el mencionado plazo de 4 años empezaría a contar desde el día siguiente al de la finalización del correspondiente período voluntario, el cual, sin perjuicio de las eventuales interrupciones reguladas en el art. 68 de la LGT, acabaría tras 6 meses desde la fecha del fallecimiento de la causante (o, de haberse solicitado su prórroga, tras un año).

Sin embargo, y aunque 4 años parece tiempo suficiente tanto para que se haya producido la aceptación de los bienes de la herencia como para acreditar la condición de víctima de violencia de género de la causante, puede ocurrir que la certeza de su aplicación precise de una sentencia firme que constate que el deceso fue a consecuencia de violencia contra la mujer, hecho que puede llegar a requerir un período superior.

No obstante, si la causa del fallecimiento no hubiera podido conocerse con seguridad hasta después del mencionado plazo, cabe tener en consideración la STS 741/2020, de 11 de junio de 2020, Sala de lo Contencioso-Administrativo (rec. núm. 3887/2017), la cual, en primer lugar, dejó claro que, en relación con el derecho a solicitar la devolución de un ingreso indebido derivado de una autoliquidación presentada y abonada en plazo, la regla general es que el período de prescripción empieza al día siguiente de la finalización del plazo voluntario para su presentación. No obstante, en caso de que el interesado no hubiera podido conocer el carácter de indebido del ingreso en cuestión por derivar de una actuación administrativa realizada con posterioridad, el TS reconoció una importante excepción, precisando que en dicho supuesto deberá ser el momento en el que el interesado tenga conocimiento de su improcedencia el instante en el que empezará[41].

Y es que, aunque la propia Sentencia advirtió que tales consideraciones estaban apegadas al caso de autos, en los supuestos aquí estudiados también procederían las principales razones que llevaron al Alto Tribunal a su determinación, fundamentalmente porque los interesados solo sabrían con certeza que el ingreso del IIVTNU fue indebido cuando la Administración, una vez transcurrido el mencionado plazo, determinara que el fallecimiento de la causante en cuestión fue a consecuencia de violencia contra la mujer.

Por ello, también podría tenerse aquí en consideración que "la prescripción sanciona la inactividad del contribuyente, que deja transcurrir el plazo legal sin petición alguna desde que efectuó el ingreso indebido", de modo que la mencionada regla que, conforme al art. 67 de la LGT, opera con carácter general "no resulta aplicable cuando el nacimiento del derecho (esto es, la constatación del carácter indebido del ingreso en cuestión) no depende del contribuyente, sino de la [actividad de la] Administración".

Y todo ello sin olvidar que el principio de buena administración (previsto tanto en la CE como en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea) "impone a la Administración una conducta lo suficientemente diligente como para evitar definitivamente las posibles disfunciones derivadas de su actuación, sin que baste para dar cobertura a sus deberes la mera observancia estricta de procedimientos y trámites; sino que, más allá, reclama la plena efectividad de garantías y derechos reconocidos legal y constitucionalmente al contribuyente y ordena a los responsables de gestionar el sistema impositivo, a la propia Administración Tributaria, observar el deber de cuidado y la debida diligencia para su efectividad y la de garantizar la protección jurídica que haga inviable el enriquecimiento injusto".

De hecho, los propios Tribunales Económico-Administrativos (TEA) han empezado a hacer extensiva la aplicación de dicha doctrina a otros supuestos,

como ha ocurrido con el Tribunal Económico-Administrativo Regional (TEAR) de Andalucía a la hora de determinar que el derecho a solicitar la rectificación de las autoliquidaciones del IRPF de 2014 y 2015, presentadas en plazo, no había prescrito a 20 de julio de 2021, después de que el 2 de agosto de 2019 el heredero del contribuyente hubiera tenido conocimiento de que debía proceder a la devolución a la Seguridad Social del importe de la pensión cobrada indebidamente por el causante y que había sometido a tributación en el IRPF de dichos períodos[42].

En este caso, y tras reconocer que, en principio, el *dies a quo* del plazo de prescripción del derecho a solicitar la devolución debía situarse al día siguiente de las fechas en que vencieron los plazos para presentar las autoliquidaciones del IRPF de 2014 y 2015, el TEAR destacó que la LGT también sitúa como fecha de su arranque el día siguiente a aquel en que dicha devolución pudo solicitarse, a pesar de añadir que, "en honor a la verdad, dicho precepto legal contempla tal fecha, «en defecto de plazo»" y que este "no es el caso porque, como hemos expuesto, en el presente sí existe plazo".

De todos modos, agregó que, con base en la mencionada STS, "esta regla general se excepciona cuando el nacimiento del derecho (esto es, la constatación del carácter indebido del ingreso en cuestión) no depende de dicho obligado, sino de la Administración", considerando que, en el caso en cuestión, esta era la de la Seguridad Social (ya que, al emitir una declaración de reintegro de la pensión percibida por el causante que declaró en su IRPF de 2014 y 2015, comportó el surgimiento de un ingreso indebido o una mayor devolución derivada de la normativa del impuesto)". Por consiguiente, consideró que, en el supuesto en cuestión, el *dies a quo* también debía situarse "en la fecha en la que se constata que el ingreso en cuestión sobrevino indebido, fecha que no es otra, en este caso, que aquella en la que la Administración (la Seguridad Social) puso en conocimiento del causante del interesado el acto por el que le ordenaba reintegrar la pensión (o parte de la misma) percibida y declarada, lo que supone una calificación incompatible con su consideración de renta sujeta al IRPF como rendimiento del trabajo".

Así pues, respecto al nuevo supuesto de no sujeción del IIVTNU, es evidente que también podría darse el caso de que los sujetos beneficiarios no pudieran tener la certeza de su procedencia hasta que una sentencia firme confirmara el fallecimiento por violencia de género de la causante (es decir, hasta que no se produjera un pronunciamiento de la Administración de Justicia), de modo que, en tales circunstancias, también debería fijarse el inicio del plazo de prescripción del derecho a solicitar los correspondientes ingresos indebidos en el instante en el que tuvieran conocimiento de la misma.

De todos modos, mientras no prescriba el mencionado derecho, también procede destacar que no impedirá esta posibilidad de devolución el hecho de que se hubiera presentado una solicitud de rectificación de autoliquidación y devolución de ingresos indebidos con anterioridad, la cual hubiera sido desestimada en vía administrativa (aunque siempre que, además de que la primera fuera firme, la segunda solicitud se fundara en hechos sobrevenidos o en motivos diferentes de los invocados en primer lugar)[43].

IX. LA POTENCIAL RECUPERACIÓN DEL PAGO DE LA CUOTA DEL IIVTNU EN CASO DE QUE HUBIERA RESULTADO DE UNA LIQUIDACIÓN

Finalmente, si el pago del IIVTNU se hubiera producido a consecuencia de una liquidación practicada por la Administración tras la presentación de la oportuna declaración, la posibilidad de recuperar los correspondientes ingresos indebidos se podrá articular, en primer lugar, recurriendo la liquidación practicada mientras se esté en plazo, siempre que, lógicamente, se tenga la certeza de la procedencia del supuesto de no sujeción (con el fin de que así lo constaten los órganos económico-administrativos o judiciales).

No obstante, como precisa el art. 221.3 de la LGT, "cuando el acto de aplicación de los tributos o de imposición de sanciones en virtud del cual se realizó el ingreso indebido hubiera adquirido firmeza, únicamente se podrá solicitar la devolución del mismo instando o promoviendo la revisión del acto mediante alguno de los procedimientos especiales de revisión establecidos en los párrafos a), c) y d) del artículo 216 y mediante el recurso extraordinario de revisión regulado en el artículo 244 de esta ley".

Sin embargo, por lo que respecta al inicio de los procedimientos especiales de revisión previstos en el art. 216 de la LGT en los casos aquí estudiados, no sería posible el del procedimiento de revisión de actos nulos de pleno derecho, ya que, de conformidad con el art. 217.1 de la LGT, no tendría lugar ninguno de los supuestos que habilitan su procedencia[44].

Asimismo, tampoco resultaría viable el inicio del procedimiento de rectificación de errores aritméticos, materiales o de hecho previsto en el art. 216.d) de la LGT, ya que, para empezar, el art. 220 de la LGT precisa que por él se rectificarán los actos y las resoluciones de las reclamaciones económico-administrativas en los que se hubiera incurrido en error de hecho "que resulte de los propios documentos incorporados al expediente". Pero, además, los supuestos aquí planteados no constituirían ni un error aritmético ni tampoco material o de hecho, en

tanto que "no es error material o de hecho aquel cuya rectificación implica alterar e invalidar el contenido básico del inicial"[45].

No obstante, sí que podría tener lugar el procedimiento de revocación de los actos de aplicación de los tributos y de imposición de sanciones que enumera el art. 216.c) de la LGT, el cual se encuentra desarrollado en el art. 219 de la LGT. Y es que, entre otros supuestos, la Administración tributaria podrá revocar a través de él "sus actos en beneficio de los interesados cuando (…) circunstancias sobrevenidas que afecten a una situación jurídica particular pongan de manifiesto la improcedencia del acto dictado".

Así, y aunque el art. 219.3 de la LGT precisa que este procedimiento siempre se iniciará de oficio, cabe recordar que el mencionado art. 221.3 de la LGT, al hacer referencia al procedimiento de revocación, habla de "instar" o "promover", y es que, de hecho, la armonización de ambas posibilidades parece que se encuentra en el art. 10.1 del Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, aprobado por el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo.

En particular, señala el mencionado precepto que "el procedimiento de revocación se iniciará exclusivamente de oficio, sin perjuicio de que los interesados puedan promover su iniciación por la Administración competente mediante un escrito que dirigirán al órgano que dictó el acto", añadiendo que, "en este caso, la Administración quedará exclusivamente obligada a acusar recibo del escrito".

Sin embargo, como destaca GARCÍA NOVOA, lo cierto es que, "si se puede promover la revocación para lograr la declaración de un ingreso como indebido, esa actividad (…) no es una mera petición graciable que solo obliga a la Administración a acusar recibo de la misma, quedando a su libre discreción el iniciar o no el procedimiento", sino que, lógicamente, la Administración tendrá el deber de incoar el oportuno expediente[46]. Y es que, de hecho, así lo ha reconocido también el TS, como hizo en la STS 154/2022, de 9 de febrero de 2022, Sala de lo Contencioso-Administrativo (rec. núm. 126/2019).

No obstante, además de aquellos que sean confirmados por sentencia judicial firme, precisa el art. 213 que no podrán ser objeto de revocación tanto las resoluciones firmes de los órganos económico-administrativos como los actos de aplicación de los tributos y de imposición de sanciones sobre los que hubiera recaído una resolución económico-administrativa, por lo que solo podrían revocarse aquellos actos que fueran firmes por no haber sido recurridos en plazo ante la vía económico-administrativa.

De todos modos, y aunque con la excepción de los confirmados por sentencia judicial firme, añade el propio precepto que estos sí que podrán ser objeto de un recurso extraordinario de revisión, el cual, conforme al art. 244.1.a) de la LGT, también podría resultar procedente en los supuestos aquí estudiados. Y es que,

como señala, este podrá interponerse por los interesados contra los actos firmes de la Administración tributaria y contra las resoluciones firmes de los órganos económico-administrativos cuando, entre otras circunstancias, "aparezcan documentos de valor esencial para la decisión del asunto que fueran posteriores al acto o resolución recurridos o de imposible aportación al tiempo de dictarse los mismos y que evidencien el error cometido" (como podrá ser una sentencia firme que determine que el fallecimiento de una mujer fue a consecuencia de violencia género y tales circunstancias no hubieran podido conocerse certeramente con anterioridad).

De hecho, y aunque el TS ha precisado que los "documentos de valor esencial" no podrán ser "decisiones judiciales que marquen un criterio decisorio que el actor considere que le favorece", así se desprende de su doctrina, ya que, tras señalar que deberán "referirse a hechos o circunstancias pertenecientes al círculo que configura la situación en que se produce la resolución administrativa recurrida en revisión, que, de haber sido conocidos por la Administración en el momento de resolver, hubieran dado lugar a un pronunciamiento favorable a quien de esa forma extraordinaria recurre"[47], ha admitido, por ejemplo, una sentencia civil firme en virtud de la cual desaparecía el presupuesto determinante de una liquidación girada[48].

No obstante, igual que se señalaba en relación con las autoliquidaciones, precisa el art. 219.2 de la LGT que la revocación solo será posible mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción del derecho a solicitar la devolución de ingresos indebidos, resultando al respecto trasladables las consideraciones apuntadas en el apartado anterior.

Así pues, con independencia de si el pago de la cuota del IIVTNU resultó de una autoliquidación o una liquidación administrativa, los beneficiarios del nuevo supuesto de no sujeción podrán llegar a recuperar su importe, a pesar de la clara afectación que ello comporta de los motivos que llevaron a su introducción en el TRLRHL. Y es que, considerando el Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2022, no cabe duda de que la exigencia del pago del IIVTNU y la necesidad de su posterior reclamación resultan claramente contrarias a la finalidad de "agilizar el proceso sucesorio" al que se enfrentan tales sujetos, así como al fin de eliminar la "significativa carga económica" que conlleva su acceso "a los bienes y derechos de la herencia" (lo cual, junto a los demás problemas apuntados, demuestra la ineludible necesidad de su reformulación).

X. CONCLUSIONES

I. A pesar de la conveniencia de establecer un trato fiscal más favorable en el IIVTNU para los hijos y sujetos dependientes de las mujeres

fallecidas por violencia de género, respecto a la adquisición de los bienes y derechos de su herencia, resulta indispensable reformular el nuevo supuesto de no sujeción introducido en el 104.3 del TRLRHL, tanto por razones de eficacia como de índole jurídica incluso constitucional.

II. En particular, dado que en tales adquisiciones se produce el hecho imponible del Impuesto, lo que realmente debería establecerse es una exención del 100%, la cual, tanto desde un punto de vista constitucional como operativo, debería reconocerse con independencia de la condición de víctima de violencia de género del causante, de su sexo y de la causa del fallecimiento.

III. Sin embargo, para garantizar su viabilidad, debería preverse para todas las adquisiciones *mortis causa* de los hijos o sujetos dependientes de las personas fallecidas que, por ser menores no emancipados o personas con discapacidad, se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad, valorándose su edad, su potencial discapacidad y el vínculo que mantenían con el causante en el momento del fallecimiento de este (ya que es cuando se devengará del IIVTNU).

IV. Asimismo, esta exención debería acompañarse de una prórroga automática y mayor del período voluntario para declarar o autoliquidar el Impuesto, previéndose para todos los casos en los que tales sujetos puedan adquirir derechos sobre terrenos de naturaleza urbana de la herencia de sus progenitores o personas de referencia. De este modo, además de reducir sus trámites sucesorios, no solo se evitaría que el tributo se cargara a la herencia yacente, sino también la demora y complejidad que hoy puede plantear la eventual recuperación de su pago (manteniendo, al mismo tiempo, el control del resto de transmisiones que pudiera integrar la herencia).

V. Y todo ello sin perjuicio de la conveniencia de que, con el mismo fin de simplificar tales trámites, también les liberara de presentar declaración o comunicación alguna relativa al IIVTNU en el momento en el que acepten la adquisición, y más teniendo en cuenta que, aparte de las obligaciones de información tributaria que deben cumplir los notarios ante tales adquisiciones, así como del control del Impuesto que lleva a cabo el Registro de la Propiedad, no podrán perjudicar los intereses de la Administración (considerando la procedencia de la íntegra exención y que, en cualquier caso, será la fecha del fallecimiento del causante la que determinará el inicio del período de generación de la potencial plusvalía gravable ante una futura transmisión).

XI. BIBLIOGRAFÍA

ARNAL SURIA, S. y GONZÁLEZ PUYEYO, J. (2001). *Manual de ingresos de las Corporaciones locales*. Madrid: El consultor de los Ayuntamientos y Juzgados.

BONELL COLMENERO, R. (2005). Principio de igualdad y deber de contribuir. *Anuario jurídico y económico escurialense*, núm. 38, 177-207.

CALVO ORTEGA, R. (2004). Obligados tributarios. En R. Calvo Ortega (dir.). *La nueva Ley General Tributaria.* Madrid: Civitas (pp. 133-212).

COMISIÓN DE EXPERTOS PARA LA REVISIÓN DEL MODELO DE FINANCIACIÓN LOCAL (2017). *Informe de la Comisión de expertos para la revisión del modelo de financiación local, de 26 de julio de 2017*. Madrid: Ministerio de Hacienda.

COMISIÓN PARA EL ESTUDIO Y PROPUESTA DE MEDIDAS PARA LA REFORMA DE LA FINANCIACIÓN DE LAS HACIENDAS LOCALES (2002). *Informe de la Comisión para el estudio y propuesta de medidas para la reforma de la financiación de las haciendas locales, de 3 de julio de 2002*. Madrid: Ministerio de Hacienda.

CHICO DE LA CÁMARA, P. (1994). Aplicaciones prácticas de los principios constitucionales tributarios. *Tribuna Fiscal*, núm. 40, 51-62.

GARCÍA NOVOA, C. (1993). *La devolución de ingresos tributarios indebidos*. Marcial Pons, Madrid.

GARCÍA NOVOA, C. (2004). El futuro del impuesto sobre sucesiones y donaciones: apuntes para una reflexión (II). *Bolsa de Madrid*, núm. 134, 74-81.

GARCÍA NOVOA, C. (2005). *La revocación en la Ley General Tributaria*. Cizur Menor: Aranzadi.

GARCÍA VILLAREJO, A. y SALINAS SÁNCHEZ, J. (1994). *Manual de Hacienda Pública, general y de España*. Madrid: Tecnos.

GUERRA REGUERA, M. (2016). La extinción de una comunidad de bienes con exceso de adjudicación compensado en el IIVTNU. *Tributos locales*, núm. 127, 143-155.

MANZANO SILVA, M.E. (2016). La liquidación del IIVTNU ante la herencia yacente. *Tributos locales*, núm. 127, 41-65.

MARÍN-BARNUEVO FABO, D. (2022). La actuación de los ayuntamientos tras la declaración de inconstitucionalidad de la plusvalía municipal. *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 15, 77-114.

MATA SIERRA, M.T. (2009). *El Principio de Igualdad Tributaria*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.

NIETO MONTERO, J.J. (2010). Las herencias yacentes como obligados tributarios. En J. Arrieta Martínez de Pisón, M.A. Collado Yurrita y J. Zornoza Pérez (dirs.). *Tratado sobre la Ley General Tributaria: Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*. Vol. I. Cizur Menor: Aranzadi (pp. 829-852).

REY MARTÍNEZ, F. (2022). Igualdad y prohibición de discriminación. En M. Paloma Biglino Campos *et al.* (coords.). *Lecciones de Derecho Constitucional II.* Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi (pp. 435-462).

RUIZ GARIJO, M. (2006). Tributación conjunta y sesgo de género, *Nueva fiscalidad*, núm. 7, 9-26.

SÁINZ DE BUJANDA, F. (1964). Teoría jurídica de la exención tributaria. En *XI Semana de Estudios de Derecho Financiero*. Madrid: Editorial de Derecho Financiero.

XII. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS

- Auto de la Audiencia Provincial Penal de Barcelona 892/2023, de 11 de diciembre de 2023 (rec. núm. 908/2023).
- Resolución del TEAR de Andalucía 14/03172/2021/00/00, de 18 de marzo de 2022.
- STC 3/1983, de 25 de enero.
- STC 166/1988, de 26 de septiembre.
- STC 134/1996, de 22 de junio.
- STC 46/1999, de 22 de marzo.
- STC 46/2000, de 17 de febrero.
- STC 200/2001, de 4 de octubre.
- STC 39/2002, de 14 de febrero.
- STC 96/2002, de 25 de abril.
- STS de 2 de abril de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo (rec. núm. 5682/2002).
- STS de 24 de julio de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo (rec. núm. 3681/2005).
- STS 510/2009, de 12 de mayo de 2009, Sala de lo Penal (rec. núm. 11582/2008).
- STS de 17 de junio de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo (rec. núm. 4846/2007).
- STS 1068/2009, de 4 de noviembre de 2009, Sala de lo Penal (rec. núm. 566/2009).
- STS de 9 febrero 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo (rec. núm. 3276/2008).
- STS 1484/2018, de 9 de octubre de 2018 (rec. núm. 4625/2017).
- STS 741/2020, de 11 de junio de 2020, Sala de lo Contencioso-Administrativo (rec. núm. 3887/2017).
- STS de 3 de marzo de 2020, Sala de lo Contencioso-Administrativo (rec. núm. 1571/2018)
- STS 145/2021, de 4 de febrero de 2021, Sala de lo Contencioso-Administrativo (rec. núm. 3816/2019).
- STS 154/2022, de 9 de febrero de 2022, Sala de lo Contencioso-Administrativo (rec. núm. 126/2019).
- Contestaciones a Consultas Tributarias Vinculantes de la DGT
  V2114-14, de 1 de agosto de 2014.
  V1962-15, de 22 de junio de 2015.
  V0397-16, de 1 de febrero de 2016.
  V0473-16, de 8 de febrero de 2016.

V0961-18, de 11 de abril de 2018.
V1313-20, de 8 de mayo de 2020.
V0135-23, de 3 de febrero de 2023.
V0471-24, de 19 de marzo de 2024.

NOTAS

[1] Por lo que respecta a su eficacia temporal, la Disposición transitoria de la Ley Orgánica 2/2022 precisa que, si bien la entrada en vigor de la propia Ley se produjo el 23 de marzo de 2022, tales previsiones deben resultar de aplicación "a todos los procesos, o procedimientos tributarios actualmente en tramitación, sea cual sea el estado en que se encuentren", exceptuando únicamente "las previsiones sobre competencia judicial previstas en el artículo primero y en el apartado Uno del artículo segundo, que continuarán siendo competencia de los órganos que vinieran conociendo de los mismos hasta su conclusión por sentencia firme".

[2] Señala el mencionado precepto que "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político".

[3] STC 166/1988, de 26 de septiembre.

[4] En este sentido, tras precisar que la igualdad consagrada en la CE integra tres dimensiones (la liberal, la democrática y la social), REY MARTÍNEZ señala que, "desde el punto de vista social, la idea de igualdad legitima un derecho desigual a fin de garantizar a individuos y grupos vulnerables o en desventaja socio-económica la igualdad de oportunidades". (REY MARTÍNEZ, 2022, 436).

[5] STC 3/1983, de 25 de enero.

[6] Recuérdese en este punto que, de conformidad con el art. 31.1 de la CE, "todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio", precepto del que la doctrina y la jurisprudencia han derivado los denominados "principios de justicia tributaria" integrados por los principios de capacidad económica, igualdad tributaria, generalidad, progresividad y no confiscatoriedad.

[7] BONELL COLMENERO, 2005, 203.

[8] Véase, entre otras, la Contestación a la Consulta Tributaria Vinculante V0471-24, de 19 de marzo de 2024.

[9] En este sentido, véanse las Contestaciones a las Consultas Tributarias Vinculantes V0473-16, de 8 de febrero de 2016; o V1313-20, de 8 de mayo de 2020.

[10] A modo de ejemplo, este es el caso de la disolución de una comunidad de bienes en la que produzca un exceso de adjudicación a consecuencia de dar cumplimiento a los arts. 821, 829, 1.056 (segundo) y 1.062 (primero) del Código Civil. Y es que, como ha resaltado la DGT siguiendo las consideraciones de, entre otras, la STS 1484/2018, de 9 de octubre de 2018 (rec. núm. 4625/2017), "dichos preceptos responden al principio general establecido en el artículo 1.062 del Código Civil de que, cuando la cosa común sea indivisible, ya sea por su propia naturaleza o porque pueda desmerecer mucho por la indivisión, la única forma de extinción de la comunidad es adjudicarla a uno de los comuneros con la obligación de abonar a los otros el exceso en metálico". Por consiguiente, "cuando el exceso surja de dar cumplimiento a alguno de los referidos preceptos, dicho exceso no se considerará transmisión patrimonial onerosa y no determinará la sujeción al IIVTNU". (Contestación a la Consulta Tributaria Vinculante V0135-23, de 3 de febrero de 2023).

[11] Al respecto, véase la Contestación a la Consulta Tributaria Vinculante V2114-14, de 1 de agosto de 2014.

[12] Además de las previsiones genéricas del 31.3 de la CE ("solo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley"), así lo establece de forma expresa el art. 8.d) de la LGT, al precisar que se regulará en todo caso por ley "el

establecimiento, modificación, supresión y prórroga de las exenciones, reducciones, bonificaciones, deducciones y demás beneficios o incentivos fiscales". Y es que, si bien el TC ha reconocido que la reserva de ley que impera en el ámbito tributario no es de carácter absoluto, sino relativo (en el sentido de que únicamente serán necesarias las normas de rango legal para crear los tributos y configurar sus elementos esenciales), también ha dejado clara su exigencia respecto a los preceptos que exoneran del deber de contribuir (véase, entre otras, la STC 221/1992, de 11 de diciembre).

[13] Entre otras, véase en este punto la STC 134/1996, de 22 de junio, sin olvidar que, como precisó la STC 46/2000, de 17 de febrero, además de ser un medio de recaudación de ingresos públicos y constituir instrumentos de política económica general, los tributos también sirven para asegurar una mejor distribución de la renta nacional.

[14] De hecho, respecto a la potencial capacidad económica de los adquirentes, procede recordar las críticas que tradicionalmente se han realizado al gravamen de la adquisición *mortis causa* entre familiares directos por parte del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD), cuestionando, por ejemplo, el incremento de riqueza que experimenta un hijo que hereda la vivienda habitual en la que vivía con el causante y donde seguirá viviendo o el saldo de una cuenta corriente propiedad del fallecido a la que ya podía acceder por vía de una titularidad indistinta (GARCÍA NOVOA, 2004, 7). Además, como también podrá ocurrir en los presentes supuestos e incluso con mayor gravedad, no hay que olvidar la inexistencia de riqueza que se producirá cuando los herederos reciban un patrimonio esencialmente inmobiliario del que, a efectos prácticos, ya venían disfrutando y, ante la falta de liquidez del mismo, se vean obligados a enajenarlo para hacer frente a la correspondiente tributación o a su propia subsistencia, y es que, como destacan GARCÍA VILLAREJO y SALINAS SÁNCHEZ (1994, 486), es evidente la disminución de la capacidad de pago que experimentan las familias en las que el causante era el sustento económico principal.

[15] En particular, señalaba el art. 106.1 que "están exentos de este impuesto los incrementos de valor que se manifiesten a consecuencia de los actos siguientes: a) Las aportaciones de bienes y derechos realizadas por los cónyuges a la sociedad conyugal, las adjudicaciones que a su favor y en pago de ellas se verifiquen y las transmisiones que se hagan a los cónyuges en pago de sus haberes comunes. (…) c) Las transmisiones de bienes inmuebles entre cónyuges o a favor de los hijos, como consecuencia del cumplimiento de sentencias en los casos de nulidad, separación o divorcio matrimonial".

[16] Entre otros, así lo destaca GUERRA REGUERA, 2016, 155.

[17] Reconociendo que el período de generación del incremento de valor que somete a gravamen el IIVTNU no se ve interrumpido por las transmisiones que no originan su devengo, véanse, entre otras, las Contestaciones a las Consultas Tributarias Vinculantes V0473-16, de 8 de febrero de 2016; o la V0961-18, de 11 de abril de 2018.

[18] En este punto, recuérdese que, de acuerdo con el art. 21 de la LGT, la fecha del devengo es la que determina las circunstancias relevantes para la configuración de la obligación tributaria, de modo que, en el momento de devengarse el IIVTNU en este caso (que, conforme al art. 109.1.b) del TRLRHL, sería la fecha en que tuviera lugar la transmisión onerosa), será el hijo que hubiera adquirido el terreno quien ostentará, en exclusiva, la condición de contribuyente.

[19] Al respecto, véase el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 892/2023, de 11 de diciembre de 2023 (rec. núm. 908/2023).

[20] A tal efecto, recuérdese que, de conformidad con el art. 11.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, "los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peti-

ciones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal".

[21] En concreto, señala tal precepto que las Administraciones Públicas vascas "garantizarán que toda persona cuya identidad sexual sea la de mujer y sea víctima de la violencia de género, de agresión sexual o víctima de trata, tenga acceso, en condiciones de igualdad, a los recursos asistenciales existentes, independientemente de lo que refleje su documentación legal".

[22] En este sentido, véase la STS 1068/2009, de 4 de noviembre de 2009, Sala de lo Penal (rec. núm. 566/2009).

[23] Resolución de 2 de diciembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Igualdad y contra la Violencia de Género, por la que se publica el Acuerdo de la Conferencia Sectorial de Igualdad, de 11 de noviembre de 2021, relativo a la acreditación de las situaciones de violencia de género.

[24] De hecho, si bien el art. 1 de la Instrucción 1/2021, de 18 de febrero, del Instituto Andaluz de la Mujer, sobre pautas y criterios comunes para la emisión de la acreditación administrativa de la condición de víctima de violencia de género (Título Habilitante), señala que "la acreditación podrá ser solicitada por la usuaria directamente, por la persona que ejerza la guarda y custodia sobre esta si es menor, o su representación legal, así como por servicios especializados en atención de violencia de género", añade, respecto a esta última posibilidad, que "siempre que lo haya solicitado la usuaria a través de ellos".

[25] Entre otras, véase la consolidada doctrina del TC al respecto en las SSTC 46/1999, de 22 de marzo; 200/2001, de 4 de octubre; 39/2002, de 14 de febrero; o 96/2002, de 25 de abril.

[26] A modo de ejemplo, véase el art. 8.Tres del Texto Refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de tributos cedidos por el Estado, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011, de 28 de julio, donde, si bien se contempla la reducción del 95% de la base imponible del ISD ante tales donaciones, se limita a que no sobrepasen de 60.000 euros y, entre otros aspectos, a que la mujer donataria no sea titular de otra vivienda y a su nivel de renta. Asimismo, en el art. 32 de la Ley 5/2021, de 20 de octubre, de Tributos Cedidos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, donde la reducción propia de la base imponible es del 99% (con el límite general de 150.000 euros), se hace referencia a su patrimonio preexistente, lo que también se prevé, en este caso, para las víctimas que reciban el pleno dominio de un inmueble de sus ascendientes o sujetos equiparados y que vaya a constituir su vivienda habitual.

[27] En este sentido, véase la STC 221/1992, de 11 de diciembre.

[28] Punto I del Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2022.

[29] En este sentido, véanse, entre otras, las SSTC 96/2002, de 25 de abril; o 57/2005, de 14 de marzo.

[30] Entre otras, así lo ha precisado en contestaciones a consultas tributarias como la 0040-16, de 22 de noviembre 2016, tras señalar que, en tanto que el TRLRHL no contempla definición alguna sobre la pertinente fecha de transmisión o constitución, debe acudirse a la concreta regulación del negocio jurídico celebrado para conocer cuándo habrán tenido lugar. Y en particular, respecto a las transmisiones *mortis causa*, ha concretado que la fecha del fallecimiento es la que deriva de los arts. 440, 657, 661 y 989 del Código Civil, sin perjuicio de que, en las adquisiciones derivadas de contratos y pactos sucesorios, el IIVTNU se materialice en el momento en el que se celebren.

[31] Concretamente, señala el punto IV de su Preámbulo que "la transmisión de ciertos bienes y derechos de la herencia de sus madres (como, por ejemplo, la vivienda en la que residían) que tiene lugar con ocasión de su fallecimiento, determina el devengo del Impuesto

sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana y su obligación de pago por las huérfanas y huérfanos adquirentes. Sin duda, esto también supone una significativa carga económica, que puede afectar gravemente a la viabilidad de su adquisición".

[32] Arts. 14.Ocho y 16. Siete del Texto Refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de tributos cedidos por el Estado Decreto Legislativo 1/2011, de 28 de julio.

[33] En concreto, así ocurre en el art. 104.5 del TRLRHL, ya que, tras señalar que "no se producirá la sujeción al impuesto en las transmisiones de terrenos respecto de los cuales se constate la inexistencia de incremento de valor por diferencia entre los valores de dichos terrenos en las fechas de transmisión y adquisición", se añade expresamente que, "para ello, el interesado en acreditar la inexistencia de incremento de valor deberá declarar la transmisión, así como aportar los títulos que documenten la transmisión y la adquisición".

[34] A tal efecto, recuérdese que la redacción actual del art. 254.1 del Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria, establece que "ninguna inscripción se hará en el Registro de la Propiedad sin que se acredite previamente el pago de los impuestos establecidos o que se establecieren por las leyes, si los devengare el acto o contrato que se pretenda inscribir".

[35] Para un mayor desarrollo, véase NIETO MONTERO, 2010, 829-852.

[36] Entre otras, véase la Contestación a la Consulta Vinculante de la DGT V1962-15, de 22 de junio de 2015; o la V0397-16, de 1 de febrero de 2016.

[37] COMISIÓN DE EXPERTOS PARA LA REVISIÓN DEL MODELO DE FINANCIACIÓN LOCAL (2017, 47 a 49).

[38] A tal efecto, señala el art. 254.5 del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria que "el Registro de la Propiedad no practicará la inscripción correspondiente de ningún documento que contenga acto o contrato determinante de las obligaciones tributarias por el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, sin que se acredite previamente haber presentado la autoliquidación o, en su caso, la declaración, del impuesto, o la comunicación a que se refiere la letra b) del apartado 6 del artículo 110 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo, 2/2004, de 5 de marzo".

[39] En relación con dicho concepto, véase GARCÍA NOVOA, 1993, 122.

[40] A pesar de que la ley no contenga una definición del concepto "ingreso indebido", sentencias como la STS de 2 de abril de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo (rec. núm. 5682/2002), han considerado que, de la enumeración de supuestos que contempla el art. 221.1 de la LGT, este puede deducirse, precisando que "surge a partir de la entrega al Tesoro Público de cualquier cantidad como consecuencia de tributos que no resulte procedente, siempre que no provenga de la propia mecánica de la liquidación, regida por la normativa de cada tributo y que puede hacer que el ingreso en principio "debido" se convierta posteriormente en improcedente".

[41] En particular, como concreta su FJ3, las circunstancias esenciales que dieron lugar al correspondiente pronunciamiento del TS fueron las siguientes: 1. Una sociedad autoliquida su Impuesto sobre Sociedades (IS) de 2004 declarando como ingresos unas comisiones abonadas por otra empresa. 2. Esta segunda entidad es sometida a una inspección que concluye con una liquidación que señala que las comisiones no eran gastos deducibles, sino que constituían, en realidad, una retribución por la participación en capitales propios. 3. Cuando esta liquidación gana firmeza y la primera empresa tiene conocimiento de ello (año 2011), procede a solicitar la devolución, como ingresos indebidos, del importe que incluyó en su autoliquidación relativo

a las mencionadas comisiones. 4. Lógicamente, esta petición se efectuó transcurridos más de cuatro años desde el día siguiente a la finalización del plazo para presentar la autoliquidación del IS de 2004 y se cuestiona la prescripción del derecho a solicitar los pertinentes ingresos indebidos.

[42] Resolución del TEAR de Andalucía 14/03172/2021/00/00, de 18 de marzo de 2022.

[43] Véase en este sentido la STS 145/2021, de 4 de febrero de 2021, Sala de lo Contencioso-Administrativo (rec. núm. 3816/2019).

[44] En particular, este procedimiento se contempla respecto a "los actos dictados en materia tributaria, así como de las resoluciones de los órganos económico-administrativos, que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los siguientes supuestos: a) Que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. b) Que hayan sido dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio. c) Que tengan un contenido imposible. d) Que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de esta. e) Que hayan sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad en los órganos colegiados. f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal".

[45] Entre otras, véase al respecto el FJ4 de la STS de 9 febrero 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo (rec. núm. 3276/2008).

[46] GARCÍA NOVOA, 2005, 107-110.

[47] Entre otras, véase en este sentido las SSTS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 24 de julio de 2008 (rec. núm. 3681/2005); o de 17 de junio de 2009 (rec. núm. 4846/2007).

[48] Véase el FJ4 de la STS de 3 de marzo de 2020 (rec. núm. 1571/2018).

Trabajo recibido el 12 de febrero de 2024 y aceptado para su publicación el 20 de mayo de 2024

DERECHO COMPARADO

Registro de la Propiedad en la República de Guatemala y aplicación de criterios registrales por la Corte de Constitucionalidad

Property Registry in the Republic of Guatemala and application of registration criteria by the Constitucional Court.

por
LESTER MANUEL MEDA RUANO
Bufete de Abogados, Lex Atlas

RESUMEN: En la República de Guatemala, el Registro de la Propiedad es uno de los más importantes, gracias a él se ha podido brindar seguridad jurídica a la propiedad y diversas operaciones de bienes inmuebles en el país indicado. Su función, sin embargo, no está completa, en cuanto a que ha tenido que irse adaptando a los tiempos, incluyendo incorporar la tecnología en su funcionamiento, además de intentar de forma constante facilitar la experiencia de sus usuarios. Eso incluye conocer los principios que lo rigen, la forma en la cual sus operaciones se relacionan con otras ramas del derecho, además de la explicación de la aplicación cada vez mayor de las nuevas tecnologías. Las capacitaciones y constantes actualizaciones a sus colaboradores han permitido que se pueda generar certeza jurídica sobre sus actividades. Esto último es trascendente porque es la base de la seguridad jurídica que la propiedad de los bienes debe tener. Todo su esfuerzo resultaría insuficiente si no se aprovechara la oportunidad de divulgar sus procesos, así como su forma de operar para hacer más accesible al gran público sus funciones. Se propone aquí una semblanza del Registro de la Propiedad,

y del reconocimiento de los criterios registrales por parte de la máxima tribunal constitucional del país.

ABSTRACT: In the Republic of Guatemala, the Property Registry is one of the most important, thanks to it it has been possible to provide legal security to the property and various real estate operations in the indicated country. Its function, however, is not complete, in that it has had to adapt to the times, including incorporating technology into its operation, in addition to constantly trying to facilitate the experience of its users. This includes knowing the principles that govern it, the way in which its operations relate to other branches of law, in addition to explaining the increasing application of new technologies. The training and constant updates to its collaborators have allowed legal certainty to be generated about their activities. The latter is important because it is the basis of the legal security that the ownership of the assets must have. All their efforts would be insufficient if they did not take advantage of the opportunity to disseminate their processes, as well as their way of operating to make their functions more accessible to the general public. Here we propose a profile of the Property Registry, and the recognition of the registration criteria by the highest constitutional court in the country.

PALABRAS CLAVES: Registro de la Propiedad, Principios Registrales, tecnología, criterios registrales.

KEY WORDS: Property Registry, Registry Principles, technology, registry criteria.

SUMARIO: I. REGISTRAR.—II. CARACTERÍSTICAS Y ELEMENTOS DEL DERECHO REGISTRAL. 1. Registros públicos. 2. Relación del derecho registral con otras ramas del derecho; *A. El Derecho Civil; B. Derecho Notarial; C. Derecho Mercantil; Propiedad Intelectual*.—III. PRINCIPIOS REGISTRALES DEL SISTEMA REGISTRAL GUATEMALTECO; 1. Definición.—IV. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN LA REPÚBLICA DE GUATEMALA. 1. Antecedentes históricos del registro de la propiedad de guatemala. 2. Reglamento de los registros de la propiedad. 3. Comisión nacional registral; v. Modelo de justicia constitucional en guatemala.—VI. INTERPRETACIÓN DE LOS PRINCIPIOS REGISTRALES POR LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD. 1. Expediente 4846-2016, de fecha 22 de noviembre de 2017. 2. Expediente 2692-2017, de fecha 4 de diciembre de 2017. 3. Expediente 3883-2017, de fecha 13 de julio de 2020. 4. Expediente 4408-2017, de fecha 16 de junio de 2020.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. REGISTRAR

Según el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra registrar tiene diversas acepciones dependiendo de su contexto. Lo cual genera la necesidad de establecer cual es el punto de referencia que más se ajusta al mundo de la Ciencia Jurídica, en cuyo caso la cuarta definición del diccionario referido señala: "*Transcribir o extractar en los libros de un registro público las resoluciones de la autoridad o los actos jurídicos de los particulares*" (https://dle.rae.es/registrar)

Es decir, se genera una memoria que recopila determinados actos o resoluciones particulares. Lo cual, a su vez permite saber que dicha definición tiene un carácter general, en cuanto a que no indica cuáles actos o resoluciones serán parte de las anotaciones que deben incluirse en el acto de registrar.

Existe la necesidad de organizar los contenidos apuntados y facilitar su estudio. Esto ha generado a su vez que existan modelos denominados sistemas registrales que facilitan el estudio del proceso de registro. De esa forma existe el vocablo registro que proviene del latín "regesta" o "regestorum", cuyo significado es "*lista, registro, catálogo, memorias, mismo que se deriva de regerere que significa llevar hacia atrás, de donde consignar por escrito"* (http://www.diccionarioweb.org/d/ES-ES/registro)

Existe entonces desde la raíz de la palabra registrar, la noción de dejar grabado, anotado o puesto en algún tipo de soporte una determinada situación. Esto lleva a su vez a la necesidad de determinar quién o qué será el encargado de manejar esas anotaciones. Para Cornejo (1994) estos sujetos que registran son "*los organismos mediante los cuales se produce la publicidad jurídica*" (p.16).

La variedad de asuntos a registrar ha generado a su vez, diversos tipos o variedades de registros, y con ellos vienen distintos asuntos que pueden o deben ser registrados. Además, la variedad impone establecer sistemas de clasificación y anotación distintos dependiendo de la materia que se esté registrando. Por su parte, los autores guatemaltecos, Muñoz y Muñoz Roldán (2005), definen el derecho registral en Guatemala como: "*La rama del derecho que estudia todo lo relativo a los Registros Públicos, en el caso del inmobiliario, específicamente al Registro de la Propiedad, institución a quien corresponde, llevar cuentas y razón de los bienes inmuebles, derechos reales y gravámenes, desde su creación hasta su extinción*" (p. 3).

Queda claro que registrar es necesario para documentar hechos trascendentes en la vida de los seres humanos, y permite generar un lugar de consulta para tener certeza de ciertos aspectos. Lo que puede registrarse es de diversa naturaleza, puesto que se incluyen nacimientos, defunciones, matrimonios, divorcios, títulos de propiedad, y constitución, modificación, extinción de personas jurídicas

entre otros. La variedad apuntada, genera que, si se tuviera que encuadrar al Derecho Registral en una categoría, debería ser en la del Derecho Público. Si bien, aquello que se registra es en muchos casos información de sujetos particulares, la realidad es que el carácter público de los registros convierte a los mismos en un instrumento de certeza jurídica. Esta solo puede obtenerse mediante la puesta a disposición de cualquier sujeto interesado de cierta información. Cuando se ingresa un dato a un registro público, su naturaleza se convierte en de fácil acceso para todos los terceros.

II. CARACTERÍSTICAS Y ELEMENTOS DEL DERECHO REGISTRAL

El Derecho Registral:

a. Tiene carácter autónomo, puesto que cuenta con un marco de estudio propio y científico dentro de las ramas de la ciencia del Derecho.
b. Es un derecho público, puesto que su función principal es hacer de conocimiento general aquello que registra.
c. Cuenta con presunción de legalidad, lo cual se refiere a que aquello que registre se tiene por cierto salvo que se demuestre lo contrario, y por ello sus certificaciones tiene validez legal.
d. Cuenta con ciertas formalidades, lo que quiere decir que establece una serie de requisitos para que se opere el registro.

El Derecho Registral requiere de:

1. Usuario: sujeto que solicita el registro de hechos, actos, o circunstancias
2. Registrador/operador: aquel que realizar la inscripción, anotación, modificación o cancelación de los datos a registrar.

Además, necesita de: elementos reales los cuales son aquellos que constituyen las circunstancias que serán objeto de registro entre las cuales pueden mencionarse:

a. Hechos Jurídicos
b. Actos Jurídicos
c. Negocios Jurídicos
d. Contratos

En el caso de la República de Guatemala, existen diferentes entidades cuya función es registrar, esa variedad genera diversos mecanismos para organizar aquello que registran, lo cual requiere una presentación general para generar mejor entendimiento sobre el tema de la siguiente manera:

1. Registro públicos

Son aquellos que son controlados por el Estado, y en ellos quedan anotados documentos, actuaciones, situaciones o circunstancias que generan publicidad registral. Las certificaciones emitidas por estas entidades de derecho público tienen valor legal. Si bien la anotación no prejuzga sobre la validez del hecho, acto o situación registrado, si generan una presunción de legalidad, que sería solo a través de procedimiento judicial que puede revertirse.

Los registros públicos pueden incluir la anotación de:

- De Derechos (bienes y derechos reales)
- De Garantías
- De Personas
- De títulos valores o públicos
- De Actos Jurídicos
- De Hechos Jurídicos
- De Procesos
- Según sus efectos

2. Relación del derecho registral con otras ramas del derecho

El Derecho Registral no puede entenderse de forma aislada o en el vacío, sino que se relaciona con otras ramas del Derecho, esto le permite hacer objeto de registro diversos temas, sin limitarse a un aspecto específico del derecho. Se debe valorar que el Derecho Registral tiene flexibilidad en cuanto a los temas que incorpora buscando la certeza jurídica más que la clasificación rigurosa o la distinción entre hechos o circunstancias que puedan ser objeto de registro.

La primera rama del Derecho que puede considerarse es el Derecho Constitucional. La Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo 31 indica:

Artículo 31. Acceso a archivos y registros estatales. Toda persona tiene el derecho de conocer lo que de ella conste en archivos, fichas o cualquier otra forma de registros estatales, y la finalidad a que se dedica esta información, así como a corrección, rectificación y actualización. Quedan prohibidos los registros y archivos de filiación política, excepto los propios de las autoridades electorales y de los partidos políticos.

Existe un reconocimiento no sólo a la existencia del Derecho Registral, sino también a su importancia, y que su contenido tiene publicidad. Esto es importante porque:

La plena eficacia de este derecho a la autodeterminación informativa debe permitir, a su vez, a la persona: a) el derecho a la actualización de sus datos; b) el derecho a la rectificación por información errónea, incompleta o inexacta de

sus datos; c) el derecho a la reserva (confidencialidad) de cierta información que sobre ella se obtenga, y que aun cuando ésta pueda ser legalmente requerida, se mantenga en grado de confidencialidad para terceras personas ajenas a la situación que motivó el requerimiento, y d) el derecho a la exclusión, en circulación informativa abierta o restringida, de cierta información que pueda considerarse en extremo sensible para el interesado, y que sea producto de noticias o datos que sólo a este último conciernan; exclusión que, para ser admitida, también debe tomar en cuenta los parámetros de trascendencia social o interés social legítimo antes indicados. (Corte de Constitucionalidad. Expediente 3552-2014. Fecha de Sentencia: 10/02/2015).

Entonces, el derecho registral tiene gran importancia, y brinda seguridad y certeza sobre su contenido. Reviste la característica de fe pública, es decir, su contenido se tiene por cierto hasta que se demuestre lo contrario.

A. El Derecho Civil

El registro de información que se realiza en el Derecho Registral es de hechos o actos jurídicos que tienen relación con las personas. Por ende, todo tiene que ver con los seres humanos, sean personas individuales o jurídicas las que tienen sus diferentes actividades siendo inscritas, documentadas y hechas públicas. Cabe mencionar que, en la República de Guatemala, la rama civil no se encuentra legislativamente muy segmentada incluyéndose en el Código Civil Decreto Ley 106 aspectos de la persona, la familia, los hijos, la guarda y custodia, derecho de alimentos, derecho de propiedad, derecho de obligaciones, contratos, el Registro General de la Propiedad. Esto hace que dentro de esta clasificación temas muy distintos estén regulados dentro de una misma norma jurídica. Por ejemplo, la inscripción de personas jurídicas no mercantiles se lleva a cabo en el Registro de Personas Jurídicas, el cual está inscrito al Ministerio de Gobernación de la República de Guatemala, pero la inscripción de todos los asuntos de las personas jurídicas relacionadas a su aspecto común y ordinario se llevan en el Registro Nacional de las Personas, y por el contrario tanto las personas jurídicas como las personas individuales en aspectos mercantiles están sujetas a ser inscritas en el Registro General Mercantil.

B. Derecho Notarial

Los hechos y actos jurídicos que se registran muchas veces deben tener una forma legal específica, estar contenidos en algún tipo de instrumento. Esos instrumentos en su mayoría tienen su fundamento en el Derecho Notarial, en la

intervención del notario y en el cumplimiento de algunas formalidades particulares. En la República de Guatemala, el Código de Notariado Decreto 314, data de 1947, por lo que en ocasiones representa un reto modernizar temas relacionados a inscripciones y anotaciones de los registros en general. Sin embargo, el esfuerzo se ha enfocado no ya en la parte formal, sino en la parte operativa, generando páginas web que permiten obtener servicios registrales desde la comodidad de la oficina o del sitio donde el usuario lo requiera.

C. Derecho Mercantil

Existe un registro mercantil en la República de Guatemala, en él constan todos los asuntos relacionados con los comerciantes, actos de comercio, y cosas mercantiles. Este se ha fortalecido en su accionar por la intervención del Programa nacional de Competitividad en Guatemala (PRONACOM), el cual ha permitido desarrollar un portal en el cual se prestan cada vez más servicios registrales relacionados a temas mercantiles. En ese sentido lo mercantil es la rama del derecho donde más progreso se ha tenido en el uso de la tecnología.

D. Propiedad Intelectual

La Propiedad Intelectual en Guatemala, no es una rama del Derecho con particular desarrollo. Existe un Registro de la Propiedad Intelectual, el cual sirve para anotar lo relacionado a la propiedad industrial y la propiedad intelectual. Si bien cuenta con un portal web, no se encuentra aún tan tecnificado o desarrollado como el Registro Mercantil.

III. PRINCIPIOS REGISTRALES DEL SISTEMA REGISTRAL GUATEMALTECO

1. Definición

Los principios registrales sirven para explicar de una manera sencilla el contenido y funcionamiento de un Registro, estos son los lineamientos primarios de la actividad registral, y son utilizados como parámetros implícitos en una inscripción registral exitosa y deben ser la finalidad de toda misión registral. Sirven como axiomas que orientan la actividad registral, son interesantes en cuanto a que sin importar el tipo de registro específico se respetan y aplican.

El doctrinario guatemalteco Nery Muñoz (2005), presenta la siguiente clasificación:

Principio de inscripción: se le da carta de naturaleza a los hechos y circunstancias que se inscriben, puesto que se hacen de conocimiento público, dándoles con ello facilidad a cualquier interesado a poder tener conocimiento y confianza sobre el estatus jurídico de lo inscrito.

Principio de prioridad: en este caso aquel que realice la presentación para inscripción primero tiene mejor derecho que todos aquellos que le sigan. Es importante resaltar que la inscripción no convalida actos o hechos ilegales, sin embargo, la presunción de legalidad que se genera es un valor importante para los involucrados.

Principio de legalidad: los registros tan solo pueden realizar las operaciones que la ley les permite, no pueden aceptar la inscripción o autorizar solicitudes más allá de sus atribuciones (p. 19)

Principio de tracto sucesivo: las anotaciones registrales llevan una secuencia como una cadena, no puede darse el caso que pase por ejemplo de la anotación 1 a la 6, sino que tiene que atravesarse del 1, pasando por el 2, 3, 4, 5 hasta llegar al 6, en palabras de Cornejo (1994), el tracto sucesivo es *"un mecanismo técnico que tiene por objeto mantener el enlace o conexión de las adquisiciones por el orden regular de los titulares registrales sucesivos, a base de formar todos los actos adquisitivos inscriptos, una continuidad perfecta en orden al tiempo sin salto alguno, de suerte que ello refleje el historial sucesivo de cada finca matriculada"* (p. 109).

Principio de rogación: la actividad registral no puede ser de oficio, los usuarios son los facultados para operar. Sin embargo, vale acotar que, en la República de Guatemala, en ocasiones puede haber intervención de la rama judicial con una orden para que el registro realice una determinada anotación. Esto ocurre en casos particulares en los cuales hay controversia por algún hecho o circunstancia que se encuentra registrada.

Principio de fe pública: existe presunción de legalidad de lo que se anota en los registros. Como se mencionó el Derecho Registral no arregla o convalida hechos ilegales, sin embargo, mientras no se impugne una anotación la misma se toma por valedera.

Principio de publicidad: la naturaleza de los registros es que son públicos. Todo aquel que desee conocer los asuntos registrados tiene acceso a los mismos. Los registros tienen un tarifario para entregar dicha información que les sirve como fondo privativo para operar.

IV. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

El sistema de folio real según Escobar Fornos (2001) "tiene sus raíces en 1873, consiste en anotar según números los actos o hechos objeto de registro" (p.

34). No se puede buscar personas ni individuales, ni jurídicas para encontrar información registrada según este sistema. En el caso del Registro de la Propiedad de la República de Guatemala, se crea un código que incluye número de finca, folio y libro el cual se enlaza con un inmueble. Una vez creado este número toda nueva anotación que se realice sobre ese inmueble se ira añadiendo a ese código y así se mantendrá de forma indeterminada. Salvo que la finca deje de existir registralmente el código no sufre modificaciones.

Al ingresar los documentos se le asigna un número y se les asigna un orden para respetar el principio de prelación. En el código del inmueble se van agregando todas las anotaciones nuevas que se vayan generando, así como crear una carpeta que se va incrementando en cuanto a su contenido.

Todo lo que se presenta al Registro de la Propiedad se digitaliza para que dicho registro se quede con una copia digital de los documentos que recibe. Se requiere hacer una calificación de forma y fondo, si no se cumplen con los lineamientos para que el documento sea inscribible se suspende el trámite del mismo hasta que se subsane la deficiencia. Según Cossio y Coral, citando a Sánchez Román (1956), el Registro de la Propiedad es *"un centro público en el cual se hace constar el verdadero estado de la propiedad inmueble, por la toma de razón de todos los títulos traslativos de su dominio y de los derechos reales inherentes que le afectan, y aun de cuanto modifica la capacidad de las personas en orden a la libre disposición de sus bienes"* (p. 69).

El autor Fernández del Castillo (1995) señala que *"la finalidad principal del Registro de la Propiedad es proporcionar seguridad jurídica al tráfico de inmuebles mediante la publicidad de la constitución, declaración, transmisión, modificación, extinción y gravamen de los derechos reales y posesión de bienes inmuebles, dándole una apariencia jurídica de legitimidad y fe pública a lo que aparece asentado y anotado en el registro público"* (p. 65). De manera que, de no existir el registro, no habría certeza en la titularidad de un bien inmueble, pues se tendría que averiguar si históricamente hay concatenación entre el primer y el último título o poseedor.

1. Antecedentes históricos del registro de la propiedad de guatemala

Durante la época colonial no existió un registro de la propiedad, como indican Muñoz y Muñoz Roldán (2005) "*era función del Rey de España emitir los títulos de propiedad, posteriormente en la época post colonial fueron las jefaturas políticas las que tenían a su cargo el hacer las anotaciones y asientos de registro en sus respectivos archivos"* (p. 15). En 1768 se fundó un registro

de hipotecas de nombre Oficio de Hipotecas, donde se inscriben los gravámenes impuestos sobre inmuebles.

El Registro de la Propiedad de Guatemala se fundó en 1877 (http://www.registro-propiedad.org.gt) contenido en el Código Civil que se promulgó ese mismo año, consecuencia de la revolución liberal que comandaron Miguel García Granados y Justo Rufino Barrios. El registro en ese entonces era una oficina que tenía como principal función hacer anotaciones y toma de razón de hipotecas, además tenía como funciones:

i. Títulos sujetos a inscripción,
ii. Forma y efectos de la inscripción,
iii. Anotaciones preventivas,
iv. Cancelaciones,
v. De los Registros,
vi. De los Registradores,
vii. De la Responsabilidad de los Registradores, y
viii. De los títulos supletorios.

En 1898 se acordó crear seis oficinas Registrales regionales ubicadas en Guatemala, Quetzaltenango, Jalapa, Zacapa, Cobán y San Marcos. Además, en un hecho de enorme importancia se creó una comisión registral, la cual tenía naturaleza técnica haciendo posible establecer criterios de estudio y revisión de aquellos documentos puestos a su revisión. Esto tiene gran relevancia porque permite una evaluación que responde a criterios y capacitaciones. Por medio del Acuerdo de 1877 se redujeron las sedes a 3 ubicadas en Jalapa, Quetzaltenango y la Ciudad de Guatemala.

A través de los Acuerdos de julio de 1933, junio de 1934 y de 1936 se redujo finalmente el número de sedes a las 2 que existe en la actualidad ubicadas en la Ciudad de Guatemala denominada Registro General de la Propiedad de la Zona Central y el segundo ubicado en Quetzaltenango de nombre Segundo Registro de la Propiedad.

2. Marco normativo

El modelo de operaciones del Registro de la Propiedad de la República de Guatemala tomó referencia de la Ley Hipotecaria española de 1873, en cuanto a la necesidad de la existencia del propio registro, sus funciones principales, así como aquellos modelos que considera más útiles para hacer de su función algo óptimo. La exposición de motivos del Código Civil actual (Decreto Ley 106) en Guatemala hace mención de manera general a ello al señalar que:

Siendo la ley del Registro la misma ley española que ha sido tan ampliamente comentada, cualquier dificultad en su interpretación puede salvarse acudiendo a la explicación tan detallada de autores tan respetables como Pantoja entre los primeros glosadores de la ley y de Morell entre los más recientes, sin despreciar el valioso informe del Licenciado Manuel Ubico, autor de la Ley Hipotecaria incorporada al Código del 77, que con pequeñas modificaciones fue reproducido en el Código de 1933.

Dentro de este Código Civil actual, el contenido del Registro de la Propiedad se encuentra desde el artículo 1124 al 1250, en tres títulos.

Asimismo, en cuanto al contenido o alcances de lo inscribible, el artículo 1125 del Código Civil, lo limita y lo regula así:

En el Registro se inscribirán:

1.º Los títulos que se acrediten el dominio de los inmuebles y de los derechos reales impuestos sobre los mismos;

2.º Los títulos traslativos de dominio de los inmuebles y en los que se constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, patrimonio familiar, hipoteca, servidumbre y cualesquiera otros derechos reales sobre inmuebles; y los contratos de promesa sobre inmuebles o derechos reales sobre los mismos;

3.º La posesión que conste en título supletorio legalmente expedido;

4.º Los actos y contratos que transmitan en fideicomiso los bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos

5.º Las capitulaciones matrimoniales, si afectaren bienes inmuebles o derechos reales;

6.º Los títulos que conste que un inmueble se sujeta al régimen de propiedad horizontal; y el arrendamiento o subarrendamiento, cuando lo pida uno de los contratantes, y obligatoriamente, cuando sea por más de tres años o que se haya anticipado la renta por más de un año,

7.º Los ferrocarriles, tranvías, canales, muelles u obras publicas de índole semejante, así como los buques, naves aéreas y los gravámenes que se impongan sobre cualesquiera de estos bienes;

8.º Los títulos en que se constituyan derechos para la explotación de minas e hidrocarburos y su transmisión y gravámenes;

9.º Las concesiones otorgadas por el Ejecutivo para el aprovechamiento de las aguas;

10.º La prenda común, la prenda agraria, ganadera, industrial o comercial;

11.º La posesión provisional o definitiva de los bienes del ausente;

13.º Los edificios que se construyan en predio ajeno con el consentimiento del propietario; los ingenios, grandes beneficios, desmontadoras y

maquinaria agrícola o industrial que constituyan unidad económica independiente del fundo en que estén instaladas; y

14.º Los vehículos automotores y demás muebles fácilmente identificables por los números y modelos de fabricación.

En relación a la forma y efectos de la inscripción en el artículo 1130 del Código Civil se establece:

"La primera inscripción será la del título de propiedad o de posesión y sin ese requisito no podrá inscribirse otro título o derecho real relativo al mismo bien..."

El artículo 1220 del Código Civil indica los libros principales que son obligatorios llevar en los registros:

1.º De entrega de documentos;
2.º De Inscripciones;
3.º De cuadros estadísticos
4.º De índices por orden alfabético de apellidos de los propietarios y poseedores de inmuebles

3. Reglamento de los Registros de la Propiedad

Para regular los aspectos de desarrollo de las actividades, prestación de servicios y desenvolvimiento profesional dentro de la institución se estableció un Reglamento de los Registros de la Propiedad, según Acuerdo Gubernativo 30-2005, de fecha 6 de mayo de 2005.

El artículo contiene la forma en que los Registros de la Propiedad desarrollaran las actividades y prestarán los servicios que, conforme a las normas aplicables. Por su parte, el Acuerdo Gubernativo 325-2005, contiene el Arancel General de los Registros de la Propiedad, en el cual se encuentra el monto que el registro cobra por realizar las diferencias operaciones registrales que sus usuarios le requieren.

4. Comisión Nacional Registral

Se conforma por el Registrador General de la Propiedad, el Registrador del Segundo Registro, 3 miembros titulares y 3 suplentes, designados por la Junta Directiva del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y 3 titulares y 3 suplentes designados por la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial.

Sus funciones siguen siendo técnicas, en cuanto a establecer procesos y modelos de modernización para el registro, realizar capacitaciones, y establecer una

serie de criterios registrales, los cuales servirán para orientar y marcar la interpretación de ciertos temas para que los operadores los utilicen como referencia.

Estas guías no tienen una periodicidad, ni número determinado, queda a criterio de la Comisión determinar cuándo es el momento para una actualización o ampliación. La más reciente se publicó en 2023, y contiene 31 temas analizados por la Comisión con miras a hacer que los usuarios puedan de forma más cómoda cumplir con los requisitos respectivos.

Desde mediados del año 2023, el Registro de la Propiedad ha iniciado un proceso para recibir documentos de los usuarios de forma remota. Si bien a día de hoy este modelo aún está en desarrollo y se ha iniciado con la inscripción de compraventa sencilla, y anotaciones básicas, temas registrales más complejos se irán incorporando poco a poco conforme el sistema se vaya fortaleciendo. Este sistema requiere de la creación de una cuenta de usuario y llenar los requisitos que se van desplegando.

V. MODELO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN GUATEMALA

La Asamblea Nacional Constituyente, incluyó dentro de la Constitución Política (de 1965) un tribunal Constitucional con el nombre de Corte de Constitucionalidad, su naturaleza era "transitoria" y su conformación era sui generis, tanto que se conformaba con 12 magistrados (Presidente de la Corte Suprema de Justicia, 4 magistrados de dicha alta Corte, y los 7 restantes se elegían por medio de sorteo practicado "entre todos" los magistrados de las Cortes de Apelaciones y de lo Contencioso-Administrativo.

Esa conformación hacía casi imposible que "se repitieran" dos Cortes de Constitucionalidad iguales, puesto que cada vez la conformaban integrantes distintos. Por lo mismo, la "importancia" y la cantidad de resoluciones fueron escasos, limitados en ocasiones por su naturaleza "anexa" al Organismo Judicial. Sus funciones se desarrollaban a través del Decreto 8 de la Asamblea Nacional Constituyente.

Como lo explican Mendoza y Mendoza Orantes (2010) "*está Corte conocía el denominado "recurso de inconstitucionalidad", y declaraba por voto de 8 de sus miembros la inconstitucionalidad de leyes o disposiciones gubernativas de carácter general. Además, un aspecto interesante es que este "recurso" no tenía carácter "popular"* (p. 156) puesto que solo podía ser planteado por parte interesada, además de revestir una serie de formalismos más propios de la casación que de un proceso constitucional.

El golpe de Estado de 1982, desembocó en la pérdida de vigencia de la Constitución de 1965, y por ende este primer "experimento" de Tribunal Constitucio-

nal cesó sus funciones. Luego del conocido período de inestabilidad jurídico-política, se convocó una nueva Asamblea Nacional Constituyente.

Producto de ello se emitió y cobró vigencia la Constitución actual, y en ella se incorporó por primera vez a un Tribunal Constitucional (Corte de Constitucionalidad) con naturaleza autónoma e independiente (aunque con cierta dependencia económica con el Organismo Judicial), con magistrados designados para ejercer su función por períodos permanentes (5 años) y con funciones determinadas con mayor claridad.

Esto se incluyó en el Capítulo VI de dicha Constitución consagrado en desarrollar las Garantías Constitucionales y Defensa del Orden Constitucional. Además, del propio desarrollo de esas garantías (amparo, inconstitucionalidad de leyes, exhibición personal) se incluyeron los mecanismos de protección de los principios (constitucionales) que iban a marcar el desarrollo del "nuevo" régimen de Derecho que se estaba desarrollando en Guatemala.

Así, tanto la Corte de Constitucionalidad como la Procuraduría de los Derechos Humanos se incluyeron con un régimen fortalecido de operación técnico y funcional propio. El artículo 268 (Constitución) establece de forma literal:

Artículo 268 Función esencial de la Corte de Constitucionalidad. La Corte de Constitucionalidad es un tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional; actúa como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado y ejerce funciones específicas que le asigna la Constitución y la ley de la materia. La independencia económica de la Corte de Constitucionalidad, será garantizada con un porcentaje de los ingresos que correspondan al Organismo Judicial.

También en la Constitución se establecen otros aspectos de la Corte de Constitucionalidad, como: su integración (artículo 269), período (artículo 270), su forma de operaciones (artículo 271) y sus funciones (artículo 272)

La Misión de la Corte de Constitucionalidad es entonces en su calidad de Tribunal especializado, velar por el cumplimiento de la justicia constitucional, su naturaleza es permanente, colegiada e independiente. Por supuesto que su función garantista le obliga a la interpretación y defensa de los Derechos Humanos como fundamentos mismos de la vida del Estado de Guatemala, y la protección de sus habitantes.

Existe también la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucional que ha venido a sumar mayor detalle y claridad a las funciones y procesos de la Corte de Constitucionalidad, extremo que ha sido incluso ampliado por el propio Tribunal a través de diversos acuerdos (como le faculta la propia Ley de Amparo).

En palabras de la Corte de Constitucionalidad en atención a sus funciones e importancia, tiene como meta: "*la defensa del orden constitucional. Ello es*

porque la Constitución como fuente unitaria del derecho de una nación es la génesis del ordenamiento jurídico (…)" (Corte de Constitucionalidad. Expediente 257-98, 5 de septiembre de 1990).

En síntesis, la Corte de Constitucionalidad es heredera de un modelo de tutela del ser humano, y debe ser una limitación al uso arbitrario del poder público.

Por ejemplo, el control de constitucionalidad puede darse en dos fases, una como tema de casos específicos (en casos concretos), la cual puede ser declarada por cualquier autoridad jurisdiccional, y limita la aplicación al caso concreto, lo cual quiere decir que la inconstitucionalidad (de la norma) contiene una violación solo para ese caso específico, pero no reviste carácter abstracto (general).

Caso contrario sucede con la inconstitucionalidad general, la cual se puede plantear por cualquiera con el auxilio de 3 abogados, y su declaratoria con lugar deja inaplicable la norma impugnada (norma que puede ser ley, reglamento o cualquier disposición con carácter vinculante emanada de autoridad). Es la Corte de Constitucionalidad el máximo tribunal con carácter constitucional del país, es decir que sus decisiones y su razón misma de ser responden al control de la constitucionalidad (legalidad y coherencia con la Constitución de toma norma, o disposición de autoridad).

Hay que resaltar que los amparos y las impugnaciones de las inconstitucionalidades de carácter específico (caso concreto) pueden ser conocidas en apelación por la Corte de Constitucionalidad. Así, aunque el modelo tiene características de modelo difuso, termina unificado (en un efecto embudo) todos los temas constitucionales bajo la Corte de Constitucionalidad.

Las resoluciones de la Corte de Constitucionalidad sienta doctrina legal (jurisprudencia) al darse en 3 casos contestes (iguales o con características de fondo iguales), lo cual es vinculante para el resto de los órganos jurisdiccionales. También hay que resaltar que sus sentencias en las inconstitucionales "generales" dejan sin efecto las normas o leyes impugnadas.

Además, la defensa del orden constitucional se desarrolla no solo por la constitucional (caso general o caso concreto) o por el Amparo, sino por el habeas corpus o exhibición personal, cuya existencia está establecida en la propia Constitución[1]. Este se utiliza cuando: una persona se encuentra ilegalmente, preso, detenido o cohibido de cualquier otro modo de su derecho a la libertad, o amenazado en dicho derecho, o sufre vejámenes (maltratos), aun cuando esté guardando prisión de conformidad con la ley.

Así se configuran cuatro instrumentos de control constitucional. Cada uno tiene su utilidad y bien empleado permite darle mayor fortaleza a todo el sistema de justicia constitucional en Guatemala, pues como ya se indicó el control de constitucionalidad lo realiza toda entidad que tiene jurisdicción.

VI. INTERPRETACIÓN DE LOS PRINCIPIOS REGISTRALES POR LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD

La función dada al máximo tribunal Constitución en la República de Guatemala, ha generado que en algunas ocasiones temas eminentemente registrales lleguen a su conocimiento. En particular, vale la pena hacer mención de 4 expedientes en donde la Corte de forma clara se apegó a reconocer los principios registrales, brindarles así un mayor nivel de certeza del aportada de manera doctrinaria, al respecto se hacen las siguientes consideraciones:

1. Expediente 4846-2016, de fecha 22 de noviembre de 2017

El acto reclamado es la anotación donde se operó el cambio de titular de bienes inmuebles. Se declaró sin lugar el amparo, estimando que no se habían agotado las vías correspondientes para impugnar las anotaciones registrales.

La Corte de Constitucionalidad, señaló que:

En el mismo orden de ideas, es oportuno traer a colación lo afirmado por Fernando José Quezada Toruño respecto de los alcances de la calificación registral: "(…) Si bien la calificación registral no se extiende al contenido de la fe pública, parece indudable que debe abarcar la comprobación del correcto cumplimiento de los requisitos para su eficaz ejercicio, al igual que de aquellos otros requisitos exigidos por el sistema institucional de los derechos de propiedad, hayan sido o no, unos y otros, advertidos por el autor del documento inscribible. También la calificación debe comprender la evaluación de la eficacia del negocio jurídico porque, ultimadamente, el registrador es responsable de garantizar al „resto de la sociedad", o sea, a todos los que no intervinieron en el negocio, que los contratantes no hayan vulnerado o rebasado los límites del sistema jurídico institucional (…) El estudio y análisis de los alcances de la función calificadora deben emprenderse con prudencia y sobre todo con plena conciencia de su importancia y trascendencia jurídica institucional, porque un debilitamiento de esa función podría repercutir en todo el entramado de presunciones de legalidad y exactitud de los asientos y en la protección de terceros, con detrimento de la seguridad del tráfico inmobiliario y mobiliario y del mismo crédito hipotecario y prendario. Hay que perseverar en la tesis que el Registro de la Propiedad debe de ser un registro jurídico fiable y no un simple registro administrativo de mera publicidad. La certeza y agilidad en la contratación descansa en la seguridad de los asientos registrales y no en su mera publicidad (…)" [Guías de calificación registral. Publicación realizada por el Registro General de la Propiedad y la Comisión Nacional Registral. Guatemala, 2007]. Las consideraciones expuestas acerca del contenido y finalidad que debe atribuirse a la función de calificación registral

que debe llevar a cabo el Registro General de la Propiedad de la Zona Central, evidencian que la tarea de verificar que en la escritura pública como en el plano que se acompaña, conste la descripción del inmueble y el sistema de medidas utilizado en el terreno objeto de partición, presentado para generar asientos registrales sí se encuadra dentro de aquella función. Constituye operación intelectiva elemental que no apareja emitir juicio valorativo sobre la veracidad, legalidad o legitimidad de las declaraciones de voluntad plasmadas en los documentos notariales y, por el contrario, contribuye a la preservación de la certeza y seguridad de la actividad registral y el derecho de propiedad de los ciudadanos.

2. Expediente 2692-2017, de fecha 4 de diciembre de 2017

Apelación de sentencia de amparo

Controversia, al desmembrar inmuebles, las fincas nuevas se asignaron a la municipalidad de San Miguel Petapa en lugar de permanecer en la del municipio de Villa Nueva (ambos municipios del departamento de Guatemala). En este caso la municipalidad de Villa Nueva presento un ocurso (recurso administrativo) en contra del Registro de la Propiedad, y luego lo apeló ante la jurisdicción judicial, antes de acudir al amparo. Se declaró sin lugar el amparo en primera instancia.

Por su parte la Corte de Constitucionalidad en la apelación estimó que:

Al respecto, estima este Tribunal que la existencia del Acuerdo relacionado, no incide en la decisión objeto de amparo, ello porque el ocurso instado en la jurisdicción ordinaria, tenía por objeto corregir las operaciones registrales, en las cuales se había incurrido en error al momento de su inscripción, debiendo tomarse en consideración que conforme los principios registrales, especialmente el de tracto sucesivo, definido "como un mecanismo técnico que tiene por objeto mantener el enlace o conexión de las adquisiciones por el orden regular de los titulares registrales sucesivos, a base de formar todos los actos adquisitivos inscritos, una continuidad perfecta en orden al tiempo sin salto alguno, de suerte que ello refleje el historial sucesivo de cada finca matriculada" [Atilio Cornejo, Américo, Derecho Registral, Argentina, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma, 1994. Pág. 109], era procedente ordenar la rectificación solicitada a efecto de dotar de certeza jurídica las inscripciones registrales relacionadas y la ubicación real de los bienes inmuebles inscritos.

La Corte en este caso, estimó que, de conformidad con los principios registrales, se debía haber seguido el proceso respectivo antes de acudir a la jurisdicción constitucional, habiendo mecanismos para ello, dándole así su valor específico a los temas registrales y reconociendo su naturaleza privativa.

3. Expediente 3883-2017, de fecha 13 de julio de 2020

Apelación de sentencia de amparo

Acto reclamado es la inscripción de inmuebles a nombre de un nuevo propietario. En primera instancia el amparo se declaró sin lugar

La Corte de Constitucionalidad analizó:

Para abordar adecuadamente el análisis sustancial que se requiere en amparo, esta Corte estima oportuno traer a colación los principios registrales de consentimiento y de tracto sucesivo, que deben informar las operaciones e inscripciones que se efectúan en los registros públicos. De acuerdo con el especialista en la materia, Luis Carral y de Teresa (Derecho Notarial y Derecho Registral, México, mil novecientos noventa y cinco), en virtud de tales principios los titulares de derechos patrimoniales inscritos están protegidos contra todo cambio operado que no haya sido consentido por ellos. Es también consecuencia, acota, del sistema de folio real que exige un registro concatenado, "(…) en el que el transferente de hoyes el adquirente de ayer; y el titular inscrito es el transferente de mañana". De esto deriva, no solo la posibilidad de registrar lo que provenga del titular inscrito, sino la prohibición de registrar lo que no emana de él; a fin de lograr la coincidencia del mundo real con el mundo registral. Cabe destacar que, desde la óptica del Derecho Constitucional, la observancia de tales cánones registrales resulta de indudable valor en función de asegurar la eficacia de los derechos fundamentales de las personas a la seguridad jurídica y a la propiedad, que destacan entre los fines últimos hacia los cuales está dirigida la actividad de las instituciones de naturaleza registral.

La apelación se declaró con lugar, cancelando de forma definitiva las anotaciones registrales donde se había hecho el cambio de propietarios de los inmuebles objeto de controversia.

4. Expediente 4408-2017, de fecha 16 de junio de 2020

Apelación de sentencia de amparo

Controversia por inscripción de fincas que eran consideradas por grupos comunitarios como parte de sus tierras ancestrales, y que fueron realizadas basadas en negocios jurídicos ilegales. En primera instancia se les dio la razón a los pobladores del municipio de Santa María Nebaj, del departamento de Quiché.

La Corte de Constitucionalidad consideró que:

Para abordar adecuadamente el análisis sustancial que se requiere en amparo, esta Corte estima oportuno traer a colación los principios registrales de consentimiento y de tracto sucesivo, que deben informar las operaciones e inscripciones que se efectúan en los registros públicos. De acuerdo al especialista en la

materia, Luis Carral y de Teresa (Derecho Notarial y Derecho Registral-México, mil novecientos noventa y cinco), en virtud de tales principios los titulares de derechos patrimoniales inscritos están protegidos contra todo cambio operado que no haya sido consentido por ellos. Es también consecuencia, acota, del sistema de folio real que exige un registro concatenado, "en el que el transferente de hoy es el adquirente de ayer; y el titular inscrito es el transferente de mañana". De esto deriva, no solo la posibilidad de registrar lo que provenga del titular inscrito, sino la prohibición de registrar lo que no emana de él; a fin de lograr la coincidencia del mundo real con el mundo registral. Cabe destacar que, desde la óptica del Derecho Constitucional, la observancia de tales cánones registrales resulta de indudable valor en función de asegurar la eficacia de los derechos fundamentales de las personas a la seguridad jurídica y a la propiedad, que destacan entre los fines últimos hacia los cuales está dirigida la actividad de las instituciones de naturaleza registral.

Con esos fundamentos, la Corte consideró que, al haberse demostrado en el apartado correspondiente de prueba dentro del trámite del amparo, se podía llegar a la conclusión que el supuesto vendedor de los inmuebles, no era propietario ni estaba facultado para disponer de los mismos, por ende no podían ser calificados de forma positiva por el Registro de la Propiedad, por ende se confirmó la sentencia de primera instancia y se ordenó que se cancelaran las inscripciones registrales donde se había dejado constancia de los traspasos de propiedad.

La apelación fue declarada sin lugar, y en este caso la Corte lo que hace es delimitar en que consiste la calificación registral, en cuanto a valorar que se hayan cumplido los requisitos de forma en las operaciones que se buscan inscribir, pero no puede prejuzgar sobre la veracidad de la información contenida en los documentos que se le ponen a la vista.

VII. CONCLUSIONES

1. El Registro de la Propiedad en Guatemala se ha tecnificado de forma constante desde su creación
2. El Derecho Registral es capaz de relacionarse con otras ramas del Derecho de una manera orgánica que ayuda a que pueda adaptarse a las necesidades de la población.
3. El Registro de la Propiedad centra sus funciones en la calificación formal de los documentos puestos en su conocimiento, y no convalida actos ilegales.

4. La Corte de Constitucionalidad ha fortalecido la aplicación de los principios registrales en la República de Guatemala, dándoles un reconocimiento y aplicación que ayuda a que la certeza jurídica se mantenga.
5. El derecho evoluciona junto a la tecnología y la capacitación constante ayuda a dar un buen servicio a los usuarios del registro.
6. La Corte de Constitucionalidad ha establecido ya doctrina legal sobre la incorporación de los principios registrales en las calificaciones y revisiones de los registros lo cual constituye una disposición de obligatorio cumplimiento.

VIII. ÍNDICE

- Corte de Constitucionalidad. De Guatemala. Expediente 267-89, de fecha 05 de septiembre de 1990
- Corte de Constitucionalidad. Expediente 3552-2014, de fecha 10 de febrero de 2015.
- Corte de Constitucionalidad. Expediente 4408-2017, de fecha 16 de junio de 2020
- Corte de Constitucionalidad. Expediente 2692-2017, de fecha 4 de diciembre de 2017
- Corte de Constitucionalidad. Expediente 3883-2017, de fecha 13 de julio de 2020
- Corte de Constitucionalidad. Expediente 4846-2016, de fecha 22 de noviembre de 2017

IX. BIBLIOGRAFÍA

CORNEJO, A. (1994). *Derecho registral*. Argentina: Astrea.

ESCOBAR FORNOS, I. (2001). *Derecho Registral Comparado*. Nicaragua: Editorial Hispamer.

DE COSSIO Y CORRAL, A. (1956). *Instituciones de Derecho Hipotecario*. España: Casa Editorial Bosch.

FIGUEROA, L. y RAMÍREZ, D. (2010*). Derecho Registral I*. Guatemala: Zona Gráfica.

GÁLVEZ, I. (2014). *Manual de Derecho Registral y Notarial*. Perú: Editora y Distribuidora Ediciones Legales, E.I.R.L.

GONZÁLES, G. (2012). Derecho Registral y Notarial Tomo II. Perú: Jurista Editores.

MENDOZA, L., y MENDOZA, R. (2010). *Constitución Explicada, artículo por artículo, comentarios, doctrina, jurisprudencia, vocabulario y legislación aplicable*. El Salvador: Editorial Jurídica Salvadoreña.

MUÑOZ, N. y MUÑOZ, R. (2005). *Derecho Registral Inmobiliario Guatemalteco*. Guatemala: Infoconsult Editores.

PÉREZ, B. (1995). *Derecho Registral*. México: Editorial Porrúa. Editorial Porrúa.
RIMASCCA, A. (2015). *El Derecho Registral en la Jurisprudencia del Tribunal* Registral. Perú: Editorial El Búho, E.I.R.L.
VEGA, MORALES, V. (2023). *Registro General de la Propiedad en Guatemala*. Guatemala: Editorial Esger.

Fuentes digitales

— Diccionario Real Academia Española. https://dle.rae.es/registrar
— Registro General de la Propiedad de la República de Guatemala. http://www.registro-propiedad.org.gt/

NOTAS

[1] Artículo 263.

Trabajo recibido el 10 de enero de 2024 y aceptado para su publicación el 11 de marzo de 2024

RESOLUCIONES
DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

Coordinado por Juan José Jurado Jurado

Registro de la Propiedad

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 23-1-2023
BOE 8-3-2024
Registro de la Propiedad de San Lorenzo de El Escorial, número 2.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL: DETERMINACIÓN.

Una vez realizada por el notario autorizante la labor de precisión del carácter legal del régimen económico-matrimonial, desvaneciendo así toda posible duda sobre origen legal o convencional de dicho régimen, no puede el registrador exigir más especificaciones.

Respecto del estado civil de los otorgantes de escrituras públicas que hayan de acceder al Registro de la Propiedad, debe distinguirse claramente entre aquellos casos en los que, por resultar afectada la titularidad previamente inscrita o la legitimación del otorgante, es necesario acreditar documentalmente dicho estado, y aquellos otros en los cuales, por no darse tales circunstancias y tratarse sólo de completar la identificación de la persona ha de bastar la manifestación del interesado. Además, debe tenerse presente que la entrada en juego de un ordenamiento extranjero no supone la renuncia a la determinación de la situación jurídica publicada ni que el notario español pueda adoptar una actitud pasiva.

Si bien es cierto que en muchos casos no es tarea sencilla el determinar cuál es el régimen legal supletorio, es necesario que el Notario, en cumplimiento de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autoriza, a la hora de redactar el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes —que deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico—, despliegue la mayor diligencia al reflejar en el documento autorizado cuál es el régimen económico matrimonial que rige entre los esposos. En tal sentido, establece el artículo 159 del Reglamento Notarial que si dicho régimen fuere el legal bastará la declaración del otorgante, lo cual ha de entenderse en el sentido

de que el Notario, tras haber informado y asesorado en Derecho a los otorgantes, y con base en las manifestaciones de éstos (que primordialmente versan sobre datos fácticos como su nacionalidad o vecindad civil al tiempo de contraer matrimonio, su lugar de celebración o el de la residencia habitual y la ausencia de capítulos —cfr. artículos 9.2 y 16.3 del Código Civil—), concluirá que su régimen económico matrimonial, en defecto de capítulos, será el legal supletorio que corresponda, debiendo por tanto hacer referencia expresa a tal circunstancia —el carácter legal de dicho régimen— al recoger la manifestación de los otorgantes en el instrumento público de que se trate.

Como puso de relieve este Centro Directivo en Resolución de 20 de diciembre de 2011, una vez realizada por el notario autorizante la labor de precisión del carácter legal del régimen económico-matrimonial, desvaneciendo así toda posible duda sobre origen legal o convencional de dicho régimen, no puede el registrador exigir más especificaciones, pues según el artículo 159 del Reglamento Notarial, «bastará la declaración del otorgante», entendiendo este Centro Directivo, como ha quedado expuesto, que dicha manifestación se recogerá por el notario, bajo su responsabilidad, tras haber informado y asesorado en Derecho a dicho otorgante.

Entre los hechos que afectan al régimen económico a que se refiere el art. 266 RRC no está la compra de un bien porque ni este hecho se refleja en el Registro Civil ni por sí afecta al régimen o estatuto a que están sujetas las relaciones económicas conyugales (vid., por todas, las Resoluciones de este Centro Directivo de 16 de noviembre de 1994 y 5 de julio de 1995).

Resolución de 23-1-2023
BOE 8-3-2024
Registro de la Propiedad de Elche, número 4.

MONTES PÚBLICOS: DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO.

Se produce el derecho de tanteo y retracto en caso de transmisión de finca enclavada en monte público.

Los derechos de tanteo y retracto a favor de la Administración que recoge la Ley de Montes y reconocen y en algunos supuestos amplían las legislaciones de las distintas Comunidades Autónomas no hacen sino incidir en la función social de dicha propiedad. En línea con lo anterior, corresponde a los propietarios de los montes o fincas enclavadas o colindantes con un monte público la obligación de comunicar la transmisión que se pretende efectuar a fin de facilitar el ejercicio de tal derecho.

Para el estudio de esta cuestión en particular hay que partir del análisis del citado artículo 25.2 de la Ley de Montes. No se puede entender limitado el derecho de adquisición preferente al caso de transmisión de montes enclavados en un monte público o colindantes con él, con exclusión de los restantes tipos de fincas, cuando el legislador ha incluido expresamente a las fincas enclavadas en un monte público o colindantes con él. Se trata de una fórmula disyuntiva, fincas o montes, no fincas que sean montes o solo montes, obviando el término fincas. De hecho, no se puede interpretar una norma de manera que quede excluido un término

comprendido en ella, sino que será necesario buscar la interpretación que dote de sentido a la norma entera (artículos 3 y 1284 del Código Civil) que, en este caso, además, no ofrece oscuridad ni ambigüedad, pues habla de fincas o montes. A la misma conclusión se llega si se aplica el criterio gramatical en la interpretación del artículo 40.2 de la citada Ley Forestal de la Comunidad Valenciana. Esta ha sido de hecho la interpretación que también ha hecho la jurisprudencia. Debe considerarse por tanto correcta la actuación de la registradora al exigir la acreditación de la notificación fehaciente prevista en el apartado 4 del artículo 25 de la Ley de Montes a las Administraciones titulares de los montes públicos colindantes o que contienen al enclavado para poder practicar la inscripción, de conformidad con el apartado 5 del mismo artículo.

De manera subsidiaria, aun cuando se llegase a la conclusión de que solo procede el derecho de adquisición preferente en caso de transmisión onerosa de montes enclavados en montes públicos o colindantes con él, en este caso las fincas transmitidas colindantes se describen según el Registro como terrenos y resulta imposible para el registrador valorar si las fincas transmitidas tienen la condición de monte (es necesario recordar que según el artículo 5.1 de la Ley de Montes «tienen también la consideración de monte: (…) c) Los terrenos agrícolas abandonados que cumplan las condiciones y plazos que determine la comunidad autónoma, y siempre que hayan adquirido signos inequívocos de su estado forestal. d) Todo terreno que, sin reunir las características descritas anteriormente, se adscriba a la finalidad de ser repoblado o transformado al uso forestal, de conformidad con la normativa aplicable»; en parecidos términos, el artículo 2 de la Ley 3/1993, de 9 de diciembre, Forestal de la Comunidad Valenciana). Su control se limita a exigir la acreditación de la correspondiente notificación a la Administración titular del monte colindante.

Resolución de 23-1-2023
BOE 8-3-2024
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 7.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: VALOR DE TASACIÓN.

No es inscribible el decreto de adjudicación de una ejecución hipotecaria que se ha basado en un valor de tasación distinto del que aparece inscrito.

Durante la «fase de seguridad» de la hipoteca, es decir, antes de interponerse la demanda ejecutiva, es innecesario el consentimiento para la modificación del tipo de subasta por parte de los titulares registrales de cargas posteriores, ya que la inscripción del valor de tasación no atribuye por sí misma derecho alguno a esos titulares posteriores hasta la utilización de los correspondientes procedimientos ejecutivos hipotecarios, pues, hasta ese momento, el ejecutante puede desvirtuar la expectativa que tienen a un posible sobrante acudiendo a otros procedimientos distintos a la ejecución hipotecaria para llevar a cabo la ejecución (la ejecución ordinaria o el procedimiento declarativo).No resulta permitido la inscripción de un pacto que por su naturaleza se refiere a una subasta futura, cuando en realidad la subasta ya ha tenido lugar o se está desarrollando, y con el que sólo se pretende

subsanar, a posteriori, las deficiencias en las que incurrió el procedimiento de ejecución al no respetar el artículo 130 de la Ley Hipotecaria, o favorecer los intereses del acreedor en la adjudicación, ya que con ello se vulneran los derechos que del citado artículo se infieren a favor del deudor, del dueño de la finca hipotecada y de los titulares de cargas posteriores.

No procede analizar en este recurso las razones por las que una cifra, que señala únicamente el importe del principal garantizado con la hipoteca, se ha tenido en cuenta en la ejecución como tipo de tasación para la subasta, pues lo cierto es que, registralmente, el precio pactado como tipo para la subasta era distinto y se encontraba inalterado en el momento de interposición de la demanda ejecutiva, y ese concreto dato registral y no otro distinto fue el que se consignó en la certificación registral de dominio y cargas expedida a efectos de la ejecución.

En el procedimiento de ejecución hipotecario directo, sólo podrán salir las fincas a subasta por el tipo o valor que a efectos de subasta pactaron las partes, y figuraba en el cuerpo de la inscripción en el Registro, y no otro valor distinto, aunque se basase en el certificado de tasación que se incorporó a la escritura y que, a su vez, sirvió de base para pactar dicho valor. de tasación. Debe prevalecer, a efectos de la inscripción registral del testimonio del decreto de adjudicación, el principio expuesto de que la ejecución hipotecaria deben ajustarse estrictamente a los requisitos y trámites procedimentales legalmente establecidos; especialmente si tenemos en cuenta que la circunstancia de que las fincas salieran a subasta por una valoración superior a la legal sí puede perjudicar al deudor y a los acreedores posteriores inscritos, en la medida en que un tipo alto de la finca subastada puede desincentivar la concurrencia de postores, como así ocurrió finalmente, propiciando un valor de adjudicación inferior por aplicación de las normas procesales.

Por otra, frente a la afirmación de la parte recurrente de falta de competencia de la registradora de la Propiedad para calificar el testimonio del decreto de adjudicación hipotecaria, debe señalarse que entre los requisitos de cumplimiento imperativo en las ejecuciones hipotecarias a que se ha hecho alusión anteriormente se encuentra el tipo de tasación para subasta, que debe ser el que conste inscrito en el Registro de la Propiedad respecto de la finca que se va a ejecutar, en el momento de presentación de la demanda ejecutiva, el cual, por tanto, constituye una circunstancia calificable por el registrador al amparo de los artículos 132.4 de la Ley Hipotecaria y 100 del Reglamento Hipotecario, como el obstáculo que es que surge del Registro.

Resolución de 29-1-2023
BOE 8-3-2024
Registro de la Propiedad de Madrid, número 55.

HERENCIA: DERECHO DE TRANSMISIÓN Y PROTECCIÓN DE LEGITIMARIOS.

Se confirma la doctrina del Centro Directivo relativa a la protección de los legitimarios del transmisario.

Históricamente, doctrina y jurisprudencia han debatido sobre la existencia de una o varias delaciones hereditarias al fallecer con posterioridad a los causantes el transmitente, debiendo ser en definitiva los transmisarios los que lleven a cabo

la emisión de la correspondiente declaración de voluntad en torno a la aceptación o repudiación de la herencia de los causantes. En el año 2013, fue el Tribunal Supremo el que zanjó en parte esta discusión, en la Sentencia de 11 de septiembre, al señalar que «(…) el denominado derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 del Código Civil no constituye, en ningún caso, una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del ius delationis en curso de la herencia del causante que subsistiendo como tal, inalterado en su esencia y caracterización, transita o pasa al heredero trasmisario. No hay, por tanto, una doble transmisión sucesoria o sucesión propiamente dicha en el ius delationis, sino un mero efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que ex lege ostentan los herederos transmisarios; dentro de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia, de forma que aceptando la herencia del heredero transmitente, y ejercitando el ius delationis integrado en la misma, los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente». Esta misma tesis ha seguido la doctrina de este Centro Directivo.

No obstante, más que en la doble transmisión de bienes, que la sentencia del Pleno excluye, sería mejor profundizar en que los transmisarios adquieren la herencia del primer causante porque son herederos del transmitente y sólo en cuanto lo son y en la forma y proporción en que lo son, para lo cual es inevitable considerar en qué términos los ha llamado el transmitente por vía de testamento o la ley en caso de vocación abintestato o forzosa, según los supuestos.

Este Centro Directivo estima que la obligada protección de los herederos forzosos exige entender que, a efectos de determinar el importe de la legítima, el ius delationis también se computa, porque en sí es susceptible de valoración económica por lo mismo que es susceptible de venta (artículo 1000.1.º del Código Civil). Desde que el transmitente muere —aunque su herencia abierta aún no haya sido aceptada—, se defiere la legítima, por lo que no puede quedar menoscabada. Así se asegura la mejor protección de las legítimas, sin que haya necesidad de contradecir el indudable carácter personalísimo de la opción que implica el ius delationis. Aunque el transmisario que ejercita positivamente el ius delationis adquiere la condición de heredero directamente del primer causante, su contenido viene delimitado por la vocación al transmitente; al formar tal derecho parte de la herencia del transmitente, con ese derecho —y, por ende, con la herencia del primer causante— debe satisfacerse a los legitimarios del transmitente.

Resolución de 29-1-2023
BOE 8-3-2024
Registro de la Propiedad de A Coruña, número 6.

TITULARIDAD OB REM: REQUISITOS.

Para que la titularidad de dos fincas pueda entenderse vinculada ob rem es necesario que conste establecida por ley o por un claro pacto de los titulares inscrito en el Registro.

La configuración jurídica de una finca registral con el carácter de ob rem de otras trae como consecuencia esencial que su titularidad viene determinada mediatamente por la titularidad de las fincas principales al igual que ocurre con las servidumbres prediales; la titularidad de la finca ob rem corresponde pues a quien ostente la titularidad de la finca principal. Como señalaba la Resolución de 29 de noviembre de 2007, los elementos vinculados son titularidades ob rem, que no pueden seguir un régimen jurídico distinto que el elemento principal al que están adscritos, por lo que la hipoteca (en ese caso) de la vivienda unifamiliar conlleva la de la participación indivisa que le está vinculada, máxime cuando elemento principal y vinculado aparecen descritos expresamente.

Ahora bien, para que esta configuración jurídica surta los efectos expuestos deberá venir determinada por la ley, o bien resultar de la inscripción registral, sin que en ningún caso pueda presumirse ni establecerse de forma tácita (cfr. Resolución de 2 de marzo de 2007), pues tal y como manifestó esta Dirección General en la Resolución de 22 de abril de 2016, dicha consecuencia no depende del disponente por sí solo, ya que la alteración o modificación de la configuración jurídica de la titularidad ob rem deberá haber sido efectuada y consentida por todos sus titulares.

En el supuesto concreto, se debate si la participación indivisa de finca que ahora se vende, y que fue adquirida como consecuencia de las adjudicaciones hereditarias, constituye una propiedad vinculada ob rem a la vivienda, en cuyo caso no cabría vender esas porciones indivisas sino juntamente con la vivienda o, por el contrario, se trata de un mero pacto obligacional sin efectos reales. En el Registro consta lo siguiente: «Las señaladas plazas de garaje tendrán la consideración de elemento accesorio para el servicio de la vivienda y en consecuencia se obligan expresamente a no transmitir la plaza de garaje adquirida sino conjuntamente con la vivienda correspondiente a cada uno de ellos». Ciertamente, la redacción carece de la precisión necesaria, dado que ni hay relación de una vivienda concreta con una participación indivisa de local de garajes, ni se expresa vinculación de cada una de las plazas de garaje a una vivienda concreta, ni se determina que el elemento —la plaza da aparcamiento— sea una propiedad conectada ob rem a otra —la vivienda—, ni se identifica cada participación indivisa de finca como anexo a una vivienda determinada. Debe concluirse, por tanto, la vinculación ob rem no consta debidamente formalizada.

Resolución de 29-1-2023
BOE 8-3-2024
Registro de la Propiedad de San Vicente de Raspeig.

SEGREGACIÓN: LICENCIA.

Se analiza un caso de segregación de una finca que tiene vinculada ob rem un solar.

Los titulares registrales de la finca matriz proceden a segregarla con la preceptiva licencia municipal, pues esto no se discute, y a modificar la relación jurídica ya existente entre dicha finca y el solar colindante, que se encuentra vinculado

ob rem a aquélla. Al dividirse en dos fincas resultantes, la nueva relación jurídica con el solar colindante se resuelve mediante la respectiva vinculación ob rem de cada finca resultante con una cuota indivisa de dicho solar, aclarándose en diligencia notarial de subsanación que la vinculación es con la cuota indivisa, esto es, sin referencia a superficie concreta. De esta forma, resulta clara la voluntad de las partes de que el solar colindante sea de titularidad común, mediante la atribución de la titularidad de respectivas cuotas indivisas a los propietarios de los dos locales resultantes, sin que exista pacto alguno de asignación de uso exclusivo de porción determinada del mismo que podría justificar, en su caso, una licencia específica.

Ahora bien, la licencia de segregación aportada no sólo contempla la vinculación ob rem del solar colindante, sino que parece suponer, sin la precisión adecuada, la atribución ob rem de metros cuadrados concretos a cada finca resultante, pero como se ha explicado, esta división material no se encuentra contenida en el documento presentado, ni en el informe de validación gráfica aportado. Por tanto, existen dudas objetivas en cuanto a si el Ayuntamiento ha autorizado la segregación considerando, con carácter condicionante, la vinculación a cada elemento resultante de metros cuadrados concretos del solar colindante, lo que no resultaría acorde con la escritura calificada, pues exigiría atribuir derechos de uso exclusivo o la propia segregación del mismo, o bien, por el contrario, simplemente la referencia de la licencia a metros supone un mera división ideal o abstracta de la superficie total, lo que adolecería de cierta imprecisión que podría ser aclarada con el informe técnico al que se remite la propia licencia, si del mismo resulta con claridad que la finca registral vinculada ob rem se mantiene indivisa, tal y como refleja la escritura calificada. Por lo que es en este sentido en el que debe confirmarse la calificación.

Resolución de 29-1-2023
BOE 8-3-2024
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 10.

DERECHO DE USO SOBRE LA VIVIENDAFAMILIAR EN PROCEDIMIENTOS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN.

Se reitera la doctrina sobre la necesidad de fijar un plazo de duración del derecho de uso si los hijos son mayores de edad.

La primera de las objeciones expresadas en la calificación impugnada debe ser confirmada, pues en el título presentado a inscripción, como reconoce la misma recurrente, faltan los datos descriptivos de la vivienda cuyo uso es objeto de atribución y las circunstancias personales de dicha señora, sin que la registradora exija que se especifiquen las circunstancias de identificación de su hijo. Por lo demás, no pueden ser tenidos en cuenta en la resolución de este recurso los documentos que sobre tales datos descriptivos de la finca y de identificación personal se aportan junto con el escrito de impugnación, lo que se entiende sin perjuicio de que dicha documentación pudiera ser presentada de nuevo y generar una nueva calificación por parte de la registradora.

También debe confirmarse la calificación respecto de la exigencia de determinación del plazo de duración del derecho de uso atribuido. Este contenido patrimonial del derecho de uso, y la posibilidad de su acceso al Registro de la Propiedad, tienen como consecuencia que, con independencia de que se trate, como ya se ha expresado, de un derecho encuadrable dentro de la categoría de los derechos familiares, deban ser respetadas las reglas relativas a los derechos cuyo acceso al Registro de la Propiedad se pretenda y a las exigencias derivadas de los principios hipotecarios. Y tratándose de derechos de vida limitada, como es el derecho de uso, una de las circunstancias que debe concretarse por los interesados es su duración o término, ya sea esta fija o variable. En consecuencia, puede apreciarse de la doctrina jurisprudencial, en el marco del Derecho común, un diferente tratamiento del derecho de uso sobre la vivienda familiar cuando existen hijos menores, que no permite explícitas limitaciones temporales —si bien, resultarán de modo indirecto— que cuando no existen hijos o éstos son mayores, pues en este último caso, a falta de otro interés superior que atender, se tutela el derecho del propietario, imponiendo la regla de necesaria temporalidad del derecho.

En el presente caso, se atribuye el uso de la vivienda familiar a la esposa por estimarse su interés como más digno de protección, toda vez que con ella convivía en ese momento un hijo mayor de edad carente de independencia económica. El carácter esencialmente temporal de este derecho implica que el mismo no pueda ser atribuido con carácter indefinido a dicha señora, habida cuenta además de la mayoría de edad del hijo mencionado.

Resolución de 29-1-2023
BOE 8-3-2024
Registro de la Propiedad de Cieza, número 1.

TÍTULO INSCRIBIBLE: RECTIFICACIÓN.

Procede rectificar una escritura que se otorgó sin tener en cuenta que la finca transmitida tenía una superficie distinta por la existencia de una segregación anterior.

Las circunstancias del presente caso determinan que estamos ante una inexactitud o error del título calificado respecto al contenido del Registro, puesto que al otorgarse la escritura de compraventa, en el año 1984, no se tuvo en cuenta una segregación inscrita previamente. Por tanto, no estamos ante una inexactitud registral, sino ante un título erróneo, que debe ser rectificado, en el sentido de atender a la segregación que consta por nota al margen de la inscripción 1.ª de la finca 4.536, objeto del presente expediente.

El principio de tracto sucesivo consagrado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria exige para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, debe constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos. Aunque dicho precepto, al regular el principio registral de tracto sucesivo, literalmente sólo se refiere al aspecto subjetivo del principio, es decir, a la necesaria coincidencia entre la persona

que otorga o en cuyo nombre se otorga el acto o contrato inscribible y el titular registral, lo cierto es que del artículo 38 de la propia ley, con su presunción de que los derechos reales inscritos existen en la forma determinada por el asiento respectivo, se desprende la exigencia del tracto sucesivo objetivo, es decir, la coincidencia entre el objeto de derecho tal como aparece configurado en el Registro y como se hace en el título que se pretende inscribir. Por tanto, debió tenerse en cuenta dicha segregación al describir la finca y haberse concretado en el mismo la descripción de la finca resto.

En el presente caso, no es que no se describa en el título calificado de 1984 la finca resto no descrita registralmente, ni se acompañe su georreferenciación, sino que lo que no se ha tenido en cuenta en la descripción de la finca la segregación practicada, lo que puede generar dudas en el registrador respecto a la identidad del objeto del contrato, es decir, la finca registral 4.536.

En conclusión, el supuesto del presente caso no tiene encaje en ninguno de los tres primeros párrafos del artículo 153 del Reglamento Notarial. Pero, sí cabría obviamente, la rectificación con consentimiento del comprador (conforme al cuarto párrafo último inciso del artículo 153), como único que puede resultar perjudicado por el error, al desconocer que la finca que adquiere tiene 39 metros cuadrados menos de los expresados en la escritura de compraventa para subsanar el error en el consentimiento sobre la descripción de la finca objeto del contrato de compraventa, puesto que la recurrente sigue hablando de una finca con 5.031 metros cuadrados. Ese consentimiento del comprador deberá expresarse en escritura pública en la que se subsanará el error por el notario sustituto del protocolo, para confirmar el consentimiento otorgado en el título. Pero, además, no constando en el Registro el lindero por el que se efectúa la segregación, deberá solicitar la rectificación y actualización de la descripción de la finca.

Resolución de 30-1-2023
BOE 8-3-2024
Registro de la Propiedad de La Rinconada.

VIVIENDA FAMILIAR: ART. 1320 CC Y NOVACIÓN DE HIPOTECA.

No es exigible el consentimiento del cónyuge para una novación de hipoteca sobre vivienda familiar si el contenido de la novación no agrava el riesgo de disposición de dicha vivienda.

La técnica de tutela prevista en el art. 1320 del Código Civil se articula a través de esa exigencia del consentimiento de ambos cónyuges: tanto de aquel que ostenta la titularidad sobre la vivienda o la titularidad del derecho sobre ella como del otro cónyuge. A través de esta técnica, el precepto prohíbe el ejercicio de todo derecho que suponga atentar, bajo cualquier forma, contra el goce pacífico del inmueble en que los cónyuges han fijado el alojamiento familiar. El consentimiento requerido para el acto de disposición es exclusivamente el del cónyuge del titular de esa vivienda o del derecho sobre ella y no el de los hijos. La oposición de los hijos que convivan con sus progenitores y con los demás hermanos en esa vivienda, incluso aunque sean mayores de edad, es irrelevante por completo. Es indiferente

cuál de los dos cónyuges sea el propietario o el titular del derecho sobre la vivienda (así lo consideró la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1994). Es indiferente la fecha en que la hubiera adquirido la vivienda o el derecho sobre ella. Es indiferente cuál sea el régimen económico del matrimonio.

Con la finalidad de evitar que ingresen en el Registro actos impugnables y, a la vez, con la de contribuir a la realización de los fines pretendidos con la norma sustantiva, el artículo 91 del Reglamento Hipotecario exige —para la inscripción del acto dispositivo que recaiga sobre un inmueble apto para vivienda y en el que no concurra el consentimiento o la autorización prescritos en el artículo 1320 del Código Civil— bien la justificación de que el inmueble no tiene el carácter de vivienda habitual de la familia, bien que el disponente lo manifieste así.

De los anteriores razonamientos se desprende que la constitución de hipoteca, en tanto que acto de disposición que comporta la sustracción —siquiera meramente potencial— de la vivienda al uso de la familia habrá de contar con el consentimiento a que se refiere el citado artículo 1320 del Código Civil. Y lo mismo puede predicarse de la novación del préstamo con garantía hipotecaria que implique aumento de la responsabilidad garantizada por este gravamen. Por el contrario, no puede extenderse esta conclusión a la novación del préstamo que —como ocurre en el caso del presente recurso— alcance únicamente al tipo de interés ordinario, los intereses de demora así como las causas de vencimiento anticipado del préstamo, sin que —como expresamente se hace constar en la misma escritura calificada— exista ampliación de la responsabilidad hipotecaria. Y es que, en este supuesto, no puede entenderse que la modificación del contrato de préstamo aumente las posibilidades de que el bien en cuestión desaparezca del patrimonio del prestatario, por la ejecución en caso de impago de la deuda garantizada con el derecho real.

Resolución de 30-1-2023
BOE 8-3-2024
Registro de la Propiedad de Vigo, número 2.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Se reitera la doctrina sobre la denegación de la inscripción de una base gráfica cuando existan dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

El alcance del objeto del expediente del artículo 199 es inscribir la georreferenciación, con la consiguiente rectificación de la superficie y linderos de la descripción literaria para adaptarla a lo que resulta de la inscripción de la georreferenciación. Por ello, el alcance del mismo no puede limitarse a una mera rectificación de linderos, sin extenderse a la rectificación de la superficie, como parecen pretender los otorgantes del título calificado y ahora recurrentes en el escrito de interposición del recurso, pues la misma es consecuencia de la inscripción de la georreferenciación.

La segunda de las manifestaciones del principio de legalidad es la necesaria calificación registral, consistente en el examen por el registrador del título material y formal presentado, para comprobar que reúne los requisitos legales para su

validez y eficacia y resolver si procede su inscripción, suspensión o denegación. Al Registro sólo pueden acceder títulos en apariencia válidos y perfectos, debiendo ser rechazados los títulos claudicantes, es decir los títulos que revelan una causa de nulidad o resolución susceptible de impugnación (cfr. artículos 18, 33, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria y 1259 del Código Civil). Sólo así puede garantizarse la seguridad jurídica preventiva que en nuestro sistema jurídico tiene su apoyo basilar en el instrumento público y en el Registro de la Propiedad. Por ello, los recurrentes en su escrito de interposición del recurso realiza una interpretación errónea del artículo 98 del Reglamento Hipotecario y obvia lo dispuesto en el artículo 9 y 199 de la Ley Hipotecaria, puesto que el registrador invoca dudas en la identidad de la finca, lo que entra dentro del ámbito de su calificación.

Como declararon las Resoluciones de esta Dirección General de 14 de julio de 2022 o 28 de julio de 2023, entre otras, el Catastro y el Registro de la Propiedad son instituciones conceptualmente distintas y autónomas, cada una con su propia naturaleza, fruto de la especialización de ambas instituciones en diferentes aspectos del territorio, al que contemplan desde punto de vistas distinto. El Catastro como institución administrativa que es, atiende a la realidad física de las fincas y a la utilidad económica que puede obtenerse de la misma, como reveladora de una capacidad económica. El Registro de la Propiedad, en cuanto institución jurídica, si bien atiende a la misma realidad física, lo hace poniendo el acento en la persona de un propietario, o en un titular de un derecho real, contemplando el ámbito de facultades que el ordenamiento jurídico concede al titular respecto de la cosa objeto del derecho real. Esta distinta naturaleza determina que el alcance de los expedientes del artículo 18 del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario y del artículo 199 de la Ley Hipotecaria sean distintos. En el expediente catastral de subsanación de discrepancias, el Catastro puede actuar de oficio, conforme al artículo 18.1, o a instancia de los interesados, conforme al artículo 18.2, actuando el notario como colaborador de la institución catastral.

Por ello, declaro la Resolución de 28 de julio de 2023, que tramitado en el Catastro, con resultado positivo, un procedimiento de subsanación de discrepancias de artículo 18 del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, el resultado del mismo no puede trasladarse sin más al Registro de la Propiedad, sino que, dada la diferente naturaleza de ambas instituciones, Catastro y Registro de la Propiedad, el reflejo en éste de las alteraciones operadas en la descripción de la finca sólo podrá lograrse por alguno de los medios previstos en la legislación hipotecaria.

Si la representación gráfica georreferenciada no es inscribible por albergar el registrador dudas fundadas acerca de que con la misma se invada otra finca ya inscrita o el dominio público, lo procedente es denegar, no suspender, la inscripción, puesto que no puede ser inscrita la misma georreferenciación que ahora ha sido objeto de presentación, sino otra distinta, con acuerdo de los colindantes, o aprobada por la autoridad judicial, en su caso.

Como ha declarado la Resolución de esta Dirección General de 26 de julio de 2023, la calificación del registrador denegando la inscripción de una base gráfica ha de estar debidamente fundamentada desde el punto de visto jurídico. No puede el registrador limitarse a una referencia genérica a los preceptos que a su juicio han sido infringidos, sino que debe indicar que preceptos concretos son aplica-

bles al caso debatido, y por qué los considera infringidos. En el presente caso, la registradora funda su calificación en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, del que se desprende que para que el registrador pueda inscribir la georreferenciación, lo que se extiende también a dar tramitación al expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, no debe tener dudas en la identidad de la finca.

La calificación negativa del registrador a iniciar el procedimiento por eventual invasión del dominio público debe aclarar si 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, o si simplemente deriva de una apreciación visual al contrastar la georreferenciación aportada con la capa de la ortofotografía. De hallarnos ante este segundo supuesto, lo que debe hacer el registrador es iniciar el procedimiento del artículo 199, con la pertinente notificación a la Administración titular del terreno supuestamente invadido, para que con sus alegaciones puedan desvanecerse o confirmarse las dudas del registrador. Ello es lo que parece ocurrir en el presente caso, por lo que lo procedente sería dar trámite al expediente del artículo 199. Sin embargo, otra circunstancia refuerza la nota de calificación negativa en lo referente al no inicio del expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, por dudas en la identidad. Dicha circunstancia es la falta de coherencia interna del título calificado en cuanto a la descripción literaria de la finca con respecto a la georreferenciación incorporada.

Resolución de 30-1-2023
BOE 8-3-2024
Registro de la Propiedad de Guadarrama-Alpedrete.

HIPOTECA: MODIFICACIÓN DEL VALOR DE TASACIÓN.

Cuando la hipoteca se encuentre en «fase de ejecución», tal procedimiento de rectificación ya no es posible en presencia de titulares de cargas posteriores.

El objeto del recurso contra calificaciones de Registradores de la Propiedad y Mercantil es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa realizada por el registrador titular del Registro es ajustada a Derecho, tanto formal como sustantivamente, o, al contrario, debe inscribirse el negocio celebrado; circunscribiéndose también la resolución, exclusivamente, en cuanto a los puntos de la calificación que hayan sido objeto del recurso, y no pudiendo entrar a valorar otros posibles defectos que eventualmente contuviera la escritura o documento calificado.

Lo que este artículo 40 viene a expresar, con carácter general, es que el asiento registral inexacto o erróneo vale como «exacto» en beneficio del tercero hipotecario en quien concurran las circunstancias que según el artículo 34 de la Ley Hipotecaria son imprescindibles para ser protegido por el principio de fe pública registral. De ahí la importancia de rectificar cuanto antes el contenido de la inscripción que se considere inexacta, por parte del titular afectado, antes de que pueda surgir la figura de un tercero protegido. En consecuencia, el tipo de subasta pactado que consta erróneamente recogido en el Registro de la Propiedad, como también ocurre, por ejemplo, la cuantía diferente de un concepto de la responsa-

bilidad hipotecaria inscrita surtirá todos los efectos que la Ley tenga anudados a su inscripción registral mientras esta no se rectifique legalmente.

El método empleado en este caso para la rectificación, la aportación del título que propició la inscripción, es el correcto en este supuesto (artículo 213 de la Ley Hipotecaria), pero no así el momento elegido para la misma por parte del acreedor ejecutante, que fue cesionario del crédito hipotecario. La regla general, cuando la rectificación se solicita después de que se produzca la existencia de titulares registrales posteriores de dominio y cargas, es la necesidad del consentimiento de los mismos o de la correspondiente resolución judicial en que estos fueran parte.

Es cierto que la citada Resolución de 26 de octubre de 2016 afirmó que "el consentimiento para la modificación del tipo de subasta por parte de los titulares registrales de cargas posteriores es innecesario" pero también que tal innecesariedad sólo se refería "durante la fase de seguridad de la hipoteca". Debemos proclamar ahora que si se pretende inscribir el pacto de reducción del precio para subasta de una finca hipotecada, cuando ya no estamos en fase de seguridad de la hipoteca, sino en fase de ejecución —y más aún cuando como en el presente caso esta ya ha sido ejecutada y adjudicada la finca por el procedimiento especial de ejecución directa contra los bienes hipotecados—, ya no resulta permitido acceder a la inscripción de un pacto que por su naturaleza se refiere a una subasta futura, cuando en realidad la subasta ya ha tenido lugar, y que en definitiva sólo pretende subsanar a posteriori las deficiencias en las que incurrió el procedimiento de ejecución al no respetar el artículo 130 de la Ley Hipotecaria, y con ello, vulnerarse los derechos que del mismo artículo se infieren a favor de los titulares de cargas posteriores.

Cabe concluir que en los casos de inexactitud registral por error en la constatación del tipo de subasta, es posible la rectificación tabular con la sola presentación de la escritura de constitución de hipoteca o, en su caso, de la escritura de novación del préstamo hipotecario, aunque existan cargas posteriores, siempre que la hipoteca se encuentre en «fase de seguridad», sin necesidad que presten su consentimiento para la modificación del tipo de subasta los titulares registrales de esas cargas posteriores. Por el contrario, cuando la hipoteca se encuentre en «fase de ejecución», tal procedimiento de rectificación ya no es posible en presencia de titulares de cargas posteriores, tanto por aplicación las normas procesales que regulan la ejecución (artículos 682 y 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), como porque en tal caso la rectificación de los errores de la inscripción de hipoteca no les puede perjudicar (artículo 40 de la Ley Hipotecaria).

Resolución 30-1-2023
BOE 8-3-2024
Registro de la Propiedad de Órgiva-Ujíjar.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA

Se reitera la doctrina sobre la denegación de la inscripción de una base gráfica cuando existan dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca

coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En primer lugar, debe confirmarse la legitimación del cotitular colindante para formular la oportuna oposición, al resultar sobradamente acreditada su colindancia en el presente expediente, extremo éste no controvertido en el mismo escrito de recurso. En segundo lugar, de los datos y documentos que obran en el expediente, se evidencia que no es pacífica la delimitación gráfica que se pretende inscribir, resultando posible o, cuando menos no incontrovertido, que con la inscripción de la representación gráfica aportada se puede alterar la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral, pudiendo afectar a los derechos de terceros.

Toda vez que existen dudas que impiden la inscripción de la representación gráfica, lo procedente es la denegación de dicha inscripción y podrá acudirse al expediente de deslinde regulado en el artículo 200 de la Ley Hipotecaria (tal y como prevé para estos casos el artículo 199 de la Ley Hipotecaria), sin perjuicio de poder acudir al juicio declarativo correspondiente (cfr. artículo 198 de la Ley Hipotecaria).

Resolución 31-1-2023
BOE 8-3-2024
Registro de la Propiedad de Tías.

HERENCIA: TÍTULO SUCESORIO

Un certificado sucesorio en el que solo consta lo relativo a uno de los llamados a la herencia es incompleto a los efectos de practicar la inscripción.

Para resolver la concreta cuestión planteada, debe tenerse en cuenta que el certificado sucesorio europeo, tal como es previsto en el título VI del Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, tiene la consideración de título sucesorio a los efectos del Registro. En general, dicho certificado servirá de título formal acreditativo de la cualidad de heredero (cfr. el apartado 2 del artículo 69 del Reglamento), si bien, a efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad habrá de ser complementado en su caso por los requisitos impuestos por la ley nacional para la práctica de aquélla.

Desde el punto de vista formal, la doctrina de este Centro Directivo admite (véanse Resoluciones citadas en los «Vistos») como suficiente a los efectos del Registro, que al ser el testamento el título fundamental en la sucesión testamentaria y conforme al artículo 3 de la Ley Hipotecaria, aquél ha de aportarse al Registro, bien sea en copia autorizada o en testimonio por exhibición, e incluso relacionado en la escritura de partición, pero en este último caso no basta con que el notario

relacione sucintamente las cláusulas del testamento, sino que ha de expresar la exactitud de concepto entre lo relacionado y el texto original, con expresa constancia de que no existen cláusulas que amplíen o modifiquen lo inserto. También ha venido sosteniendo esta Dirección General que puede inscribirse la escritura de adjudicación de herencia basada en un acta de declaración de herederos si en aquélla se realiza un testimonio en relación de los particulares del documento (la declaración judicial o acta de declaración de herederos abintestato) necesarios para la calificación e inscripción en el Registro de la Propiedad.

Por lo que interesa en el presente caso, la autoridad de origen, en coherencia con la ley europea —artículo 67 del Reglamento (UE) n .º 650/2012—, responderá de que los extremos que vayan a ser certificados «hayan sido acreditados con arreglo a la ley aplicable a la sucesión o en virtud de cualquier otra ley aplicable a extremos concretos de la herencia». Concretamente: «i) la ley aplicable a la sucesión y los extremos sobre cuya base se ha determinado dicha ley; j) la información relativa a si la sucesión es testada o intestada, incluyendo la información sobre los extremos de los que se derivan los derechos o facultades de los herederos, legatarios, ejecutores testamentarios o administradores de la herencia». Así, dado que se trata en este supuesto de una sucesión intestada, para la apreciación de quienes son llamados, es precisa, bien la aportación de la copia autorizada del acta de declaración de herederos, o bien el testimonio por exhibición o relación, con afirmación en este último caso de que en lo omitido no existe nada que modifique lo inserto o fórmula similar, o, en otro caso, que en el certificado sucesorio consten, como título sucesorio, los datos completos que determinen quienes son los llamados y en consecuencia quienes tienes que prestar su consentimiento para la partición y adjudicación hereditaria. En el supuesto concreto, sólo uno de los llamados a la herencia figura designado en el certificado sucesorio europeo, con lo que éste resulta incompleto o parcial.

Resolución de 31-1-2023
BOE 8-3-2024
Registro de la Propiedad de Gérgal.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Existiendo dudas sobre la posible invasión de finca inmatriculada, procede aplicar el procedimiento del 199 LH aunque se trate de una inmatriculación del 205.

Entre la finca que se pretende inmatricular y la ya inmatriculada existen tanto indicios de coincidencia (mismo número de calle y referencia catastral) como indicios de no coincidencia [existencia de numero 6(…) y 6(…), y posible asignación errónea de referencia catastral en base a un simple recibo de Impuesto sobre Bienes Inmuebles]. Por tanto, la nota de calificación negativa no debió ser denegatoria (pues no hay certeza de coincidencia), sino suspensiva de la inmatriculación pretendida (al existir solo dudas fundadas de coincidencia). Y en aplicación de la doctrina de este centro directivo que consta en la Resolución de 20 de octubre de 2022, por las razones y fundamentos jurídicos que en ella se detallan, «(…) 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».

Resolución de 31-1-2023
BOE 8-3-2024
Registro de la Propiedad de Monóvar.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA

Se reitera la doctrina sobre la denegación de la inscripción de una base gráfica cuando existan dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En primer lugar, debe confirmarse la legitimación del cotitular colindante para formular la oportuna oposición, al resultar sobradamente acreditada su colindancia en el presente expediente, extremo éste no controvertido en el mismo escrito de recurso. 6. En segundo lugar, de los datos y documentos que obran en el expediente, se evidencia que no es pacífica la delimitación gráfica que se pretende inscribir, resultando posible o, cuando menos no incontrovertido, que con la inscripción de la representación gráfica aportada se puede alterar la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral, pudiendo afectar a los derechos de terceros.

Toda vez que existen dudas que impiden la inscripción de la representación gráfica, lo procedente es la denegación de dicha inscripción y podrá acudirse al expediente de deslinde regulado en el artículo 200 de la Ley Hipotecaria (tal y como prevé para estos casos el artículo 199 de la Ley Hipotecaria), sin perjuicio de poder acudir al juicio declarativo correspondiente (cfr. artículo 198 de la Ley Hipotecaria).

Resolución 31-1-2023
BOE 8-3-2024
Registro de la Propiedad de Eivissa, número 4.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: LEGITIMACIÓN PARA INCIARLO.

Puede iniciar el procedimiento uno de los condueños de la finca, pero habrá que notificar a los demás.

En la Resolución de 28 de febrero de 2023 considera esta Dirección General que admite la legitimación del titular de una cuota indivisa sin necesidad de consentimiento del otro, reseñando que en tal caso ha de entrar en juego la previsión del artículo 199 de la Ley Hipotecaria de notificar a los titulares de las demás cuotas. Es decir, interpretando el artículo 199 debemos considerar al titular registral de una cuota en condominio como legitimado para solicitar por sí solo el inicio del expediente, considerándolo como titular registral del dominio, como exige el primer párrafo del artículo 199.1. Y con relación al condómino no solicitante, será notificado, aplicando el segundo párrafo del citado artículo. La rectificación de la descripción de la finca, para adaptarla a la realidad física, no perjudica, sino que beneficia al otro comunero, pues su cotitularidad registral goza de una protección registral más intensa, al poder extenderse a la ubicación y delimitación geográfica del objeto de su derecho, por aplicación del artículo 10.5 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 31-1-2023
BOE 8-3-2024
Registro de la Propiedad de Alicante, número 4.

FINCA REGISTRAL: FINCA INSUFICIENTEMENTE DESCRITA.

Constando en el Registro una finca resto sin una descripción completa, es necesario completar ahora cuando se transmite esa descripción con la inscripción de su oportuna georreferenciación.

La redacción vigente del artículo 9 de la Ley Hipotecaria permite la incorporación de la georreferenciación como circunstancia necesaria o potestativa de la inscripción. Será necesaria en las operaciones a las que se refiere el artículo 9.b), párrafo primero, entre las que enumera la segregación. La forma de practicar la inscripción no está dentro del ámbito de aplicación del principio de rogación, puesto que el mismo se limita la solicitud de inscripción, mediante la presentación del título en el Registro. Pero, si el registrador califica positivamente el título, deberá redactar el asiento con las circunstancias del artículo 9 de la Ley Hipotecaria. Y dentro de esas circunstancias, la única cuya calificación negativa permite la práctica del asiento es la relativa a la georreferenciación.

Respecto a las operaciones de modificación de entidades hipotecarias, estas son actos jurídicos de riguroso dominio, consistentes en alteraciones formales o librarias de fincas inscritas, que pueden no tener una repercusión en la realidad física. Antes de la reforma operada por la Ley 13/2015, los artículos 47, primer párrafo, y 50 del Reglamento Hipotecario, exigían la descripción de la finca resto solo cuando fuera posible. Si no lo era, debía expresarse por lo menos, las modificaciones en la extensión y lindero o linderos por donde se haya efectuado la segregación. Sin embargo, la aplicación de las citadas normas hoy debe considerarse residual.

En el presente caso estamos ante la compraventa de una finca resto, que no se describió en su día, cuando se inscribió la segregación en 2008. Por tanto, la cuestión que centra el objeto del debate que se plantea en este recurso es si dicha doctrina es aplicable a una finca resto, sin descripción, cuya segregación se inscri-

bió antes de entrar en vigor la Ley 13/2015. La respuesta debe ser afirmativa, utilizando el mismo argumento por el cual debe aportarse la georreferenciación de una finca segregada antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2015, pero presentada en el Registro después de dicha entrada en vigor. En este sentido se pronunció la Resolución de esta Dirección General de 13 de marzo de 2018, cuando declaró que no se exige que se incorpore la georreferenciación de la finca resto, hasta que se pretenda practicar en el futuro alguna inscripción sobre el mismo.

Por ello, la descripción de la finca resto que existe en el Registro, una vez que la misma ha entrado en el tráfico jurídico no puede mantenerse, puesto que no cumple con los requisitos que para su descripción establece el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, al no expresar su concreta superficie. En la citada escritura, más que faltar la georreferenciación de la finca resto, como manifiesta el registrador en su nota de calificación, lo que falta manifestar es si la georreferenciación incorporada a la escritura se corresponde con la realidad física actual de la finca tras la segregación. Y en caso de no corresponderse con dicha realidad, por no haber tenido en cuenta la georreferenciación catastral la segregación de los 213 metros cuadrados, es cuando se hubiere debido incorporar la georreferenciación alternativa a la catastral, a lo que se refiere el registrador en su nota de calificación.

Por todo lo razonado hasta ahora, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación recurrida, debiendo efectuarse una descripción actualizada de la finca resto, congruente con la georreferenciación incorporada a la escritura, si los otorgantes declaran que coincide con su realidad física, para que el registrador pueda realizar los juicios de correspondencia y coordinación gráfica y, si ambos son positivos, puede calificar positivamente la descripción e incorporar la georreferenciación de la finca resto, como finca resultante de una reordenación de los terrenos. O en el sentido de que debe acompañarse la georreferenciación alternativa, si los otorgantes declaran que no coincide con la realidad física, pues la georreferenciación aportada no tuvo en cuenta la segregación inscrita.

Resolución de 31-1-2023
BOE 8-3-2024
Registro de la Propiedad de Alcalá de Guadaíra, número 2.

SENTENCIAS DICTADAS EN REBELDÍA: FIRMEZA.

Se reitera la doctrina consolidada sobre la necesidad de que el juzgado certifique del transcurso de los plazos para el ejercicio de la acción de rescisión en casos de rebeldía.

Aun cuando conste acreditado en tiempo y forma la firmeza de la resolución, es aplicable la doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones citadas en los «Vistos») según la cual, cuando una sentencia se hubiera dictado en rebeldía es preciso que, además de ser firme, haya transcurrido el plazo del recurso de audiencia al rebelde. No cabe pues la inscripción, ni siquiera haciendo constar la posibilidad de rescisión. El transcurso de tales plazos debe resultar del propio documento presentado a la calificación o bien de otro documento que lo

complemente, indicando la imposibilidad de ejercicio del procedente recurso por transcurso del plazo aplicable al supuesto concreto.

En la sentencia presentada a inscripción nada consta sobre el transcurso de los plazos para el ejercicio de la acción de rescisión, a que se refieren los artículos 501 y 502 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni sobre la forma ni efectividad de las notificaciones a partir de las cuales se cuentan dichos plazos, constando exclusivamente en su antecedente de hecho segundo que, admitida a trámite la demanda, se emplazó a los demandados por medio de edictos, para que en el plazo de veinte días contestaran a la misma por escrito apercibiéndole de que, de no hacerlo así, se declararía su situación procesal de rebeldía, tras lo cual se declaró la rebeldía de la parte demandada por diligencia de ordenación.

En definitiva, como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo (vid. «Vistos»), sólo el juzgado ante el que se siga el procedimiento podrá aseverar tanto el cumplimiento de los plazos que resulten de aplicación, incluyendo en su caso la prolongación de los mismos, como el hecho de haberse interpuesto o no la acción rescisoria».

Resolución de 1-2-2023
BOE 8-3-2024
Registro de la Propiedad de Orgaz.

VÍAS PECUARIAS: NOTA MARGINAL DE POSIBLE DESLINDE FUTURO.

No cabe practicar ningún asiento si la intervención del titular registral y sin que dicho asiento tenga un contenido concreto.

Con carácter previo debe recordarse que, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

A diferencia de las inscripciones, donde la doctrina y la jurisprudencia admiten la existencia de «numerus apertus» (así, los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario hablan de «cualesquiera otros derechos reales») en materia notas marginales nadie duda de que en nuestro ordenamiento jurídico rige un principio de «numerus clausus». No cabe practicar notas marginales, sino en los casos expresamente previstos en la Ley y el Reglamento Hipotecario. El procedimiento registral es de orden público.

La publicidad del procedimiento de deslinde se contempla en el artículo 8, apartado 5, de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias que dispone que «cuando los interesados en un expediente de deslinde aporten títulos inscritos en el Registro de la Propiedad sobre terrenos que pudieran resultar incluidos en el dominio público, el órgano que tramite dicho expediente lo pondrá en conocimiento del Registrador a fin de que por éste se practique la anotación marginal preventiva de esa circunstancia». Con independencia de la imprecisión del texto legal sobre el asiento legal («anotación marginal preventiva»), lo que resulta indudable es que

la publicidad registral mediante un asiento en la finca sólo se contempla una vez iniciado el procedimiento de deslinde y con intervención de los interesados.

Por otra parte, la nota marginal previa al inicio del expediente de deslinde no está prevista en la normativa reguladora de las vías pecuarias, ni tampoco se prevé en la normativa general de las Administraciones Públicas. Así, en el procedimiento de deslinde previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre (cfr. artículo 52), se contempla la publicidad registral una vez iniciado dicho procedimiento. Ahora bien, el artículo 9, letra a), de la Ley Hipotecaria dispone que «cuando conste acreditada, se expresará por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refiera». En esta previsión legal podría tener encaje la nota marginal cuya solicitud motiva este recurso. Sin embargo, en el concreto supuesto analizado en este expediente, el contenido de la solicitud de la Administración y de la nota pretendida adolece una falta de determinación total acerca de ninguna circunstancia afectante a la finca, ya que se limita a expresar la colindancia con una vía pecuaria, lo cual ya resulta de la propia descripción de la finca (cfr. artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento); advierte la posibilidad de un eventual deslinde, sin concretar siquiera si efectivamente la finca pudiera verse afectada por ello y en qué medida; además de recordar los efectos legales del deslinde, cuestión que resulta de la propia Ley. Por tanto, tampoco puede practicarse la nota marginal solicitada al amparo de este precepto, pues no resulta una concreta calificación urbanística, medioambiental o administrativa de la finca más allá de su colindancia con una vía pecuaria y no resulta de la solicitud la intervención del titular de la finca.

Admitir una nota marginal de las características de las que pretende la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha iría en contra del principio registral de tracto sucesivo (artículo 20 de la Ley Hipotecaria), trasunto del principio constitucional de tutela judicial efectiva, pues supondría que la finca quedaría mermada en su valor por una afección indeterminada en su extensión y duración, sin haber sido oído al respecto el propio titular de dominio de la finca afectada.

Por último, es preciso señalar un error en la fundamentación del recurrente, en relación con la posibilidad de que puedan aparecer terceros protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con la superficie y linderos que se derivan de la inscripción de la base gráfica y su coordinación con Catastro. Los efectos de la inscripción de la base gráfica, ya sea catastral, o alternativa una vez coordinada con Catastro, se recogen en el artículo 10.5 de la Ley Hipotecaria que establece que: «Alcanzada la coordinación gráfica con el Catastro e inscrita la representación gráfica de la finca en el Registro, se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real». Por tanto, se presume que la finca tiene la ubicación y delimitación geográfica que resulta de la base gráfica, pero se trata de una presunción «iuris tantum» que admitirá, en todo caso, prueba en contrario en el correspondiente procedimiento de deslinde administrativo realizado por los trámites correspondientes.

Resolución de 1-2-2023
BOE 8-3-2024
Registro de la Propiedad de Orgaz.

VÍAS PECUARIAS: NOTA MARGINAL DE POSIBLE DESLINDE FUTURO.

No cabe practicar ningún asiento si la intervención del titular registral y sin que dicho asiento tenga un contenido concreto.

Con carácter previo debe recordarse que, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

A diferencia de las inscripciones, donde la doctrina y la jurisprudencia admiten la existencia de «numerus apertus» (así, los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario hablan de «cualesquiera otros derechos reales») en materia notas marginales nadie duda de que en nuestro ordenamiento jurídico rige un principio de «numerus clausus». No cabe practicar notas marginales, sino en los casos expresamente previstos en la Ley y el Reglamento Hipotecario. El procedimiento registral es de orden público.

La publicidad del procedimiento de deslinde se contempla en el artículo 8, apartado 5, de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias que dispone que «cuando los interesados en un expediente de deslinde aporten títulos inscritos en el Registro de la Propiedad sobre terrenos que pudieran resultar incluidos en el dominio público, el órgano que tramite dicho expediente lo pondrá en conocimiento del Registrador a fin de que por éste se practique la anotación marginal preventiva de esa circunstancia». Con independencia de la imprecisión del texto legal sobre el asiento legal («anotación marginal preventiva»), lo que resulta indudable es que la publicidad registral mediante un asiento en la finca sólo se contempla una vez iniciado el procedimiento de deslinde y con intervención de los interesados.

Por otra parte, la nota marginal previa al inicio del expediente de deslinde no está prevista en la normativa reguladora de las vías pecuarias, ni tampoco se prevé en la normativa general de las Administraciones Públicas. Así, en el procedimiento de deslinde previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre (cfr. artículo 52), se contempla la publicidad registral una vez iniciado dicho procedimiento. Ahora bien, el artículo 9, letra a), de la Ley Hipotecaria dispone que «cuando conste acreditada, se expresará por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refiera». En esta previsión legal podría tener encaje la nota marginal cuya solicitud motiva este recurso. Sin embargo, en el concreto supuesto analizado en este expediente, el contenido de la solicitud de la Administración y de la nota pretendida adolece una falta de determinación total acerca de ninguna circunstancia afectante a la finca, ya que se limita a expresar la colindancia con una vía pecuaria, lo cual ya resulta de la propia descripción de la finca (cfr. artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento); advierte la posibilidad de un eventual deslinde, sin concretar siquiera si efectivamente la finca pudiera verse afectada por ello y en qué medida; además de recordar los efectos legales del deslinde, cuestión que resulta

de la propia Ley. Por tanto, tampoco puede practicarse la nota marginal solicitada al amparo de este precepto, pues no resulta una concreta calificación urbanística, medioambiental o administrativa de la finca más allá de su colindancia con una vía pecuaria y no resulta de la solicitud la intervención del titular de la finca.

Admitir una nota marginal de las características de las que pretende la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha iría en contra del principio registral de tracto sucesivo (artículo 20 de la Ley Hipotecaria), trasunto del principio constitucional de tutela judicial efectiva, pues supondría que la finca quedaría mermada en su valor por una afección indeterminada en su extensión y duración, sin haber sido oído al respecto el propio titular de dominio de la finca afectada.

Por último, es preciso señalar un error en la fundamentación del recurrente, en relación con la posibilidad de que puedan aparecer terceros protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con la superficie y linderos que se derivan de la inscripción de la base gráfica y su coordinación con Catastro. Los efectos de la inscripción de la base gráfica, ya sea catastral, o alternativa una vez coordinada con Catastro, se recogen en el artículo 10.5 de la Ley Hipotecaria que establece que: «Alcanzada la coordinación gráfica con el Catastro e inscrita la representación gráfica de la finca en el Registro, se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real». Por tanto, se presume que la finca tiene la ubicación y delimitación geográfica que resulta de la base gráfica, pero se trata de una presunción «iuris tantum» que admitirá, en todo caso, prueba en contrario en el correspondiente procedimiento de deslinde administrativo realizado por los trámites correspondientes.

Resolución 1-2-2023
BOE 8-3-2024
Registro de la Propiedad de Illescas, número 2.

VÍAS PECUARIAS: NOTA MARGINAL DE POSIBLE DESLINDE FUTURO.

No cabe practicar ningún asiento si la intervención del titular registral y sin que dicho asiento tenga un contenido concreto.

Con carácter previo debe recordarse que, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

A diferencia de las inscripciones, donde la doctrina y la jurisprudencia admiten la existencia de «numerus apertus» (así, los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario hablan de «cualesquiera otros derechos reales») en materia notas marginales nadie duda de que en nuestro ordenamiento jurídico rige un principio de «numerus clausus». No cabe practicar notas marginales, sino en los casos expresamente previstos en la Ley y el Reglamento Hipotecario. El procedimiento registral es de orden público.

La publicidad del procedimiento de deslinde se contempla en el artículo 8, apartado 5, de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias que dispone que «cuando los interesados en un expediente de deslinde aporten títulos inscritos en el Registro de la Propiedad sobre terrenos que pudieran resultar incluidos en el dominio público, el órgano que tramite dicho expediente lo pondrá en conocimiento del Registrador a fin de que por éste se practique la anotación marginal preventiva de esa circunstancia». Con independencia de la imprecisión del texto legal sobre el asiento legal («anotación marginal preventiva»), lo que resulta indudable es que la publicidad registral mediante un asiento en la finca sólo se contempla una vez iniciado el procedimiento de deslinde y con intervención de los interesados.

Por otra parte, la nota marginal previa al inicio del expediente de deslinde no está prevista en la normativa reguladora de las vías pecuarias, ni tampoco se prevé en la normativa general de las Administraciones Públicas. Así, en el procedimiento de deslinde previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre (cfr. artículo 52), se contempla la publicidad registral una vez iniciado dicho procedimiento. Ahora bien, el artículo 9, letra a), de la Ley Hipotecaria dispone que «cuando conste acreditada, se expresará por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refiera». En esta previsión legal podría tener encaje la nota marginal cuya solicitud motiva este recurso. Sin embargo, en el concreto supuesto analizado en este expediente, el contenido de la solicitud de la Administración y de la nota pretendida adolece una falta de determinación total acerca de ninguna circunstancia afectante a la finca, ya que se limita a expresar la colindancia con una vía pecuaria, lo cual ya resulta de la propia descripción de la finca (cfr. artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento); advierte la posibilidad de un eventual deslinde, sin concretar siquiera si efectivamente la finca pudiera verse afectada por ello y en qué medida; además de recordar los efectos legales del deslinde, cuestión que resulta de la propia Ley. Por tanto, tampoco puede practicarse la nota marginal solicitada al amparo de este precepto, pues no resulta una concreta calificación urbanística, medioambiental o administrativa de la finca más allá de su colindancia con una vía pecuaria y no resulta de la solicitud la intervención del titular de la finca.

Admitir una nota marginal de las características de las que pretende la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha iría en contra del principio registral de tracto sucesivo (artículo 20 de la Ley Hipotecaria), trasunto del principio constitucional de tutela judicial efectiva, pues supondría que la finca quedaría mermada en su valor por una afección indeterminada en su extensión y duración, sin haber sido oído al respecto el propio titular de dominio de la finca afectada.

Por último, es preciso señalar un error en la fundamentación del recurrente, en relación con la posibilidad de que puedan aparecer terceros protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con la superficie y linderos que se derivan de la inscripción de la base gráfica y su coordinación con Catastro. Los efectos de la inscripción de la base gráfica, ya sea catastral, o alternativa una vez coordinada con Catastro, se recogen en el artículo 10.5 de la Ley Hipotecaria que establece que: «Alcanzada la coordinación gráfica con el Catastro e inscrita la representación gráfica de la finca en el Registro, se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral

que ha quedado incorporada al folio real». Por tanto, se presume que la finca tiene la ubicación y delimitación geográfica que resulta de la base gráfica, pero se trata de una presunción «iuris tantum» que admitirá, en todo caso, prueba en contrario en el correspondiente procedimiento de deslinde administrativo realizado por los trámites correspondientes.

Resolución de 1-2-2023
BOE 8-3-2024
Registro de la Propiedad de Illescas, número 2.

VÍAS PECUARIAS: NOTA MARGINAL DE POSIBLE DESLINDE FUTURO.

No cabe practicar ningún asiento si la intervención del titular registral y sin que dicho asiento tenga un contenido concreto.

Con carácter previo debe recordarse que, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

A diferencia de las inscripciones, donde la doctrina y la jurisprudencia admiten la existencia de «numerus apertus» (así, los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario hablan de «cualesquiera otros derechos reales») en materia notas marginales nadie duda de que en nuestro ordenamiento jurídico rige un principio de «numerus clausus». No cabe practicar notas marginales, sino en los casos expresamente previstos en la Ley y el Reglamento Hipotecario. El procedimiento registral es de orden público.

La publicidad del procedimiento de deslinde se contempla en el artículo 8, apartado 5, de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias que dispone que «cuando los interesados en un expediente de deslinde aporten títulos inscritos en el Registro de la Propiedad sobre terrenos que pudieran resultar incluidos en el dominio público, el órgano que tramite dicho expediente lo pondrá en conocimiento del Registrador a fin de que por éste se practique la anotación marginal preventiva de esa circunstancia». Con independencia de la imprecisión del texto legal sobre el asiento legal («anotación marginal preventiva»), lo que resulta indudable es que la publicidad registral mediante un asiento en la finca sólo se contempla una vez iniciado el procedimiento de deslinde y con intervención de los interesados.

Por otra parte, la nota marginal previa al inicio del expediente de deslinde no está prevista en la normativa reguladora de las vías pecuarias, ni tampoco se prevé en la normativa general de las Administraciones Públicas. Así, en el procedimiento de deslinde previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre (cfr. artículo 52), se contempla la publicidad registral una vez iniciado dicho procedimiento. Ahora bien, el artículo 9, letra a), de la Ley Hipotecaria dispone que «cuando conste acreditada, se expresará por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refiera». En esta previsión legal podría tener encaje la nota marginal cuya solicitud motiva este recurso. Sin embargo, en el concreto supuesto analizado en este expediente,

el contenido de la solicitud de la Administración y de la nota pretendida adolece una falta de determinación total acerca de ninguna circunstancia afectante a la finca, ya que se limita a expresar la colindancia con una vía pecuaria, lo cual ya resulta de la propia descripción de la finca (cfr. artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento); advierte la posibilidad de un eventual deslinde, sin concretar siquiera si efectivamente la finca pudiera verse afectada por ello y en qué medida; además de recordar los efectos legales del deslinde, cuestión que resulta de la propia Ley. Por tanto, tampoco puede practicarse la nota marginal solicitada al amparo de este precepto, pues no resulta una concreta calificación urbanística, medioambiental o administrativa de la finca más allá de su colindancia con una vía pecuaria y no resulta de la solicitud la intervención del titular de la finca.

Admitir una nota marginal de las características de las que pretende la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha iría en contra del principio registral de tracto sucesivo (artículo 20 de la Ley Hipotecaria), trasunto del principio constitucional de tutela judicial efectiva, pues supondría que la finca quedaría mermada en su valor por una afección indeterminada en su extensión y duración, sin haber sido oído al respecto el propio titular de dominio de la finca afectada.

Por último, es preciso señalar un error en la fundamentación del recurrente, en relación con la posibilidad de que puedan aparecer terceros protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con la superficie y linderos que se derivan de la inscripción de la base gráfica y su coordinación con Catastro. Los efectos de la inscripción de la base gráfica, ya sea catastral, o alternativa una vez coordinada con Catastro, se recogen en el artículo 10.5 de la Ley Hipotecaria que establece que: «Alcanzada la coordinación gráfica con el Catastro e inscrita la representación gráfica de la finca en el Registro, se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real». Por tanto, se presume que la finca tiene la ubicación y delimitación geográfica que resulta de la base gráfica, pero se trata de una presunción «iuris tantum» que admitirá, en todo caso, prueba en contrario en el correspondiente procedimiento de deslinde administrativo realizado por los trámites correspondientes.

Resolución de 5-2-2023
BOE 8-3-2024
Registro de la Propiedad de Valencia, número 1.

HIPOTECA: APLICACIÓN DE LA LEY 5/2019.

No puede exigirse la aplicación de la LCCI cuando el prestatario es una sociedad de capital.

De la regulación española resulta claramente que, a diferencia de las Directivas comunitarias en materia de consumo, que únicamente reconocen la condición de consumidores a las personas físicas, el ordenamiento jurídico español permite que una persona jurídica pueda ser consumidora, pero siempre que no tenga áni-

mo de lucro (vid. el transcrito artículo 3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

Ciertamente, en un caso de préstamo hipotecario concedido por una entidad de crédito a dos personas físicas, con destino a la adquisición de un local comercial que es objeto del gravamen hipotecario, esta Dirección General, en Resolución de 27 de julio de 2020, entendió necesaria la manifestación de las partes sobre la concurrencia o no del carácter de consumidor del prestatario. No obstante, no puede llegarse a la misma conclusión en un caso como el del presente recurso en que el prestatario es una sociedad de capital y, en cuanto que tal sociedad mercantil empresaria, hay que presumirle el ánimo de lucro. El fiador es también administrador de la sociedad prestataria, lo que comporta un vínculo funcional que excluye en tal garante la condición de «consumidor» en el sentido del artículo 2, letra b) de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, y así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo en la citada Sentencia 314/2018, 28 de mayo de 2018 (vid., también, la Resolución de esta Dirección General de 13 de junio de 2019).

Resolución de 5-2-2023
BOE 8-3-2024
Registro de la Propiedad de Nules, número 3.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: ERRORES EN LA INSCRIPCIÓN DE LOS ESTATUTOS DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL.

Se analiza el procedimiento adecuado para la rectificación de un error existente en la inscripción de los estatutos.

Toda la doctrina elaborada a través de los preceptos de la Ley y del Reglamento Hipotecarios y de las Resoluciones de este Centro Directivo relativa a la rectificación del Registro parte del principio esencial que afirma que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria). Por ello, como ha reiterado este Centro Directivo (cfr., por todas, las Resoluciones de 2 de febrero de 2005, 19 de diciembre de 2006, 19 de junio de 2010, 23 de agosto de 2011 y 5 y 20 de febrero y 27 de marzo de 2015), la rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho.

El error al que se refiere el recurrente en el presente caso no sería material, sino de concepto, pues al transcribir en el Registro el contenido de los estatutos de la división horizontal convenidos en la escritura se ha alterado, y de manera considerable, su verdadero sentido. No solo se exonera de determinados gastos a un departamento privativo (el número uno) distinto de aquellos que resultan exonerados en las normas especiales de la escritura (los números treinta y ocho y treinta y nueve), sino que además se añade una frase inexistente en la escritura y que de-

termina que esos gastos concretos los deberán sufragar únicamente las viviendas del edificio, y a partes iguales, no en proporción a la cuota de participación en la comunidad. Existe además otra alteración al describir esos gastos, pues desaparece la mención a los ascensores, y otra en el fundamento de la exoneración, que pasa de «no disfrutar de los mismos» a «no disfrutar del suelo pisable del mismo».

Ciertamente, la legislación hipotecaria diferencia dos procedimientos para la rectificación de los errores de concepto: el que exige el acuerdo unánime de los interesados y del registrador o, en su defecto, resolución judicial, y el que permite la rectificación de oficio por parte del registrador cuando el error resulte claramente de los asientos practicados o, tratándose de asientos de presentación y notas, cuando la inscripción principal respectiva baste para darlo a conocer.

Sentado lo anterior, se puede concluir que no se puede acudir en este caso a este segundo procedimiento que se infiere de los artículos 217 de la Ley Hipotecaria y 327 del Reglamento Hipotecario, al que se refieren tanto el Tribunal Supremo como este Centro Directivo y que permite la rectificación de oficio por parte del registrador cuando el error resulte claramente de los asientos practicados. Y ello porque las circunstancias concurrentes hacen que este medio de rectificación del Registro, mucho más simplificado, no pueda ser de aplicación.

Por lo que se refiere al supuesto de este expediente, como ya señaló la Resolución de este Centro Directivo de 29 de mayo de 2019, a la hora de establecer o modificar la respectiva contribución de los propietarios en los gastos generales o en gastos determinados —sea, v. gr., por las mejoras o menoscabos de pisos o locales a que alude el artículo 3, párrafo segundo, «in fine», de la Ley sobre propiedad horizontal, sea por nuevas unidades edificadas, o bien respecto de nuevos gastos por creación de determinados servicios no previstos en el título constitutivo, etc.—, es indudable la competencia de la junta.

Resolución de 6-2-2023
BOE 8-3-2024
Registro de la Propiedad de Almoradí.

HERENCIA: TÍTULO SUCESORIO EN UNA HERENCIA SUEJTA A LA LEY RUSA. NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN FISCAL: SU EXIGENCIA RESPECTO DEL HEREDERO RENUNCIANTE.

Se analiza el título sucesorio en una herencia sujeta al derecho ruso. También se especifica que hay que consignar el NIF del heredero renunciante.

De la normativa rusa, de forma semejante a la española, que para la expedición del certificado sucesorio de herencia es necesario aportar el certificado de defunción del causante según inscripción del Registro Civil, y el certificado del Registro de Asuntos Hereditarios ruso, —registro electrónico a cargo de la Cámara del Notariado a través del Sistema Unificado de Información Notarial (artículos 31.1 y siguientes de la Ley Federal del Notariado en vigor desde 1 de julio de 2014)—. En definitiva, este certificado hace prueba de la condición de heredero y de su respectiva cuota, por lo que sirve en España para la adjudicación de bienes de herencias, aunque aquél se remita exclusivamente a los manifestados en Rusia,

y ahora se utiliza como título sucesorio para adicionar otros situados en España. Por otra parte, conforme al Reglamento Europeo de Sucesiones, según el artículo 23, la ley que rige la sucesión de un causante es única y se aplica a la totalidad de la misma. En consecuencia, debe estimarse en este punto el recurso.

En el supuesto concreto de este expediente, se ha presentado en el Registro de la Propiedad un título que, efectivamente, contiene actos por los que se transmiten derechos reales sobre inmuebles, vía hereditaria, como consecuencia de la renuncia de uno de los herederos instituidos por el causante, acto con trascendencia tributaria, debiendo por tanto reflejarse el número de identificación fiscal de todos los que participan en el mismo. Ha de tenerse en cuenta que los elementos determinantes de la subsunción en el supuesto de hecho de la norma que desencadena la exigencia impuesta en la misma son dos: o bien tratarse de un acto o contrato por el que «se adquieran, declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles», o bien tratarse de un acto o contrato distinto, pero con transcendencia tributaria. Y en cualquiera de tales casos la obligación de acreditación y constancia de los respectivos números de identificación fiscal se extiende a «los comparecientes» y a las personas o entidades en cuya representación actúen.

En definitiva, en el presente supuesto es indudable que la renuncia a la herencia es uno de los actos incluidos en el supuesto de hecho del artículo 254.2 de la Ley Hipotecaria, no sólo porque tiene indudable trascendencia para la determinación del adquirente de los bienes como heredero, sino también por su trascendencia tributaria, dado que no se trata de uno de los actos exceptuados de presentación en la oficina liquidadora conforme al artículo 33 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. En consecuencia, no cabe más que confirmar la calificación en este punto.

Resolución de 6-2-2023
BOE 8-3-2024
Registro de la Propiedad de Tías.

SOCIEDAD DE GANANCIALES: TRASLACIÓN AL PATRIMONIO PRIVATIVO DE ALGÚN BIEN.

Se entiende que es posible trasvasar del patrimonio ganancial al privativo de alguno de los cónyuges un bien sin necesidad de disolver la sociedad de gananciales.

Los cónyuges pueden no solo llevar a cabo el trasvase de un bien ganancial concreto al patrimonio de uno de los esposos empleando un negocio típico (Resoluciones de 2 de febrero de 1983 y 25 de noviembre de 2004) sino también atribuir —con efectos «erga omnes», distintos, por tanto, de la confesión del artículo 1324 del Código Civil— carácter privativo a un bien ganancial, pacten o no compensación a cargo de los bienes privativos y siempre que el desplazamiento pactado aparezca causalizado (cfr. Resoluciones de 25 de septiembre de 1990, 21 de enero de 1991, 30 de julio de 2018, 12 de junio y 17 de diciembre de 2020, 15 de enero y 8 y 9 de septiembre de 2021, 4 de julio y 30 de noviembre de 2022, 24 de mayo,

20 de junio, 7 de julio y 9 de octubre de 2023 y 15 de enero de 2024). Tampoco se duda de la facultad de los cónyuges para modificar en cualquier momento su régimen económico otorgando capítulos. Ahora bien, siendo cierto que no existe ningún precepto que exija la previa disolución de modo expreso, de la interpretación sistemática de los artículos 1344, 1392, 1393 y 1396 del Código Civil resulta inequívoco que es indispensable disolver para poder liquidar, total o parcialmente, la sociedad de gananciales.

Descartada así la primera hipótesis, debe plantearse, entonces, si cabe entender tácitamente producida la disolución de sociedad conyugal, por el hecho de haberse otorgado una «liquidación parcial», continuando los cónyuges bajo el régimen económico de gananciales. La respuesta debe ser negativa, pues el negocio jurídico propio de las capitulaciones matrimoniales se encuentra sujeto a un régimen de publicidad, garantía de terceros, que cohonesta mal con el juego de las presunciones (vid. artículos 1333 del Código Civil, 60 de la Ley del Registro Civil y 266 del Reglamento del Registro Civil, que imponen la indicación de los capítulos en el Registro Civil previa a la inscripción en el Registro de la Propiedad, y Resolución de este Centro Directivo de 28 de abril de 2005); además, si, generosamente, se hubiese admitido la tácita disolución de la sociedad de gananciales, de preceptos como el artículo 1374 o el 1435.3.º del Código Civil, se inferiría que el matrimonio se encontraría en situación de separación de bienes, incompatible con la manifestación expresa que los cónyuges vierten en la escritura calificada («sin prestar un nuevo régimen económico matrimonial»).

Resolución de 7-2-2023
BOE 8-3-2024
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 1.

HERENCIA: IDENTIFICACIÓN DEL CAUSANTE Y SU COINCIDENCIA CON EL TITULAR REGISTRAL.

No es posible inscribir una herencia en la que los datos de identidad del testador no coinciden de forma sustancial con los de la titularidad registral de la finca.

Como ha puesto de relieve este Centro Directivo (cfr., por todas, las Resoluciones de 2 de octubre de 2003, 26 de marzo de 2004, 5 de junio de 2007, 18 de octubre de 2010, 17 de agosto de 2011, 21 de marzo de 2016, 15 de febrero y 12 de septiembre de 2017, 10 de febrero y 18 de mayo de 2021 y 21 de junio de 2023), en nuestra legislación la identificación de los comparecientes en los instrumentos públicos se encomienda al notario, que habrá de realizarla por los medios establecidos en las leyes y reglamentos (artículo 23 de la Ley del Notariado). El registrador, por su parte, debe comprobar que la identidad del otorgante así determinada coincida con la del titular registral por lo que resulte de los asientos del Registro, dados los efectos de la inscripción, especialmente respecto de la legitimación y fe pública registral (cfr. artículos 9.4.ª y 18 de la Ley Hipotecaria, y 51.9.ª del Reglamento Hipotecario).

Cuestión distinta de la identidad de los sujetos de la relación jurídico inmobiliaria es la de que la eventual discrepancia entre los datos de identificación que

constan en el instrumento y los que figuran en el asiento registral pueda ser calificada por el registrador como defecto que impida la inscripción, si alberga dudas de que el otorgante o causante del acto inscribible no es el titular registral, a la vista de los datos relacionados en el correspondiente asiento y los que resulten de los títulos presentados. Ahora bien, lo anterior no justifica que en cualquier caso de discordancia, por ligera que esta sea, deba rechazarse la inscripción, toda vez que solo podrán oponerse a la inscripción del título aquellas discrepancias que, respecto de los asientos registrales, tengan suficiente trascendencia, (cfr. Resoluciones de 18 de octubre de 2010 y 17 de agosto de 2011), por ofrecer dudas razonables de falta de correspondencia entre el titular inscrito y el causante o transmitente del acto que se pretende inscribir.

En consecuencia, a la vista de los datos divergentes expuestos, no existe la acreditación de que la persona identificada en el Registro por medio de número de identidad de extranjero español sea la misma persona que en su día otorgó el testamento en el Consulado, en el que consta la causante de la sucesión y su número de pasaporte. Por tanto, pendiente de una notoriedad cuya declaración pueda ser realizada mediante el acta prevista en el artículo 209 del Reglamento Notarial, o documento semejante de la legislación mexicana, existe una duda más que razonable sobre la identidad de la titular registral y de la causante, y por ello debe ser confirmado el defecto señalado.

El tercero de los defectos, relativo a la exigencia de que se aporte certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad, está relacionado con el segundo que no ha sido recurrido. De los datos del Registro resulta la nacionalidad y residencia española de la titular registral y lo que se pretende es inscribir una finca procedente de su sucesión testada —una vez se acredita la coincidencia de personalidad—, por lo que como ha afirmado de forma reiterada este Centro Directivo (cfr. Resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente), resulta necesaria la aportación del certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad.

Resolución de 7-2-2023
BOE 8-3-2024
Registro de la Propiedad de Fuenlabrada, número 4.

HERENCIA: SUCESIÓN INTESTADA A FAVOR DEL ESTADO.

Habiéndose cumplido todos los trámites previstos en la Ley y no existiendo reclamación en contrario, ha de entenderse adecuadamente justificado el llamamiento intestado del Estado.

El registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación. Tampoco está vinculado por la calificación efectuada sobre el mismo título por otro registrador, aunque este haya sido inscrito.

No cabe duda de que un trámite esencial del expediente administrativo de declaración de heredero abintestato a favor del Estado es el relativo a la prueba de

la ausencia de parientes con derecho a heredar abintestato (cfr. artículos 954 y 956 del Código civil) (…) Ahora bien, en lo que no hay especialidad ni novedad alguna es en la exigencia de la concurrencia, como presupuesto previo necesario para la declaración a favor del Estado, de la condición negativa de la inexistencia de otras personas con derecho a heredar abintestato, hecho que ha de quedar acreditado plenamente.

En el presente supuesto, se han cumplido todas las prevenciones y exigencias de la Ley: publicaciones en el «Boletín Oficial del Estado», la Plataforma del Ministerio de Hacienda y Función Pública, el Tablón De Anuncios de los municipios de Madrid y Fuenlabrada —4 publicaciones efectuadas por cada acuerdo de incoación, de caducidad— y, en la página web por último, de la resolución por la que se nombra heredero al Estado y transcurridos los plazos legales no se han formulado alegaciones ni reclamaciones sobre la herencia. Del expediente resulta que no se ha producido reclamación alguna.

Resolución de 30-1-2023
BOE 11-3-2024
Registro de la Propiedad de Madrid, número 19.

DOBLE INMATRICULACIÓN: FINCAS INCLUIDAS EN PROCEDIMIENTO DE REPARCELACIÓN URBANÍSTICA.

El art. 10 del RD 1093/1997 ha de supeditarse a lo establecido en el 209 de la LH, con lo cual no existe obstáculo para tramitar este último procedimiento por el mero hecho de que alguna de las fincas se encuentre inmersa en un expediente reparcelatorio.

Nos encontramos ante un supuesto de doble (o múltiple) inmatriculación cuando una misma finca o parte de ella, accede al Registro en dos (o más) folios registrales distintos teniendo historiales registrales paralelos que pueden llegar a ser contradictorios. Este fenómeno constituye una patología perturbadora en los sistemas de folio real que trata de resolver la legislación hipotecaria.

Como ya ha señalado esta Dirección General (vid. Resolución de 26 de julio de 2016), tras la entrada en vigor de la nueva ley, el primer requisito para iniciar la tramitación del procedimiento de subsanación es que el registrador aprecie la existencia de doble inmatriculación. Una vez considere esta posibilidad, deberá efectuar las notificaciones y extender la nota marginal que ordena el mismo, a fin de intentar recabar todos los consentimientos precisos para proceder en la forma prevista en los apartados cuarto a séptimo del nuevo artículo 209.1 de la Ley Hipotecaria.

Ha reiterado este Centro Directivo, que siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados (vid. Resoluciones de 8 de octubre de 2005, 2 de febrero de 2010, 13 de julio de 2011, 2 de diciembre de 2013, 3 de julio de 2014, 19 de febrero de 2015 y 21 de abril de 2016, entre otras). En el caso concreto de este expediente, la registradora expone sucintamente que según los datos y documentación de la que se dispone,

de la descripción de ambas fincas no se aprecia coincidencia ni en la superficie ni en los linderos. Además, la registradora no resuelve la solicitud planteada por el recurrente de iniciar o denegar el procedimiento de doble inmatriculación, sino que traslada la competencia a la Administración actuante, por estar las fincas incluidas en un procedimiento de equidistribución urbanística.

El artículo 10.1 del Real Decreto 1093/1097, de 4 de julio, contiene una regulación especial para los casos de doble inmatriculación en los expedientes urbanísticos de equidistribución, cuando una finca de origen aparezca doblemente inmatriculada. Dicho precepto, de carácter reglamentario, debe supeditarse y conjugarse actualmente con lo dispuesto en el artículo 209 de la Ley Hipotecaria, pues ya no se trata únicamente de la nota marginal sino de un expediente registral cuyo resultado afectará indudablemente al proyecto de equidistribución. Además, si el legislador hubiera querido excluir de este procedimiento a las fincas incluidas en procedimientos de equidistribución, el artículo 209 de la Ley Hipotecaria lo hubiera dispuesto expresamente, al igual que regula un procedimiento específico para los bienes de las Administraciones Públicas. En definitiva, no existe obstáculo para la tramitación del expediente regulado en el artículo 209 de la Ley Hipotecaria cuando las fincas afectadas estén incluidas en un proyecto de reparcelación, sin perjuicio de necesidad de poner en conocimiento del promotor, en este caso, la Junta de Compensación la tramitación del procedimiento y su resolución, como parte legitimada en el expediente.

Resolución de 1-2-2023
BOE 11-3-2024
Registro de la Propiedad de Illescas, número 2.

VÍAS PECUARIAS: NOTA MARGINAL DE POSIBLE DESLINDE FUTURO.

No cabe practicar ningún asiento si la intervención del titular registral y sin que dicho asiento tenga un contenido concreto.

Con carácter previo debe recordarse que, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

A diferencia de las inscripciones, donde la doctrina y la jurisprudencia admiten la existencia de «numerus apertus» (así, los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario hablan de «cualesquiera otros derechos reales») en materia notas marginales nadie duda de que en nuestro ordenamiento jurídico rige un principio de «numerus clausus». No cabe practicar notas marginales, sino en los casos expresamente previstos en la Ley y el Reglamento Hipotecario. El procedimiento registral es de orden público.

La publicidad del procedimiento de deslinde se contempla en el artículo 8, apartado 5, de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias que dispone que «cuando los interesados en un expediente de deslinde aporten títulos inscritos en el Registro de la Propiedad sobre terrenos que pudieran resultar incluidos en el do-

minio público, el órgano que tramite dicho expediente lo pondrá en conocimiento del Registrador a fin de que por éste se practique la anotación marginal preventiva de esa circunstancia». Con independencia de la imprecisión del texto legal sobre el asiento legal («anotación marginal preventiva»), lo que resulta indudable es que la publicidad registral mediante un asiento en la finca sólo se contempla una vez iniciado el procedimiento de deslinde y con intervención de los interesados.

Por otra parte, la nota marginal previa al inicio del expediente de deslinde no está prevista en la normativa reguladora de las vías pecuarias, ni tampoco se prevé en la normativa general de las Administraciones Públicas. Así, en el procedimiento de deslinde previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre (cfr. artículo 52), se contempla la publicidad registral una vez iniciado dicho procedimiento. Ahora bien, el artículo 9, letra a), de la Ley Hipotecaria dispone que «cuando conste acreditada, se expresará por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refiera». En esta previsión legal podría tener encaje la nota marginal cuya solicitud motiva este recurso. Sin embargo, en el concreto supuesto analizado en este expediente, el contenido de la solicitud de la Administración y de la nota pretendida adolece una falta de determinación total acerca de ninguna circunstancia afectante a la finca, ya que se limita a expresar la colindancia con una vía pecuaria, lo cual ya resulta de la propia descripción de la finca (cfr. artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento); advierte la posibilidad de un eventual deslinde, sin concretar siquiera si efectivamente la finca pudiera verse afectada por ello y en qué medida; además de recordar los efectos legales del deslinde, cuestión que resulta de la propia Ley. Por tanto, tampoco puede practicarse la nota marginal solicitada al amparo de este precepto, pues no resulta una concreta calificación urbanística, medioambiental o administrativa de la finca más allá de su colindancia con una vía pecuaria y no resulta de la solicitud la intervención del titular de la finca.

Admitir una nota marginal de las características de las que pretende la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha iría en contra del principio registral de tracto sucesivo (artículo 20 de la Ley Hipotecaria), trasunto del principio constitucional de tutela judicial efectiva, pues supondría que la finca quedaría mermada en su valor por una afección indeterminada en su extensión y duración, sin haber sido oído al respecto el propio titular de dominio de la finca afectada.

Por último, es preciso señalar un error en la fundamentación del recurrente, en relación con la posibilidad de que puedan aparecer terceros protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con la superficie y linderos que se derivan de la inscripción de la base gráfica y su coordinación con Catastro. Los efectos de la inscripción de la base gráfica, ya sea catastral, o alternativa una vez coordinada con Catastro, se recogen en el artículo 10.5 de la Ley Hipotecaria que establece que: «Alcanzada la coordinación gráfica con el Catastro e inscrita la representación gráfica de la finca en el Registro, se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real». Por tanto, se presume que la finca tiene la ubicación y delimitación geográfica que resulta de la base gráfica, pero se trata de una presunción «iuris tantum» que admitirá, en todo caso, prueba en contrario

en el correspondiente procedimiento de deslinde administrativo realizado por los trámites correspondientes.

Resolución de 12-2-2023
BOE 13-3-2024
Registro de la Propiedad de Sahagún.

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: CONCRECIÓN DE LA TITULARIDAD.

Es necesario en una disolución de condominio que lo adjudicado a cada condueño sea proporcional a su cuota y respete el carácter de esa titularidad.

El principio de determinación registral exige claridad en los pronunciamientos registrales, lo que por ende supone que no existan contradicciones en el título y la especificación de la concreta causa traslativa del derecho que se pretende inscribir. Dada la naturaleza especificativa que tiene la disolución de comunidad (véase Resolución de 29 de enero de 2013) la extinción de la comunidad exige que los condóminos reciban a cambio un bien o conjunto de bienes proporcional a la participación que ostentaban en la comunidad (véase artículo 1061 del Código Civil).

En cuanto al segundo de los defectos, la misma razón lleva a la confirmación de la nota de calificación. Si una cuota en la comunidad pertenece a una persona física o jurídica, o se encuentra dentro de un régimen especial de titularidad (como pudiera considerarse el caso de una comunidad conyugal de tipo germánico como es la sociedad de gananciales ex artículo 1344 del Código Civil), dentro de los bienes o conjunto de ellos que es adjudicado a los copartícipes en las operaciones de liquidación debe respetarse la titularidad de esa persona o régimen especial de titularidad, adjudicándosele a la sociedad de gananciales la parte que le corresponde, salvo que se renuncie o se especifique la causa justificativa de la extinción de la titularidad inicial.

Resolución de 13-2-2023
BOE 13-3-2024
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 22.

DOCUMENTOS PRIVADOS: EFECTOS. CONTROL DE LOS MEDIOS DE PAGO: CALIFICACIÓN REGISTRAL.

El art. 1227 del CC prevé que en caso de fallecimiento de uno de los firmantes, el documento privado adquiera fecha fehaciente, pero no que se convierta en documento auténtico.

El artículo 1227 del Código Civil efectivamente determina la fehaciencia de la fecha de los documentos privados, en los supuestos que se contemplan en dicho precepto, diciendo que «la fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros (…)»; pero la concurrencia de dichos supuestos no atribuye a los documentos privados ninguna presunción de autoría, ni de capacidad, ni de validez de los mismos, requisitos que pueden ser obviados cuando los únicos interesados son los mismos firmantes de su elevación a público o de sus herederos, en cuanto

ellos sean los únicos y exclusivos interesados. Sin embargo, existiendo terceros interesados, como ocurre en el presente expediente, en el que existe una sustitución fideicomisaria de residuo a favor de (…), que puede resultar perjudicada por la existencia y validez del documento privado, será preciso que dicho interesado admita su autoría y validez o, en su defecto, se inste el correspondiente proceso judicial con demanda al interesado, como posible perjudicado, en el que quede indubitadamente reconocida la autoría, capacidad y validez del contrato privadamente documentado.

Civilmente, en el presente caso la existencia del contrato privado de compraventa no reduce sus efectos a las partes otorgantes sino que alcanza de forma negativa a la entidad «(…)» de Barcelona, la cual ve frustrada su expectativa de adquirir la propiedad de la finca al fallecer el titular registral sin haber vendido la finca. Por esta razón, tiene trascendencia el reconocimiento de la autoría del documento privado pues éste, como ha quedado expuesto, solo produce efectos entre los que lo hubiesen firmado y sus causahabientes y no frente a tercero. Alega la recurrente que la fecha del fallecimiento de uno de los que suscribieron el contrato da fehaciencia al documento. Pero, si bien la fecha de un documento privado no se cuenta respecto de terceros sino desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron, no significa que por el fallecimiento de los firmantes el documento devengue auténtico ni que produzca efectos en perjuicio de tercero.

En relación con la calificación registral y el cierre del Registro de la Propiedad, en los términos expresados en el artículo 254.3 de la Ley Hipotecaria, el artículo 177, párrafo quinto, del Reglamento Notarial, según redacción dada por el Real Decreto 1/2010, determina que «(…) se entenderán identificados los medios de pago si constan en la escritura, por soporte documental o manifestación, los elementos esenciales de los mismos. A estos efectos, si el medio de pago fuera cheque será suficiente que conste librador y librado, beneficiario, si es nominativo, fecha e importe; si se tratara de transferencia se entenderá suficientemente identificada, aunque no se aporten los códigos de las cuentas de cargo y abono, siempre que conste el ordenante, beneficiario, fecha, importe, entidad emisora y ordenante y receptora o beneficiaria». De cuanto antecede resulta que, según la normativa vigente, respecto de la identificación de los medios de pago empleados, el registrador en su calificación deberá comprobar que en la escritura se hayan hecho constar los extremos a que se refiere el artículo 24 de Ley del Notariado —a la que remite el propio artículo 21.2 de la Ley Hipotecaria—, según las reglas especificadas en el artículo 177 del Reglamento Notarial, y que no consta negativa alguna a aportar, en todo o en parte, los datos o documentos relativos a los medios de pago empleados.

En el presente supuesto no se expresan en la escritura calificada los medios de pago de las cuotas aplazadas ni los medios o instrumentos a través de los cuales el deudor recibió el dinero que generó la deuda; y, como ha reiterado en varias ocasiones esta Dirección General, la exigencia de identificación de los medios de pago se extiende a los reconocimientos de deuda (vid., por todas, Resolución de 2 de septiembre de 2016); todo ello en aras a evitar un reconocimiento ficticio que imposibilite los controles derivados de normativas tan esenciales como la tributaria o la de prevención del blanqueo de capitales.

Resolución de 13-2-2023
BOE 13-3-2024
Registro de la Propiedad de Cieza, número 1.

REFERENCIA CATASTRAL: REQUISITOS DE SU CONSTANCIA.

Se recuerdan los requisitos para la incorporación de la referencia catastral, a la vista de la documentación aportada.

Resulta necesario recordar la doctrina de este Centro Directivo en relación con la reiteración de calificaciones anteriores y el diferente tratamiento procedimental que les corresponde según que tengan lugar por la aportación, durante la vigencia del inicial asiento de presentación, de la misma documentación ya calificada sin documentación subsanatoria alguna, o bien con documentación complementaria o subsanatoria que, sin embargo, a juicio del registrador, no sea suficiente para levantar el obstáculo registral señalado en la calificación inicial. Debería inadmitirse si la nota fuese efectivamente la misma, pero en este caso no es así. La segunda nota de calificación no es la misma: primero, por cuanto declara en distinta fecha no subsanado el defecto a la vista de la nueva documentación aportada; pero, sobre todo, y segundo, porque la contención versa ahora no ya sobre la existencia del defecto antiguo sino sobre la habilidad del nuevo documento presentado para subsanar el apreciado en la primera nota.

Se discute sobre la constancia de la referencia catastral de una finca. Teniendo en cuenta la alteración catastral producida, existen elementos que permiten fundamentar que la parcela 338 puede ser un sobrante de la expropiación de (…), pero dado que la documentación de la expropiación no ha sido presentada, ni se ha tramitado procedimiento alguno en el que se haya dado intervención a la Administración titular del dominio público, se consideran fundadas las dudas expuestas por el registrador en su nota y en este sentido debe confirmarse la calificación. Todo ello sin perjuicio que pueda iniciarse un procedimiento de representación gráfica donde, previa notificación a la Administración afectada, puedan dilucidarse las dudas fundadas planteadas.

Resolución de 12-2-2023
BOE 14-3-2024
Registro de la Propiedad de Balaguer.

TÍTULO INSCRIBIBLE: ART. 708 LEC.

Se reitera la doctrina de la DG sobre la aplicación del art. 708 de la LEC.

El recurrente transcribe en el escrito del recurso el contenido de la demanda que inició el procedimiento ordinario que concluyó con un acuerdo transaccional homologado por auto judicial, auto luego fue objeto de ejecución en la que se dictó el auto que ha provocado el mandamiento objeto de la calificación impugnada. Como señala la reiteradísima doctrina de este Centro Directivo, estos argumentos no pueden ser tenidos en cuenta para la resolución del recurso conforme a lo dispuesto en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, ya que este tiene como objeto

valorar la procedencia de la calificación teniendo en cuenta los elementos de que dispuso el registrador para emitirla.

A la vista de lo expuesto, procede confirmar el primero de los defectos apreciados por el registrador en su calificación. Es doctrina de este Centro Directivo que lo que accede a los libros registrales es el título material por el que se produce la transmisión o la declaración del dominio que, a su vez, ha de estar consignado en un título formal de los previstos en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, por lo que sólo si el reconocimiento de dominio tiene la condición de título material transmisivo o declarativo del dominio puede acceder al Registro de la Propiedad, y por ello es necesaria la expresión de la causa (cfr. Resolución de 19 de enero de 1994). De aquí resulta que el reconocimiento de dominio efectuado sin expresión de causa carece de virtualidad traslativa y no procede su inscripción.

La misma suerte desestimatoria ha de correr el segundo de los defectos objeto de impugnación. Vuelve a plantearse ante este Centro Directivo el alcance e interpretación del artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Como resulta de diversas Resoluciones referidas en los «Vistos». Las Resoluciones de este Centro Directivo de 4 de mayo y 3 de junio de 2010 y 21 de octubre de 2014, en la línea de otras anteriores, abordaron ya esta cuestión. Según éstas, el precepto deberá ser interpretado en el sentido de que serán inscribibles las declaraciones de voluntad dictadas por el juez en sustitución forzosa del obligado, cuando estén predeterminados los elementos esenciales del negocio, pero teniendo presente que la sentencia en nada suple la declaración de voluntad del demandante, tratándose de negocio bilateral, que deberá someterse a las reglas generales de formalización en escritura pública.

Resolución de 12-2-2023
BOE 14-3-2024
Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 3.

CONCURSO DE ACREEDORES: VENTA EN FASE DE LIQUIDACIÓN.

Se admite la inscripción de la venta porque se ajusta al plan de liquidación.

Para inscribir en el Registro los actos de enajenación o gravamen de bienes o derechos que integren la masa activa del concurso será necesario que se acredite ante el registrador la obtención del oportuno auto autorizando la transmisión, por medio del correspondiente testimonio extendido por el secretario judicial que acredite la autenticidad y el contenido del citado auto, dando fe del mismo. Para inscribir la enajenación es imprescindible además que el título material en este caso la adjudicación autorizada por el juez— conste en el título formal adecuado. Resulta por tanto incontestable que es competencia y obligación del registrador de la Propiedad comprobar que el mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los titulares de los derechos inscritos en el registro cuya cancelación se ordena por el tribunal. En consecuencia, habiendo cargas inscritas sobre la finca objeto de enajenación el registrador debe comprobar que en el título calificado consta el cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los acreedores.

Para inscribir en el Registro los actos de enajenación o gravamen de bienes o derechos que integren la masa activa del concurso será necesario que se acredite ante el registrador la obtención del oportuno auto autorizando la transmisión, por medio del correspondiente testimonio extendido por el letrado de la Administración de Justicia, que acredite la autenticidad y el contenido del citado auto, dando fe del mismo.

En el supuesto de este expediente, del contenido del plan de liquidación aprobado mediante auto firme de fecha 9 de mayo de 2017, que se acompaña, y cuyo contenido obra parcialmente transcrito en la inscripción registral antes relacionada, resulta que se aprobó la venta directa como medio inicial de realización de los bienes con un plazo de seis meses y que, para el caso de que la venta directa no pudiera efectuarse, se propuso como alternativa subsidiaria la subasta judicial. No habiéndose podido llevar a cabo la venta directa del inmueble y dada la incidencia de la situación originada por el Covid, conforme al Real Decreto-ley 16/2020 y mediante auto firme de fecha 10 de junio de 2020 se autoriza a la administración concursal a la realización de bienes a través de subasta notarial electrónica. Posteriormente, frustrada también la subasta, por la administración concursal se presentó escrito de fecha 27 de noviembre de 2020, en el que, dejando constancia de lo anterior, propuso la apertura de un nuevo plazo de diez días para la recepción de ofertas de terceros interesados, retomando de esta manera el mecanismo de venta directa establecido en el plan de liquidación aprobado, con el fin de no paralizar la liquidación de los activos que restaban por enajenar. De lo anterior resulta que la venta directa inicialmente comprendida en el plan como medio de realización y retomada con posterioridad, está debidamente autorizada.

En cuanto a los restantes defectos de la nota, deben así mismo revocarse. En la providencia anteriormente citada, se hace constar así mismo lo siguiente: «se informa a la administración concursal, que, una vez otorgadas las escrituras públicas, respecto de las cargas y embargos que deban ser canceladas o levantados, deberá presentarse escrito con relación de las cargas y embargos con copia de las escrituras púbicas e indicación de haber recibido el pago». Resulta de la documentación judicial aportada la intervención de los acreedores y la cancelación expresa de los asientos registrales.

Resolución de 13-2-2023
BOE 14-3-2024
Registro de la Propiedad de Valladolid, número 2.

AUTOCONTRATACIÓN: ELEVACIÓN A PÚBLICO DE UN CONTRATO PRIVADO. HERENCIA: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN.

No cabe hablar de autocontrato en u caso en el que los herederos están realizando un acto debido, elevando a público un contrato de venta firmado por el causante. No cabe inscribir una herencia si no constan las adjudicaciones correspondientes, sino meros acuerdos de futuro.

El problema central que plantea la figura de la autocontratación consiste en la determinación del alcance que deba atribuirse a la protección de los intereses

susceptibles de ser perjudicados por una determinada forma de actuación del representante porque, al concurrir dos o más esferas jurídicas susceptibles de vinculación por una sola persona, cabe que el vínculo negocial que se constituya por ella se establezca en su provecho o en el de un tercero con detrimento de los legítimos intereses de alguno o de todos los representados.

En el presente caso no se trata del otorgamiento del acto dispositivo, sino de una escritura de elevación a público de un documento privado que ha sido suscrito por las dos representadas y debe distinguirse entre acto debido y acto de disposición. El acto debido parte de la existencia previa de un acto de disposición, razón por la cual aquél, como tal acto debido no implica acto dispositivo, sino de mero reconocimiento conforme al artículo 1224 del Código Civil y de obligado cumplimiento para las representadas conforme al artículo 1279 del propio Código. Por ello, el apoderado no ha hecho más que cumplir una obligación de sus representadas, sin que nadie ponga en duda la autenticidad del documento privado, escrito todo y firmado de puño y letra de las poderdantes, ni tampoco se niega que éstas están obligadas a prestar su consentimiento. No cabe, por tanto, asimilar el presente caso al de la escritura de adjudicación de herencia y entrega de legado de parte alícuota —como es el de legítima—, para la que sí sería necesaria la referencia a la autorización al apoderado para actuar aun en el caso de que existiera conflicto de intereses.

Respecto de la segunda de las objeciones expresadas en la calificación impugnada, según la cual la escritura no contiene ningún acto inscribible, debe tenerse en cuenta que la cualidad de inscribible de un documento se predica de aquellos que cumplen una doble exigencia, formal (titulación auténtica ex artículo 3 de la Ley Hipotecaria) y material (actos y contratos previstos en los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 4 a 33 de su Reglamento). En el presente caso el título presentado no reúne estos presupuestos, pues aun cuando se trata de una escritura pública, en ella se limita el otorgante a elevar a público determinados acuerdos sobre la determinación del activo de la herencia y sobre la fijación de la cuantía de la legítima que por vía de legado se reconoce a uno de los herederos forzosos objeto de legado así como sobre el pago de esta, y no contiene declaración de voluntad sobre la adjudicación de la finca inventariada sino un mero compromiso del legatario para una ulterior formalización de la correspondiente escritura de manifestación de herencia y adjudicación de ese bien inmueble descrito.

Resolución de 14-2-2023
BOE 14-3-2024
Registro de la Propiedad de Miranda de Ebro.

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: REGLAS.

Se aclara el alcance que ha de darse a la cláusula de renuncia que se incluye en la escritura.

Realmente, la cuestión que se debate no es relativa al tracto sucesivo como parece deducirse inicialmente de la calificación —«por constar inscrito el usufructo a nombre de persona distinta del transmitente»—, sino de la interpretación que se

dé a la renuncia efectuada en escritura por don V. G. R. En la escritura de renuncia consta que «renuncia pura y simplemente al derecho de usufructo que como cónyuge viudo pueda ostentar sobre cualesquiera bienes o participación sobre los mismos de la herencia de su esposa que a la misma correspondieran con carácter privativo como heredera de su padre don R. A. T., en especial sobre la vivienda (…) consistiendo [sic] la disposición de dichos bienes por parte de los herederos libre de usufructo universal, que será efectivo sobre otros bienes de la herencia». Como reconoce el recurrente, la redacción no es la más acertada pero, ciertamente, de su lectura resultan claras dos cosas: que renuncia al usufructo sobre la finca que se vende, y que consiente en la disposición de los bienes que se venden por parte de los herederos, libres del usufructo universal.

Resolución de 14-2-2023
BOE 14-3-2024
Registro de la Propiedad de Vigo, número 6.

BIENES GANANCIALES: EJECUCIÓN CONCURSAL.

Se determina la forma en que ha darse participación al cónyuge del concursado en la transmisión concursal de bienes gananciales.

Respecto a la alegación del recurrente sobre que la calificación revisa el fondo de la resolución judicial, hay que recordar que en cuanto al ámbito de calificación registral —artículo 100 del Reglamento Hipotecario—, se incluye la existencia de los obstáculos registrales. También con carácter previo, hay que señalar que el principio de tracto sucesivo establecido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que intenta evitar la indefensión proscrita en el artículo 24 de la Constitución Española, en su aplicación procesal y registral, implica que los procedimientos deben ir dirigidos contra el titular registral o sus herederos, y que esta circunstancia debe ser tenida en cuenta por el registrador, al estar incluida dentro del ámbito de calificación de documentos judiciales contemplado en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

El artículo 1377 del Código Civil establece lo siguiente: «Para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges. Si uno lo negare o estuviere impedido para prestarlo, podrá el Juez autorizar uno o varios actos dispositivos cuando lo considere de interés para la familia. Excepcionalmente acordará las limitaciones o cautelas que estime convenientes». Esta autorización judicial para suplir la del cónyuge que no la presta, debe ser previa al acto y específica para el mismo, y no puede ser suplida posteriormente por una aprobación del juez, pues se trataría de un acto anulable que solo cabría ser confirmado por el cónyuge cuyo consentimiento se omitió, o el de sus herederos.

La legislación concursal prevé la inclusión en la masa activa del concurso de los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado, circunstancia que debe constar en el inventario según el artículo 198.2 del mismo texto legal, atribuyéndose además a su cónyuge en dicho texto refundido el derecho de solicitar la disolución de la sociedad conyugal (artículo

125) que ya se reconocía en la Ley 22/2003 y, como novedad, el de adquirir los bienes gananciales incluidos en la masa activa mediante acuerdo sobre el precio con la administración concursal o, en su defecto, por decisión del juez (artículo 194.2 del texto refundido de la Ley Concursal).

Por tanto, desde el punto de vista registral, lo indispensable es que el cónyuge no deudor sea notificado a fin de que pueda oponerse, pedir la disolución o reclamar el pago de sus deudas propias, si las tiene, con cargo al bien ganancial. Si no lo hace, nos encontramos en el supuesto semejante al recogido para la anotación del embargo, lo que implica la vinculación del bien a las resultas del concurso. El silencio legal se produce sobre si ha de comparecer el cónyuge no concursado en la escritura, o si la falta de oposición significa su consentimiento sin haber comparecido. A este respecto procede recordar que es doctrina reiterada de este Centro Directivo, (entre otras, Resoluciones de 12 de marzo de 2014 y 11 de febrero y 13 de octubre de 2021) que si de la resolución judicial —en este caso el auto de autorización judicial para la venta— resulta que el titular registral ha tenido ocasión de intervenir en el procedimiento —en este caso en el procedimiento concursal— en los términos legalmente previstos, excede de la competencia del registrador discrepar de dicha valoración.

En el presente supuesto, de forma escueta, la escritura expresa que el titular registral «ha sido debidamente notificado de la misma sin presentar oposición», sin determinar si fue demandado o la forma en que fue notificado de manera que tuviera conocimiento exacto del alcance de su no oposición; y el auto, de forma igualmente escueta, refleja en los hechos que «sin oposición de don M. F. V.», sin detallar esa notificación que se menciona en la escritura, ni hacer alusión alguna a ella. Respecto a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, de forma lacónica consta en el auto lo siguiente: «en virtud de la existencia de un régimen de gananciales cuya disolución no ha sido interesada».

En definitiva, de la documentación presentada resulta que dicha notificación se ha producido según la manifestación que, bajo su responsabilidad, hace el administrador concursal, de no haberse producido oposición de don M. F. V., pese a haber sido notificado de la venta de la finca ganancial acordada por el Juzgado del concurso y, especialmente, del contenido del auto dictado por la magistrada-juez de dicho Juzgado autorizando la venta que se ha transcrito más arriba y del que se deduce con suficiente claridad que se ha incorporado la finca vendida a la masa activa del concurso con conocimiento del esposo de la deudora concursada y que no se ha interesado por éste la disolución de la sociedad conyugal.

Resolución de 14-2-2023
BOE 14-3-2024
Registro de la Propiedad de Tías.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Se reitera la doctrina acerca del uso del procedimiento del art. 199 LH cuando en la inmatriculación se tengan dudas sobre la identidad de la finca.

Como se ha indicado reiteradamente por este Centro Directivo, por ejemplo en su Resolución de 20 de octubre de 2022, y por los razonamientos jurídicos que en ella se contienen «(…) 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». En consecuencia, 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.

Resolución de 15-2-2023
BOE 14-3-2024
Registro de la Propiedad de Granada, número 2.

CONDICIÓN RESOLUTORIA: EJECUCIÓN.

No será necesaria la consignación para la reinscripción a favor del vendedor cuando se haya pactado cláusula penal con acuerdo de no moderación, incluso aunque haya cargas posteriores, aunque sus titulares habrán de haber sido notificados.

Del análisis de la nota objeto del recurso resulta que se señalan los motivos que, a juicio del registrador, impiden la inscripción de la escritura, y los fundamentos en los que se apoya para justificarlos —que podrán o no ser acertados—. El escrito de recurso está destinado a rebatir los argumentos en los que se fundamenta la calificación. En consecuencia, no puede entenderse que la calificación está insuficientemente motivada. El objeto del recurso contra la calificación negativa del registrador no es el asiento registral sino el propio acto de calificación de dicho funcionario, de manera que se trata de declarar si esa calificación fue o no ajustada a Derecho. El hecho de que sea el acto de calificación el que constituye el objeto del recurso tiene importantes consecuencias, entre ellas que, por imperativo legal, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador.

La reinscripción del inmueble en favor del vendedor, como consecuencia del ejercicio de la facultad de resolución pactada al amparo del artículo 1504 del Código Civil, está sujeta a determinados requisitos para salvaguardar la posición jurídica de las partes. En concreto, uno de estos requisitos es la aportación del documento que acredite haberse consignado en un establecimiento bancario o caja oficial el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución (artículo 175, regla sexta, del Reglamento Hipotecario). La moderación de la cláusula penal es renunciable, tal como consta en la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso. Así, conforme a, entre otras, las Sentencias del Tribunal Su-

premo número 310/2012, de 7 de mayo, 710/2014, de 3 de diciembre, 366/2015, de 18 de junio, 44/2017, de 25 de enero, 325/2019, de 6 de junio, y 317/2020, de 17 de junio, de una interpretación correcta del artículo 1154 del Código Civil ha de extraerse que no cabe la moderación judicial de una pena si ésta ha sido establecida para sancionar un incumplimiento concreto en el marco de la relación contractual en cuestión, en el entendimiento de que el referido precepto sólo admite la moderación judicial cuando se haya pactado la cláusula penal para el incumplimiento total y el deudor haya cumplido sólo parcialmente o extemporáneamente. Por tanto, la moderación judicial de la pena estaría prohibida, y la aplicación del artículo 1154 del Código Civil excluida, cuando las partes, en legítima realización del principio de la autonomía de la voluntad, hayan pactado de forma inequívoca atribuir la pena (en su integridad) al incumplimiento de una obligación concreta, como puede ser la de pagar una determinada cantidad en una fecha señalada específicamente.

Las partes han pactado una cláusula penal en virtud de la cual, en caso de incumplimiento de las obligaciones garantizadas, el vendedor hará suyas las cantidades percibidas, y han convenido expresamente que dicha cláusula penal resultaría de aplicación, en su totalidad, en el caso de incumplimiento parcial, total, irregular o tardío de tales obligaciones por el comprador, de manera que no haya lugar a la restitución prevista en el artículo 1123 del Código Civil; han pactado excluir la facultad moderadora de los Tribunales prevista en el artículo 1154 del mismo Código; la compradora ha aceptado la cláusula penal declarando su proporcionalidad y adecuación a la vista de la ventaja que para aquella supone el aplazamiento de pago pactado, sin devengar intereses remuneratorios en favor de la vendedora, así como los perjuicios que sufriría esta por la falta de cobro del pago aplazado del precio de la compraventa en el plazo para ello pactado y por la falta de cumplimiento por la compradora de las restantes obligaciones garantizadas; y el comprador ha renunciado, expresa e irrevocablemente, a realizar cualquier reclamación a la vendedora, judicial o extrajudicial, tendente excluir su aplicación, solicitar su minoración o retraso.

Hechas las anteriores consideraciones, debe ahora determinarse si está o no fundado en derecho el criterio del registrador según el cual tales conclusiones no son aplicables cuando existan en el Registro inscripciones o anotaciones a favor de los terceros registrales posteriores a la inscripción de la condición resolutoria expresa. Atendidos los anteriores razonamientos, así como los distintos intereses en juego en el concreto supuesto ahora analizado, este Centro Directivo estima que un pacto como el cuestionado en la calificación impugnada puede acceder al Registro de la Propiedad, sin necesidad de la consignación cuestionada; y ello aun cuando existan inscripciones o anotaciones a favor de los terceros registrales posteriores a la inscripción de la condición resolutoria expresa que hayan de ser canceladas. Solo así queda garantizado en normal desenvolvimiento extrajudicial de la facultad resolutoria que goza de la oponibilidad derivada de la inscripción. No obstante, para la debida salvaguarda de la posición jurídica de los terceros subadquirentes o titulares de derechos inscritos o anotados con posterioridad a la inscripción de la condición resolutoria, debe concluirse que será necesaria no su intervención o consentimiento, sino la oportuna notificación del ejercicio de la facultad resolutoria a fin de que ejerciten, si lo estiman conveniente —y, en su caso,

judicialmente—, los derechos que el ordenamiento les reconoce (cfr., respecto de la venta extrajudicial de finca hipotecada, el artículo 236.d.1 del Reglamento Hipotecario; y, respecto de un caso de resolución judicial de una venta, la Resolución de este Centro Directivo de 15 de noviembre de 2005). De este modo, queda conciliado el normal desenvolvimiento del pacto resolutorio, tanto en la esfera registral como extrarregistral, con la tutela judicial efectiva de los terceros, incluso con las medidas judiciales cautelares encaminadas a paralizar la reinscripción a favor del vendedor si concurren los requisitos previstos legalmente (vid. artículos 728 y 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Resolución de 15-2-2023
BOE 14-3-2024
Registro de la Propiedad de Elche, número 4.

PARCELACIONES DE FINCAS: INSCRIPCIÓN POR ANTIGÜEDAD.

Para inscribir una segregación por antigüedad es necesario aportar resolución administrativa de reconocimiento del carácter consolidado e independiente de la parcela.

Esta Dirección General en su Resolución de 17 de octubre de 2014 reconoció la analogía en la admisión de la vía de la prescripción acreditada para inscribir no sólo edificaciones, sino también divisiones o segregaciones antiguas, aplicable también en cuanto a las cautelas y actuaciones que de oficio ha de tomar el registrador, con carácter previo y posterior a la práctica del asiento.

En este caso de parcelaciones de cierta antigüedad, según se razona, presenta semejanzas con la situación jurídica en que se encuentran las edificaciones que acceden registralmente por la vía del artículo 28.4 de la actual Ley de Suelo que, como prevé el propio precepto, no requiere previa declaración municipal, mas no pueden equipararse completamente, dada la realidad fáctica que presenta la edificación existente, acreditada por certificación técnica, municipal o acta notarial, que por sí demuestra la no ejecución de medidas de restablecimiento de legalidad urbanística y el carácter eminentemente jurídico de la división o segregación, carente en principio de tal apariencia, y que pudo motivar ya un pronunciamiento expreso de la Administración descartando la incidencia de los plazos de restablecimiento de legalidad, sin que pueda constatarse a efectos registrales. Son estos últimos a los que se refiere la doctrina de la Resolución de 17 de octubre de 2014, seguida por las de 5 y 26 de mayo de 2015 y la más reciente de 19 de febrero de 2018, en el sentido de que para inscribir escrituras públicas de división o segregación de fincas es preciso acreditar a los efectos del artículo 26 de la Ley estatal de Suelo norma registral temporalmente aplicable— la oportuna licencia o declaración de innecesariedad o, para el supuesto de parcelaciones de antigüedad acreditada fehacientemente, podrá estimarse suficiente, como título administrativo habilitante de la inscripción, la declaración administrativa municipal del transcurso de los plazos de restablecimiento de legalidad o su situación de fuera de ordenación o similar, conforme a la respectiva normativa de

aplicación, por lo que así debe entenderse la aplicación analógica matizada del artículo 28.4 de la Ley de Suelo.

Respecto al título administrativo habilitante de la inscripción, este Centro Directivo —vid. Resoluciones citadas en «Vistos»— ha estimado suficiente, la declaración administrativa municipal del transcurso de los plazos de restablecimiento de legalidad o su situación de fuera de ordenación o similar, conforme a la respectiva normativa de aplicación, lo que exige analizar caso por caso el contenido del documento municipal aportado, mas no puede ser identificado necesariamente con la licencia, legalización o la declaración de innecesariedad de licencia. En el presente expediente, el interesado invoca la doctrina de este Centro Directivo para pretender la inscripción de la escritura de segregación, justificando su antigüedad del año 1998 mediante un informe técnico y una cédula urbanística municipal. Sin embargo, de tales documentos no resulta un pronunciamiento explícito del órgano con competencia urbanística que implique un reconocimiento del carácter consolidado e independiente de la parcela.

Resolución de15-2-2023
BOE 14-3-2024
Registro de Sariñena.

PARCELACIONES DE FINCAS: INSCRIPCIÓN POR ANTIGÜEDAD.

A la hora de acreditar la vigencia de los cargos de medidas de apoyo a las personas con discapacidad, se entiende que será suficiente que conste la diligencia de remisión al propio Registro Civil, si bien en este caso no cabe manifestar dudas porque hay un auto de aprobación del acto de enajenación que presupone el control judicial de dicho extremo.

Se parte del criterio general de la necesidad de que las distintas circunstancias y hechos relativos al estado civil de las personas, cuando afectan a la titularidad de los derechos inscritos o a la legitimación de los otorgantes, por afectar a la validez del acto o contrato en que intervienen, deben ser acreditados mediante certificación de su inscripción en el Registro Civil, criterio que, según dicha doctrina, aparece reforzado, además, en casos como el presente en que dicha inscripción en el Registro Civil no sólo tiene efectos probatorios y de legitimación, sino también de oponibilidad frente a terceros. En tales casos no se trata sólo de probar las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y medidas de apoyo a la persona con discapacidad, sino que, en tanto no tenga lugar su inscripción en el Registro Civil, no son oponibles frente a terceros, por lo que no deberá accederse a la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos o contratos otorgados en nombre de la persona con discapacidad por el representante —o por el afectado por discapacidad con asistencia del curador— sin aquella previa inscripción en el Registro Civil, ya que en caso contrario existe el riesgo de que se produzca una colisión entre la inoponibilidad de la medida de apoyo derivada de su falta de inscripción en el Registro Civil y la oponibilidad del Registro de la Propiedad.

No obstante, esta Dirección General recientemente (en Resolución de 31 de octubre de 2023) ha estimado necesario superar este último criterio y volver al

inicialmente sostenido en resoluciones como las de 14 de mayo de 1984 y 6 de noviembre de 2002, antes citadas, de modo que, para la práctica de la inscripción en el Registro de la Propiedad de escrituras otorgadas por el representante de la persona afectada por discapacidad —o por éste con asistencia del curador—, será suficiente la diligencia por la que se ordena remitir exhorto al Registro Civil para la inscripción del auto sobre la medida de apoyo adoptada.

En el presente caso no consta ni se reseña el hecho de haberse remitido al Registro Civil las correspondientes resoluciones judiciales relativas al nombramiento de tutora y la aceptación del cargo. No obstante, debe tenerse en cuenta que se incorpora a la escritura calificada testimonio del auto judicial de autorización a la tutora para proceder a la venta formalizada; y no puede negarse a tal documento el carácter de auténtico. Por ello, al constar en la escritura calificada el acto de control previo por parte de la autoridad judicial mediante una resolución cuyo contenido no deja lugar a dudas y ha cumplido la función de control de determinadas facultades que, en tanto que representante legal, competen a la tutora, debe concluirse que la registradora cuenta con todos los elementos precisos para calificar la autorización judicial (razón de ser del citado expediente de jurisdicción voluntaria) que constituye medio de prueba suficiente de la medida de apoyo y sobre el referido cargo y da soporte al acto dispositivo (el objeto de la inscripción) realizado por la tutora en nombre de su representada.

Estando inscrito el dominio a nombre de persona distinta de la vendedora, no cabe acceder a la inscripción mientras no se presente el título que acredite la previa transmisión efectuada en favor de aquélla, circunstancia de la que advierte el notario autorizante en la escritura calificada. Por tanto, el defecto no puede ser más que confirmado.

Resolución de 15-2-2023
BOE 14-3-2024
Registro de la Propiedad de Colmenar Viejo, número 2.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: PROTECCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

No cabe la inscripción de una base gráfica si consta informe del ayuntamiento sobre invasión del dominio público.

Los registradores deben evitar practicar inscripciones de bienes de propiedad privada que invadan en todo o en parte bienes de dominio público, inmatriculado o no, pues el dominio público, por la inalienabilidad que le define, supone, la exclusión de la posibilidad de existencia de derechos privados sobre esa concreta porción del territorio catalogada como demanial.

En el caso del presente recurso, frente a la pretensión de inscribir una determinada georreferenciación alternativa, consta oposición concluyente formulada por el ayuntamiento de Manzanares el Real a través de escrito de su alcalde-presidente. Por tanto, siendo tal oposición del Ayuntamiento concluyente, por invasión parcial del dominio público, apoyada en datos gráficos, procede,

conforme a los fundamentos jurídicos anteriores, confirmar la nota de calificación recurrida.

Resolución de 15-2-2023
BOE 14-3-2024
Registro de la Propiedad de Madrid, número 19.

DERECHO DE REVERSIÓN: CANCELACIÓN.

Se confirma la doctrina existente sobre cancelación del derecho de reversión.

Tanto la calificación recaída en su día, como la sentencia confirmatoria y la nota de calificación que ahora se recurre se fundamentan en la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en Resoluciones de 30 de marzo de 2016 y 20 de abril de 2021, sin que se haya cumplido lo dispuesto en ellas por virtud de la cual la cancelación de los derechos de reversión derivados de expediente expropiatorio seguido contra propietarios no adheridos se podrá realizar una vez se acredite la recepción de las obras, aportando certificación administrativa del acta de recepción de las mismas de forma definitiva (artículo 135 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid) —y no mediante un escrito, del que no ha sido posible comprobar su autenticidad y que se limita a la transcripción de un informe de los Servicios Técnicos de la Subdirección General de Control de la Urbanización de fecha 11 de octubre de 2023, que no da cumplimiento a la forma de cancelación admitida por la Dirección General en las Resoluciones ya expresadas—, y que hayan transcurrido cinco años desde la recepción de las obras. Al no haberse subsanado en la forma prevista en las resoluciones citadas, firmes por haber sido desestimado el recurso verbal interpuesto contra ellas, la admisión de un nuevo recurso sobre la materia significaría reabrir un procedimiento ya cerrado definitivamente, por lo que no procede sino inadmitir el recurso.

Resolución de 15-2-2023
BOE 19-3-2024
Registro de la Propiedad de Álora.

DONACIÓN: ACEPTACIÓN DE LA DONACIÓN HECHA EN FAVOR DE UN MENOR DE TRECE AÑOS.

El hecho de que un menor de trece años de edad pudiera aceptar una donación no excluye que lo puedan hacer sus padres en ejercicio de la patria potestad.

Si a partir de los dieciocho años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil (con las excepciones legales que se establezcan), por debajo de esta edad habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar, cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (artículos 1, 3 y 4 del Código Civil), y no por el recurso a una regla general de incapacidad que además no se aviene ni con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad. Esta posición, sobre

hacer inútil el artículo 626 del Código Civil, no concuerda con el tenor literal y los datos lógicos y sistemáticos en la interpretación del artículo 625 del Código Civil; si con este precepto quiso señalarse que no pueden aceptar donaciones quienes no pueden prestar su consentimiento en los contratos se hubiera formulado directamente, al modo en que lo hace el artículo 624 del Código Civil, o se hubiera omitido por resultar su contenido del artículo 621 del Código Civil; y, por otra parte —sin prejuzgar ahora acerca de la verdadera naturaleza de la donación—, no puede desconocerse su esencia de acto liberalidad que procura al donatario una ventaja patrimonial definitiva sin contraprestación o compromiso alguno por su parte, lo que necesariamente ha de repercutir en el grado de madurez exigible para aceptar. 4. Todo ello, unido al propio tenor literal del artículo 625 del Código Civil y a la interpretación a contrario del artículo 626 del Código Civil, permite entender el precepto en el sentido de proclamar como regla general la aptitud de toda persona que tenga capacidad natural de entender y querer, para aceptar donaciones.

Según esta doctrina, por tanto, debe admitirse que cualquier persona que tenga suficiente grado de discernimiento para emitir la declaración de voluntad puede aceptar donaciones salvo específica disposición en contra, como la del citado artículo 626 del Código Civil. El hecho de que un menor, por sus condiciones de madurez, tenga capacidad para aceptar una donación en ningún caso excluye la legitimación de sus padres para llevar a cabo tal aceptación, pues, como titulares de la patria potestad sobre sus hijos menores no emancipados, ostentan su representación legal para todos los actos en tanto dicha patria potestad no quede extinguida por cualquiera de las causas previstas en el artículo 169 —que no concurren en el presente caso—, sin que la aceptación de una donación se encuadre en ninguno de los supuestos excluidos de la representación legal previstos en el artículo 162, y específicamente de los contemplados en los números 1.º y 2.º del mismo, puesto que ni se trata del ejercicio de actos relativos a los derechos de la personalidad del hijo —sino que son actos de carácter económico-patrimonial—, ni existe conflicto de intereses entre los padres y el hijo; más bien lo contrario, pues no puede desconocerse su esencia de acto liberalidad que procura al donatario una ventaja patrimonial definitiva sin contraprestación o compromiso alguno por su parte, de modo que puede concluirse que es un acto realizado en exclusivo interés del menor.

Resolución de 19-2-2023
BOE 19-3-2024
Registro de la Propiedad de Badalona, número 2.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: VALOR DE TASACIÓN.

No es inscribible el decreto de adjudicación de una ejecución hipotecaria que se ha basado en un valor de tasación distinto del que aparece inscrito.

Durante la «fase de seguridad» de la hipoteca, es decir, antes de interponerse la demanda ejecutiva, es innecesario el consentimiento para la modificación del tipo de subasta por parte de los titulares registrales de cargas posteriores, ya que la inscripción del valor de tasación no atribuye por sí misma derecho alguno a esos

titulares posteriores hasta la utilización de los correspondientes procedimientos ejecutivos hipotecarios, pues, hasta ese momento, el ejecutante puede desvirtuar la expectativa que tienen a un posible sobrante acudiendo a otros procedimientos distintos a la ejecución hipotecaria para llevar a cabo la ejecución (la ejecución ordinaria o el procedimiento declarativo).No resulta permitido la inscripción de un pacto que por su naturaleza se refiere a una subasta futura, cuando en realidad la subasta ya ha tenido lugar o se está desarrollando, y con el que sólo se pretende subsanar, a posteriori, las deficiencias en las que incurrió el procedimiento de ejecución al no respetar el artículo 130 de la Ley Hipotecaria, o favorecer los intereses del acreedor en la adjudicación, ya que con ello se vulneran los derechos que del citado artículo se infieren a favor del deudor, del dueño de la finca hipotecada y de los titulares de cargas posteriores.

En el supuesto objeto de este recurso, se pretende la inscripción de un testimonio de un decreto de adjudicación hipotecaria, recaído en una ejecución de este tipo en la que se ha tenido en cuenta como tipo para la subasta, no el valor de tasación inscrito y reflejado en la preceptiva certificación registral de dominio y cargas, procedente de una modificación de la hipoteca (inscripción 6.ª), sino el valor de tasación fijado en la constitución de la misma y que ya no se encuentra vigente (inscripción 4.ª). En el procedimiento de ejecución hipotecario directo, sólo podrán salir las fincas a subasta por el tipo o valor que a efectos de subasta pactaron las partes, y figuraba como tal en el Registro de la Propiedad en el momento de iniciarse la susodicha ejecución hipotecaria, y no otro valor distinto, aunque este fuere el inicialmente pactado y se basase en el certificado de tasación que se incorporó a la escritura de concesión del préstamo hipotecario.

En este sentido, cabe traer a colación la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional número 34/2020, de 24 de febrero, que estima el recurso de amparo y declara vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española) en un supuesto en que el juzgado que tramitó la ejecución denegó la declaración de nulidad de la subasta para subsanar el error advertido en el anuncio publicado en el Portal del «Boletín Oficial del Estado», desatendiendo que la categoría asignada al inmueble objeto de licitación, la de «local comercial», era errónea, sino que se trataba de un «solar». Argumenta el Tribunal Constitucional que la confusión o error en la identificación del bien subastado puede afectar objetivamente a la transparencia y libre concurrencia en el procedimiento de ejecución, al restringir el conocimiento de los posibles postores, y afirma que «la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, que ha de procurarse mediante el cumplimiento por el órgano judicial de su deber legal de respetar lo que la ley dispone para la realización de bienes en el procedimiento ejecutivo, no puede desconocerse desviando a los recurrentes la carga de soportar los eventuales perjuicios que la incorrección de la publicidad pueda acarrear para el curso de la subasta, ni pretendiendo que los posibles destinatarios de la convocatoria realicen indagaciones adicionales no previstas por la norma ni promovidas por esta, sino todo lo contrario».

Los registradores, en estos supuestos de no utilización en el procedimiento de la tasación inscrita, no revisan el fondo de la resolución judicial, sino que se limitan a calificar la congruencia del título judicial con el procedimiento en que se ha dictado, y la existencia de obstáculos que surgen del mismo Registro, en

relación y garantía del prestatario y, también, de los titulares de asientos posteriores vigentes, quienes pueden verse afectados en sus derechos y el ejercicio de los mismos, en caso de que no se hubiera respetado, en su perjuicio, el valor a efectos de tasación que se pactó y figura en el Registro; posibilidad de perjuicio o afectación que se enmarca, como queda indicado, dentro del ámbito de la calificación registral.

Resolución de 20-2-2023
BOE 19-3-2024
Registro de la Propiedad de Güimar.

PROCEDIMIENTO DEL ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No es inscribible la base gráfica cuando existan dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

El objeto del recurso contra la calificación negativa del registrador no es el asiento registral sino el propio acto de calificación de dicho funcionario, de manera que se trata de declarar si esa calificación fue o no ajustada a Derecho. El hecho de que sea el acto de calificación lo que constituye el objeto del recurso tiene importantes consecuencias, entre ellas que, por imperativo legal, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador.

Respecto a la valoración de las alegaciones efectuadas por colindantes notificados, el artículo 199 de la Ley Hipotecaria establece que 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.

En el presente caso, el registrador una vez analizadas las alegaciones y documentos aportados por la colindante, que es titular registral y catastral, y se opone, expone la concreta duda de si la representación gráfica aportada para el expediente del 199 de la Ley Hipotecaria invade parcialmente la parcela colindante. Dicha duda se fundamenta en los contradictorios documentos aludidos que obran en el expediente y que, cuanto menos, evidencian que no es pacífica la delimitación gráfica propuesta para la finca objeto del expediente. Queda patente que existe controversia entre distintos titulares registrales colindantes acerca de la respectiva georreferenciación de sus fincas, sin que el recurso pueda tener como objeto la resolución de tal controversia, sino sólo la constatación de su existencia»; y sin perjuicio de la incoación de un proceso jurisdiccional posterior que aclare la controversia, conforme al último párrafo del artículo 198 de la Ley Hipotecaria, o de que ambos lleguen a un acuerdo en el seno de una conciliación registral del artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 20-2-2023
BOE 19-3-2024
Registro de la Propiedad de Baeza.

PROCEDIMIENTO DEL ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No es posible denegar la inscripción de la base gráfica si no existen elementos que justifiquen dudas suficientes para ello.

Si la representación gráfica georreferenciada no es inscribible por albergar el registrador dudas fundadas acerca de que con la misma se invada otra finca ya inscrita o el dominio público, lo procedente es denegar, no suspender, la inscripción.

El registrador 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. El registrador, a la vista de las alegaciones eventualmente presentadas, debe decidir motivadamente según su prudente criterio, sin que la sola formulación de oposición por alguno de los interesados tenga la virtualidad de convertir en contencioso el expediente o de impedir que continúe su tramitación. El juicio de identidad de finca que en su caso formule el registrador habrá de ser motivado, y fundado en criterios objetivos y razonados.

La especial consideración que merece la oposición de un titular registral no es óbice para que el registrador deba fundar objetivamente la nota de calificación. Con ello se trata de determinar concretamente el defecto alegado, para que el recurrente pueda, si así lo considera, interponer los recursos previstos por la Ley Hipotecaria, a la vista del defecto identificado y fundamentado por el registrador.

Toda esta doctrina nos lleva a la conclusión de que la nota de calificación emitida no ha cumplido con la doctrina reiterada de esta Dirección General, limitándose el registrador a suspender la inscripción por la mera existencia de la alegación, sin analizar la oposición planteada y sin expresar si la suspensión de la rectificación de la superficie se debe a una alteración de la realidad física amparada por el folio registral, que es el límite de la inscripción de los excesos de cabida, dado que como ha declarado esta Dirección General en Resoluciones como la de 15 de diciembre de 2023, con anterioridad a la Ley 13/2015 se permitía el acceso al Registro de fincas sin que se inscribiese su georreferenciación, por lo que su ubicación, localización y delimitación física se limitaba a una descripción meramente literaria, que adolecía de cierta imprecisión para determinar la coincidencia de la georreferenciación aportada con la finca inmatriculada con anterioridad a dicha Ley.

Resolución de 20-2-2023
BOE 19-3-2024
Registro de la Propiedad de Almería, número 3.

PROCEDIMIENTO DEL ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No es inscribible la base gráfica cuando existan dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

Como ha declarado la Resolución de esta Dirección General de 29 de noviembre de 2023, el objeto del recurso es determinar, exclusivamente, si la calificación registral negativa recurrida es o no ajustada a Derecho. Tratándose de un expediente del artículo 199.2 de la Ley Hipotecaria, no estando ante uno de los supuestos de denegación automática de la tramitación del mismo, como son la posible invasión de dominio público o la invasión de la georreferenciación registral de una finca colindante.

El registrador funda su nota de calificación en la existencia de discrepancias en el trazado del lindero oeste de la finca cuya segregación se solicita que se inscriba, como indicio de la existencia de una controversia latente. No se limita a constatar la existencia de la oposición, sino que procede a analizar la misma y como resultado de ese análisis concluye, a su prudente arbitrio, la existencia de un indicio de controversia latente sobre el trazado del lindero, que solo puede resolverse judicialmente. Dicho modo de proceder cumple con la doctrina de esta Dirección General.

Por todo ello parece que la alegación tiene la virtualidad suficiente para hacer contencioso el expediente. Y, como declaró la Resolución de 12 de diciembre de 2023, el recurso contra la calificación registral negativa no es el cauce apropiado para resolver un conflicto entre titulares registrales colindantes, cuestión que, a falta de acuerdo entre los interesados, habrá de ser resuelta en los tribunales de Justicia. En el presente caso, la falta de acuerdo entre la delimitación del trazado del lindero, puesto de manifiesto por el propio recurrente en el escrito de interposición del recurso, cuando declara que no acepta la posición de los mojones, cuya existencia se acreditan en el informe técnico, quien responde de la veracidad de sus afirmaciones, determina la existencia de un indicio de controversia latente, que determina que la actuación del registrador ha sido correcta.

Resolución de 21-2-2023
BOE 19-3-2024
Registro de la Propiedad de Málaga, número 10.

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ART. 98 LEY 24/2001.

El notario ha de expresar que ha tenido a la vista el documento auténtico del que deriva las facultades representativas.

Para entender válidamente cumplidos los requisitos contemplados en el mencionado artículo 98 en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el notario deberá emitir con carácter obligatorio un juicio acerca de la suficiencia de las facultades acreditadas para formalizar el acto o negocio jurídico pretendido o en relación con aquellas facultades que se pretendan ejercitar. Las facultades representativas deberán acreditarse al notario mediante exhibición del documento auténtico. Asimismo, el notario deberá hacer constar en el título que autoriza, no sólo que se ha llevado a cabo el preceptivo juicio de suficiencia de las facultades representativas, congruente con el contenido del título mismo, sino que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación

auténtica y la expresión de los datos identificativos del documento del que nace la representación.

El registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título. Dicho de otro modo, deberá calificar que se ha practicado la reseña de modo adecuado y que se ha incorporado un juicio de suficiencia de las facultades del representante, siendo el contenido de éste congruente con el acto o negocio jurídico documentado.

Ciertamente, podría entenderse que, si el notario autoriza la escritura añadiendo, bajo su responsabilidad, que juzga suficientes las facultades representativas «acreditadas» para otorgar la escritura de que se trata, y no hace reserva o advertencia alguna sobre la falta de exhibición de documento auténtico, es porque éste se le ha aportado (dicha exhibición es, según el mencionado artículo 98.1, el medio para «acreditar» la representación alegada). Pero, precisamente para evitar presunciones, interpretaciones dispares o discusiones semánticas, este Centro Directivo ha afirmado que, habida cuenta de los efectos y especialmente la transcendencia que la Ley atribuye a la valoración notarial de la suficiencia de la representación, se impone un mayor rigor en la precisión técnica que debe siempre exigirse a todo documento notarial (cfr. artículo 148 del Reglamento Notarial). Por ello, tratándose de escrituras de apoderamiento autorizadas por notarios españoles, se exige que el notario autorizante que emite el juicio de suficiencia haga constar que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica.

Resolución de 21-2-2023
BOE 19-3-2024
Registro de la Propiedad de Inca, número 1.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: OBJETO.

No procede la anotación de demanda si lo que se reclama es el pago de una cantidad de dinero.

Sobre lo que deba entenderse por procedimiento que pueda afectar al contenido del Registro de la Propiedad, esta Dirección General se ha pronunciado en distintas ocasiones en una doctrina que ha ido considerando, frente a una interpretación estricta del precepto que entiende que solo las acciones reales pueden provocar tal asiento, que la anotación de demanda debe practicarse en otros supuestos en los que la acción ejercitada, sin ser estrictamente de naturaleza real, puede producir directa o indirectamente, efectos reales. Y es que, en definitiva y como ha señalado la reciente Resolución de 25 de marzo de 2021, y recoge la más reciente de 20 de diciembre de 2022, «(…) no cabe desconocer que tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil se ha abierto la posibilidad de practicar anota-

ciones registrales también en los casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución (cfr. artículo 727.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)».

Lo cierto es que, aun cuando de lo expresado en la contestación a la demanda parece inferirse que habría motivos para reclamar la titularidad de todo o parte de la vivienda o incluso la rectificación del Registro, lo que se solicita por los demandantes es la inclusión de la total cantidad transferida para la compra de la vivienda en la herencia de su madre, tampoco lo primero resulta del contenido del mandamiento. Por lo tanto, debe aplicarse la doctrina de este Centro Directivo antes invocada, en el sentido de que sólo se permite la anotación de aquellas demandas en las que se ejerciten acciones reales atinentes a la propiedad o a un derecho real sobre el inmueble o acciones personales cuya estimación pudiera producir una alteración en la situación registral, pero en modo alguno pueden incluirse aquellas otras, como la ahora debatida, en las que únicamente se pretende el pago de una cantidad de dinero, sin que culminen en una resolución con trascendencia en cuanto a la titularidad de las fincas sobre las que recaigan. Cuando lo que se pretende es afectar una finca al pago de una cantidad ante el peligro de que una futura insolvencia del demandado frustre la expectativa de cobro del actor, lo procedente es una anotación de embargo preventivo o, en su caso, de prohibición de disponer, si se dan los requisitos para ello, lo que no se ha acordado en este caso.

Resolución de 21-2-2023
BOE 19-3-2024
Registro de la Propiedad de Almería, número 1.

CALIFICACIÓN REGISTRAL: MOTIVACIÓN.

La calificación debe ser íntegra y expresar la motivación suficiente, sin que pueda usarse el informe en defensa de la nota para suplir esas incorreciones.

Como señaló este Centro Directivo en su resolución de 24 de septiembre de 2020 las «consideraciones realizadas en el informe no pueden ser tenidas en cuenta. En primer lugar, la nota de calificación omite toda la motivación» que luego sí se contiene en el informe exponiendo los motivos que llevaron al registrador a la conclusión expresada en su nota de calificación. Es por ello por lo que la calificación, en los términos que se ha redactado, no puede confirmarse y por ello el recurso, que se basa precisamente en la falta de motivación suficiente de la calificación negativa, debe estimarse.

Resolución de 23-2-2023
BOE 19-3-2024
Registro de Madrid número 18.

PRINCIPIO DE ROGACIÓN: INSCRIPCIÓN PARCIAL.

No hay obstáculo para inscribir la adjudicación hecha en un proceso de divorcio a favor de uno de los cónyuges, aunque se hay establecido un derecho de

uso en favor del otro cónyuge, teniendo en cuanta que este no ha solicitado la inscripción de dicho derecho de uso.

Debe recordarse que, dado el carácter rogado que tiene la actuación registral, consecuencia de la voluntariedad de la inscripción en nuestro Derecho, este Centro Directivo ha puesto de manifiesto reiteradamente que no se puede practicar en el Registro ningún asiento —salvo casos excepcionales— sin que haya sido solicitado expresamente por los interesados (las personas enumeradas en el artículo 6 de la Ley Hipotecaria), mediante la presentación de los documentos que sean pertinentes. Con base en el art. 425 RH, la sola presentación de un documento en el Registro implica la petición de la extensión de todos los asientos que en su virtud puedan practicarse, siendo competencia del registrador la determinación de cuáles sean éstos, sin que el principio registral de rogación imponga otras exigencias formales. No puede obviarse que es admitido por este Centro Directivo que el registrador de la Propiedad practique de oficio una inscripción parcial, es decir, no mediando solicitud expresa de las partes, cuando el defecto de que se trate afecte solo a alguna de las fincas o derechos independientes objeto del negocio jurídico escriturado, o cuando la escritura pública comprenda diferentes negocios jurídicos (vid. Resoluciones de 15 de marzo de 2006, 14 de septiembre de 2016, 8 de octubre de 2018 y 8 de febrero y 19 de abril de 2023), y ello siempre que de tal inscripción parcial no se derive perjuicio para nadie.

Ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que la solicitud de inscripción, realizada por la adjudicataria, se limita únicamente al pleno dominio de las fincas atribuida a ella en el título presentado, dándose la circunstancia de que el derecho de uso se atribuyó al esposo (y no a las hijas, como erróneamente se hace constar en el acuerdo liquidatorio de la sociedad de gananciales), quien, en su condición de titular del derecho, no ha solicitado la inscripción de tal derecho a su favor —cfr. artículo 6 a) de la Ley Hipotecaria—. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que ambos derechos, pleno dominio y derecho de uso de la vivienda familiar, son derechos independientes, sometidos cada uno de ellos a especiales requisitos de constitución, configuración y determinación. Y, finalmente, en este caso no se acredita que la inscripción parcial del título presentado genere perjuicio a nadie.

En general se entiende que la posición jurídica de los hijos en relación con el uso de la vivienda familiar atribuido a uno de los cónyuges en casos de crisis matrimoniales no se desenvuelve en el ámbito de los derechos patrimoniales, sino en el de los familiares, siendo correlato de las obligaciones o deberes-función que para los progenitores titulares de la patria potestad resultan de la misma (cfr. artículo 154 del Código Civil), que no decaen en las situaciones de ruptura matrimonial (cfr. Resolución de 9 de julio de 2013).Habida cuenta de que no ha solicitado su inscripción el cónyuge a quien se atribuyó el uso de la vivienda (que es quien puede dejar sin efecto la indicada restricción si consiente, en su caso, la disposición sobre la vivienda —ex artículo 96.3 del Código Civil—), no debe impedirse la inscripción de la adjudicación dominical a la exesposa si esta lo solicita, lo que no es óbice a la subsistencia del referido derecho de uso siquiera sea sin la oponibilidad de dicha restricción como consecuencia de su falta de acceso al registro de la propiedad.

Resolución 27-2-2023
BOE 19-3-2024
Registro de Mancha Real.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

No cabe rectificar el Registro sin la intervención de todos los titulares registrales.

Debe recordarse que el procedimiento de calificación registral, siendo un acto administrativo, tiene sus normas específicas. En el supuesto concreto, ante las faltas observadas, se suspendió la inscripción, de conformidad con los artículos 19 bis, 65, 322 y 323 de la Ley Hipotecaria, prorrogándose el asiento de presentación sesenta días hábiles desde la notificación de la nota de calificación negativa, por lo que se aplicó la normativa hipotecaria, como norma especial, frente a la citada norma del artículo 68.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. La aplicación de esta normativa resulta, además, más beneficiosa para el recurrente al disponer de 60 días y no de 10 días para subsanar el defecto discutido.

Los asientos del Registro se encuentran bajo la salvaguardia de los tribunales y produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud, bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (artículos 1, 38, 40, 82 y 83 de la Ley Hipotecaria). En consecuencia, debe determinarse quién es «la parte interesada».Para esta rectificación del Registro es necesaria la concurrencia de los restantes interesados en las herencias de ambos cónyuges.

Como bien señala la registradora, las escrituras y las inscripciones causadas por ellas, relativas a las ventas realizadas por doña M. G. C., de fincas por ella adquiridas por título de herencia no determinan por sí solas que el precio adquirido en dichas ventas se invirtiera en la adquisición de las fincas registrales 9745 y 9.777. A efectos registrales, habría quedado justificada la procedencia privativa del precio empleado en la adquisición de las fincas registrales 9.745 y 9.777 si en la propia escritura pública de venta de las fincas privativas por haberse adquirido por título de herencia se hubiera procedido, a su vez, a la compra de estas dos fincas registrales por precio igual o inferior al obtenido en dichas ventas; lo que no se ha producido. Por otra parte, la confesión por el consorte no da lugar a la inscripción como bien privativo con carácter definitivo, sino que es una forma de inscripción que no puede perjudicar a los herederos forzosos del confesante ni a sus acreedores, conforme los artículos 1324 del Código Civil y 95.4 del Reglamento Hipotecario.

Resolución 27-2-2023
BOE 19-3-2024
Registro de Valencia número 10.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: CALIFICACIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN DEL SOBRANTE.

El registrador ha de calificar el reparto del precio sobrante tras la adjudicación.

El objeto del recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad y Mercantil es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa realizada por el registrador titular del Registro es ajustada a Derecho, tanto formal como sustantivamente, o, al contrario, debe inscribirse el negocio celebrado; circunscribiéndose también la resolución, exclusivamente, en cuanto a los puntos de la calificación que hayan sido objeto del recurso, y no pudiendo entrar a valorar otros posibles defectos que eventualmente contuviera la escritura o documento calificado.

Para resolver la cuestión debe partirse de las normas que regulan el pago del crédito hipotecario, el régimen de cargas y gravámenes de la finca hipotecada y el reparto del precio del sobrante del valor de adjudicación de la misma, en concreto los artículos 692, 668.2, 669.3 y 670.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De estos asientos resulta un sistema de pago al acreedor ejecutante limitado a la cantidad garantizada por la responsabilidad hipotecaria, de subsistencia de las cargas anteriores o preferentes a la hipoteca ejecutada y de purga de las cargas posteriores o no preferentes a la misma. Según la Resolución de 8 de noviembre de 2012, entre otras, de conformidad con el artículo 132.3 de la Ley Hipotecaria, está sujeta a calificación registral la correcta aplicación del precio del remate a cada uno de los conceptos garantizados, y, así, si al actor se le entregan cantidades superiores a las garantizadas por la hipoteca, el registrador debe rechazar la inscripción cuando existan terceros.

La ejecución derivada de una hipoteca preferente en rango provoca, como consecuencia inevitable del sistema de purga existente respecto de las mismas, la extinción de todas las cargas y gravámenes posteriores a ella, ya tengan este carácter por estricta prioridad registral o por pacto en relación al rango, y, consecuentemente, su cancelación registral. En consecuencia, los acreedores hipotecarios y los titulares de cargas, gravámenes o anotaciones posteriores al crédito del ejecutante deben soportar la extinción y consiguiente cancelación registral de sus garantías, derechos reales o asientos como consecuencia de la ejecución; si bien, como contrapartida, la Ley les concede también una serie de derechos. En primer lugar, les concede unos derechos procesales, como son el derecho a que se les notifique la existencia del procedimiento y el derecho a intervenir en él en defensa de su crédito, y satisfaciendo el importe del crédito, intereses y gastos reclamados antes de la subasta (artículos 659 y 689 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). También se concede a estos acreedores posteriores, el derecho a participar, en exclusiva, en la distribución del sobrante de la subasta o adjudicación, después de haberse satisfecho el crédito del actor.

Por virtud de ese mantenimiento de su garantía y de la subrogación del adjudicatario de la subasta en la responsabilidad de las cargas anteriores, los titulares de esas cargas anteriores permanecen extraños a la sustanciación del procedimiento de ejecución, no teniendo siquiera que ser notificados de su existencia, ni derecho a que se destine a su pago todo o parte del precio del remate, pues sus derechos permanecen intactos y no se ven afectados por la ejecución. Se ha discutido mucho doctrinalmente en cuanto al ámbito de esa subrogación del rematante o adjudicatario en la responsabilidad derivada de las cargas anteriores, en el sentido de si incluía o no la obligación personal garantizada, cuestión hoy resuelta en sentido negativo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La indicada subsistencia de cargas opera igual respecto de los créditos hipotecarios y demás cargas y gravámenes de igual rango, ya que el artículo 227 del Reglamento Hipotecario dispone que «se considerarán preferentes, a los efectos del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, las cargas o gravámenes del mismo rango que el crédito del actor», lo que reconduce al régimen de las cargas preferentes expuesto en el fundamento de derecho anterior. Por tanto, debe rechazarse el argumento de la recurrente de que el pacto de igualdad rango supone igualar ambos créditos hipotecarios a todos los efectos, lo que debería afectar también al reparto del sobrante, que debería aplicarse, en primer lugar, al crédito garantizado con la hipoteca de igual rango.

Es el Juzgado el que debe decidir la preferencia al cobro de los créditos, sin que los datos de la certificación registral suministren normalmente información suficiente para juzgar sobre preferencia, lo cual exige, en todo caso, audiencia a los interesados. Ahora bien, en esa decisión del reparto del sobrante el Juzgado debe ceñirse escrupulosamente a las normas del procedimiento de ejecución hipotecaria y, en este caso como ya se ha explicado, el acreedor, titular de una hipoteca de igual rango que la ejecutada, no tiene derecho a cobrar con preferencia a los titulares de cargas posteriores, y ello no constituye una cuestión de preferencia de créditos sino de cumplimiento de los trámites legales del procedimiento. En definitiva, en este supuesto, en el mandamiento de cancelación de cargas debió hacerse constar expresamente «que ha existido sobrante, y que se ha retenido ese remanente a disposición de los acreedores posteriores» (artículos 692.3 y 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y no que «el remanente se destinará, en primer lugar, al pago de la deuda pendiente del préstamo garantizado con la hipoteca de la inscripción 2.ª , por ser del mismo rango de la hipoteca ejecutada».

En conclusión, los registradores, en estos supuestos de no aplicación del régimen legal de reparto del sobrante de una adjudicación hipotecaria, no revisan el fondo de la resolución judicial, sino que se limitan a calificar la congruencia del título judicial con el procedimiento en que se ha dictado y sus trámites, así como la existencia de obstáculos que surgen del mismo Registro, al concurrir acreedores posteriores a la hipoteca ejecutada, en garantía de los derechos de esos titulares de asientos posteriores.

Resolución 27-2-2023
BOE 19-3-2024
Registro de Zafra.

PROPIEDAD HORIZONTAL: CONSTITUCIÓN DE UN USUFRUCTO SOBRE UN ANEJO.

No hay obstáculo para inscribir un usufructo sobre un trastero que es anejo de la vivienda.

En relación con la especificación de las adjudicaciones objeto de controversia, de la interpretación literal y lógica de las cláusulas de la escritura resulta que se adjudica a la exesposa el usufructo del trastero y el dominio de una participación indivisa del trece por ciento de la vivienda, y al exmarido el dominio de la restante

participación indivisa del ochenta y siete por ciento de dicha vivienda, si bien, al añadirse que la respectiva participación de la finca se adjudica «gravada con el derecho de usufructo constituido», no cabe sino entender que las adjudicaciones dominicales se realizan sin perjuicio de este derecho real de goce en la proporción correspondiente.

Respecto de la posibilidad de constituir el usufructo sobre el trastero configurado como anejo de la vivienda, cabe recordar que, según la doctrina de este Centro Directivo, es factible constituir un derecho de uso sobre alguna de las partes materiales susceptible de aprovechamiento independiente de un inmueble, y ello no es incompatible con el mantenimiento de la unidad objetiva del todo, pues no existe obstáculo jurídico a la constitución de derechos de goce, reales o personales, concretados a una sola porción material de la finca sobre la que se constituyen. Al tratarse de elementos integrantes y accesorios del piso o local, no caben negocios jurídicos exclusivos sobre el anejo, ni sobre el piso sin incluir el anejo, ni desde luego cabe asignarles cuota. No obstante, con el acuerdo unánime de la comunidad, cabe desvincular un anejo y convertirlo en piso o local susceptible de aprovechamiento independiente, siempre que reúna las características necesarias para ello. También cabe separarlo del piso o local y agregarlo a otro.

Resolución 27-2-2023
BOE 19-3-2024
Registro de San Vicente de la Barquera-Potes.

PROCEDIMIENTO DEL ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No es inscribible la base gráfica cuando existan dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

Como ha declarado la Resolución de esta Dirección General de 29 de noviembre de 2023, el objeto del recurso es determinar, exclusivamente, si la calificación registral negativa recurrida es o no ajustada a Derecho. Tratándose de un expediente del artículo 199.2 de la Ley Hipotecaria, no estamos ante uno de los supuestos de denegación automática de la tramitación del expediente, como son la invasión de georreferenciación inscrita, protegida por los principios hipotecarios, o del dominio público, pues aunque puede estar invadiéndose dominio público, como ha declarado la Resolución de esta Dirección General de 5 de mayo de 2022, si la invasión del dominio público no deriva del contraste, en la aplicación gráfica registral, de la georreferenciación aportada con la capa gráfica que contenga el deslinde formalmente aprobado del dominio público, sino que deriva de una apreciación visual al contrastar la georreferenciación aportada con la capa de la ortofotografía, o como en el presente caso de la constancia del lindero público no incorporado a la cartografía catastral, lo que debe hacer el registrador es iniciar el procedimiento del artículo 199 y notificar a la Administración.

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. El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de finca que en su caso formule el registrador habrá de ser motivado, y fundado en criterios objetivos y razonados.

El registrador funda su nota de calificación en la existencia de discrepancias en el trazado de los tres linderos de la finca, que han presentado alegaciones, valoradas como indicio de la existencia de una controversia latente. No se limita a constatar la existencia de la oposición, sino que procede a analizar la misma y como resultado de ese análisis concluye, a su prudente arbitrio, la existencia de un indicio de controversia latente sobre el trazado del lindero, que solo puede resolverse judicialmente. Dicho modo de proceder cumple con la doctrina de esta Dirección General. Por todo ello parece que las alegaciones tienen la virtualidad suficiente para hacer contencioso el expediente. Y, como declaró la Resolución de 12 de diciembre de 2023, el recurso contra la calificación registral negativa no es el cauce apropiado para resolver un conflicto entre titulares registrales colindantes, cuestión que, a falta de acuerdo entre los interesados, habrá de ser resuelta en los tribunales de justicia. En el presente caso, la falta de acuerdo entre la delimitación del trazado del lindero determina la existencia de un indicio de controversia latente, que determina que la actuación del registrador ha sido correcta. Dicha falta de acuerdo, determinante de la existencia de un indicio de controversia latente resulta del propio escrito de interposición del recurso, cuando el recurrente afirma que el muro es de su propiedad, porque fue construido y pagado por él, lo que no reconocen los colindantes en su escrito de alegaciones.

Resolución 27-2-2023
BOE 19-3-2024
Registro de Córdoba número 3.

HERENCIA: SUCESIÓN INTESTADA A FAVOR DEL ESTADO.

Habiéndose cumplido todos los trámites previstos en la Ley y no existiendo reclamación en contrario, ha de entenderse adecuadamente justificado el llamamiento intestado del Estado.

Conviene también recordar la doctrina de este Centro Directivo acerca del ámbito de la calificación registral respecto de la declaración de herederos abintestato a favor de la Administración General del Estado. El registrador puede y debe calificar las posibles discordancias entre la declaración de herederos realizada en el acta notarial (y lo mismo ha de afirmarse en el caso de la declaración administrativa de heredero abintestato a favor del Estado por identidad de razón) y lo que resulte del correspondiente llamamiento legal, así como la no acreditación de los presupuestos legales para la apertura de la sucesión intestada.

En cuanto al fondo de la cuestión planteada en el presente recurso, versa precisamente sobre la acreditación de este último extremo, esto es, la ausencia de

parientes con derecho a heredar abintestato al causante y titular registral. Como antes se ha señalado, la doctrina de esta Dirección General viene sosteniendo la posibilidad de que los registradores, dentro de los límites que señala el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, puedan calificar los expedientes administrativos de declaración del Estado como heredero intestado. Entre los aspectos a que dicha calificación se extiende se encuentra el de la realización de los trámites esenciales del procedimiento. A este respecto, es criterio consolidado de este Centro Directivo que el registrador tiene que calificar que se hayan cumplido los trámites esenciales del procedimiento administrativo. Se requiere, pues, un doble requisito: ostensibilidad de la omisión del trámite o del procedimiento y que ese trámite no sea cualquiera, sino esencial. A tal fin, la ostensibilidad requiere que la ausencia de procedimiento o trámite sea manifiesta y palpable sin necesidad de una particular interpretación jurídica.

En el caso objeto de recurso parece que es notorio que el Estado ha llevado a cabo todas las actuaciones que razonablemente son exigibles para averiguar si una persona de nacionalidad española, pero nacida en Argentina, tenía o no parientes con derecho a la sucesión intestada. Incluso, la Abogacía del Estado pidió al Juzgado de Primera Instancia número 8 de Córdoba que se practicara exhorto internacional a Argentina para tales averiguaciones, a lo que dicho Juzgado se negó mediante diligencia de ordenación de fecha 18 de octubre de 2017, porque «ya consta en autos información remitida por el Consulado de Argentina en España». Por tanto, dicho trámite esencial se ha efectuado y no puede alegarse su omisión. La pretensión expresada por la registradora de exigir una cumplida acreditación de la inexistencia de esos parientes, aparte de implicar una prueba casi diabólica de hechos negativos, supone revisar el fondo de la decisión administrativa, cuestión vedada a la calificación registral y que solo es revisable en la vía judicial.

Resolución 28-2-2023
BOE 19-3-2024
Registro de Chiclana de la Frontera número 1.

PROCEDIMIENTO DEL ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Para denegar la inscripción de la base gráfica debe tramitarse el expediente del 199 para determinar si los indicios observados inicialmente confirman las dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador,

debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el presente caso, pretendida la inscripción de la base gráfica junto la actualización de la descripción tabular, la registradora suspende la tramitación del expediente previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria al entender que, en consideración a la inscripción de previas segregaciones y de la diferencia de superficie, se estaría encubriendo modificaciones hipotecarias no tituladas. Tal conclusión adolece de más justificación que la supuesta previa medición de la finca, sin indicar siquiera la fecha de las segregaciones registradas, y el volumen del defecto de cabida pretendido. Tal cuestión ha sido ya resuelta por este Centro Directivo, al considerar que, con carácter general, debe procederse a la tramitación del oportuno expediente, resultando del mismo el criterio fundado del registrador que justifique su calificación. Excepcionalmente, el registrador podrá suspender la tramitación del mismo en aquellos supuestos que anticipe, previa a la tramitación, la calificación negativa del mismo en base a fundados argumentos justificativos.

Resolución 29-2-2023
BOE 19-3-2024
Registro de Illescas número 1.

HIPOTECA: CALIFICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DEL PRÉSTAMO.

Procede la calificación de las cláusulas relativas a las comisiones por reembolso anticipado aunque dichas comisiones no sean objeto de cobertura con la garantía hipotecaria.

Respecto del escrito de "Comunicación de defectos/obstáculos registrales. Trámite de Audiencia" emitido por el registrador, hay que recordar que, según reiterada doctrina de este Centro Directivo las normas reguladoras del procedimiento de calificación registral excluyen inequívocamente la posibilidad de una calificación verbal o con formalidades menores que las legalmente establecidas y la pretendida existencia de una fase previa de calificación material no sujeta a tales formalidades. Además, el carácter unitario que ha de tener la calificación (cfr. artículo 258.5 de la Ley Hipotecaria y 127 de su Reglamento), según la doctrina reiterada de esta Dirección General, exige que se incluyan en ella todos los defectos existentes en el documento, por lo que no es admisible someter dicho título a sucesivas calificaciones parciales, de suerte que apreciado un defecto no se entre en el examen de la posible existencia de otros en tanto aquel no sea subsanado.

Conforme a la exigencia del artículo 12.2 de la Ley Hipotecaria: «Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por la hipoteca, cualquiera que sea la entidad acreedora, en caso de calificación registral favorable de las mismas y de las demás cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización». Como el diferencial sirve para determinar «el importe de la pérdida financiera» que pudiera sufrir el prestamista, que a su vez determina la cantidad máxima de la que no podrán exceder las comisiones o compensa-

ciones ordinarias aplicables en el tráfico hipotecario (reembolso anticipado del préstamo, subrogación activa en el mismo o novación del tipo de interés variable a interés fijo), la cláusula que lo debe contener tiene la consideración de cláusula financiera. Pues bien, esa cláusula financiera, o parte de ella, que se refiere a las comisiones por reembolso anticipado y asimiladas, debe calificarse e inscribirse, con base en el citado artículo 12 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de esta Dirección General, incluso cuando tales comisiones no se encuentren garantizadas con un concepto de la responsabilidad hipotecaria específico, siendo, además, su contenido y límites de indudable interés para los futuros subrogantes, tanto activos como pasivos, en el préstamo o crédito hipotecario de que se trate.

En cuanto a la cuestión de si la falta de ese diferencial en la escritura de préstamo hipotecario constituye un defecto que impide la inscripción de la hipoteca o solo la denegación de la cláusula, o parte de la misma, que recoja las comisiones por reembolso anticipado y asimiladas, no cabe duda que debe aplicarse este último efecto en virtud del principio de conservación del contrato que impone la normativa comunitaria de protección de los consumidores en caso de existencia de cláusulas abusivas.

Resolución 4-3-2024
BOE 26-3-2024
Registro de Ontinyent.

SEGREGACIÓN DE FINCA: INSCRIPCIÓN DE LA SEGREGACIÓN RETARDADA.

Para inscribir una segregación retardada es preciso cumplir con los requisitos exigidos al tiempo de la presentación a inscripción y con el tracto sucesivo.

Como cuestión preliminar, debe recordarse la reiterada doctrina de esta Dirección General, basada en el contenido del artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, Sentencia de 22 de mayo de 2000 (vid., por todas, la Resolución de 18 de abril de 2018), según la cual el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente, por lo que atañe al presente caso, valorar las actuaciones efectuadas por los registradores que han sido o son titulares del Registro que, sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias o de otro tipo a que puedan dar lugar, son cuestiones extrañas al recurso contra la calificación registral.

Es igualmente doctrina reiterada que el recurso contra la calificación negativa del registrador no es cauce hábil para acordar la nulidad de asientos ya practicados. Una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud, por lo que su rectificación, o cancelación, exige, bien el consentimiento del titular registral, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquéllos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho (artículos 1, 38, 40, 82 y 220 de la Ley Hipotecaria).

Sobre la aplicación de los principios de tracto sucesivo y de prioridad en los casos de segregaciones retardadas, esta Dirección General ya ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones (cfr. Resoluciones 23 de septiembre de 2004, 9 de febrero de 2007 y 7 de septiembre de 2017). Pues bien, en el supuesto del presente recurso estos principios son vulnerados ya que la escritura de segregación y extinción de comunidad cuya inscripción se pretende aparece otorgada, a excepción del recurrente, por personas distintas de los actuales titulares registrales. En definitiva, no es posible inscribir la segregación ahora presentada, pues constando la finca inscrita actualmente a favor de dos titulares distintos de los que en su día segregaron, existe un obstáculo de tracto sucesivo.

En el caso de este expediente, es indudable que habrá de cumplirse con la exigencia legal de aportación preceptiva, para su calificación e inscripción, de la representación georreferenciada con coordenadas de los vértices de las fincas a las que afecte.

Resolución 5-3-2024
BOE 26-3-2024
Registro de Armilla.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PREVIA INSCRIPCIÓN A FAVOR DEL TRANSMITENTE.

Para inscribir un título es necesario que el derecho conste inscrito a favor del otorgante.

Es principio básico de nuestro Derecho hipotecario, íntimamente relacionado con los de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria, el de tracto sucesivo, en virtud del cual, para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente. Así lo establece el artículo 20 de la Ley Hipotecaria. En consecuencia, estando la finca transmitida inscrita en el Registro de la Propiedad y bajo la salvaguardia de los tribunales a favor de una persona distinta, no podrá accederse a la inscripción del título calificado sin consentimiento del titular registral (cfr. artículos 2 y 17 de la Ley Hipotecaria).

Resolución 5-3-2024
BOE 26-3-2024
Registro de Madrid número 29.

BIENES PRIVATIVOS POR CONFESIÓN: EFECTOS DE LA MUERTE DEL CONFESANTE.

No procede la aplicación del art. 95 del RH si el derecho en cuya adquisición se confesó el carácter privativo de la contraprestación fue un usufructo vitalicio.

La confesión de privatividad a que se refieren los artículos 1324 del Código Civil y 95.4 del Reglamento Hipotecario no aparece configurada en nuestro or-

denamiento como una declaración de voluntad que fije frente a todos el carácter privativo del bien al que se refiere (sin perjuicio de su posible impugnación si se efectúa en fraude o perjuicio de terceros o no se corresponde con la realidad), sino como un simple medio de prueba de esta circunstancia, que opera en la esfera interconyugal y que carece de virtualidad para desvirtuar por sí sola la presunción de ganancialidad establecida en el artículo 1361 del Código Civil (cfr. artículo 1324 del Código Civil). Por tales consideraciones se plantea el problema de determinar el régimen jurídico aplicable a estos bienes confesadamente privativos, pues si no pueden ser tratados como privativos a todos los efectos, «inter partes» y frente a terceros, tampoco pueden ser reputados inequívocamente como gananciales.

El fallecimiento del confesante tiene como consecuencia que la confesión no vincula a los legitimarios, salvo que éstos la corroboren. En otro caso, los legitimarios sólo se verán afectados si además son herederos y sólo en la parte de herencia que excediera del importe de su legítima, si bien no bastaría con invocar su condición de herederos forzosos para impugnar el carácter privativo que el causante atribuyó a los bienes adquiridos por su consorte, sino que tendrían que acreditar que con tal confesión se perjudican sus derechos legitimarios. Para ello, sería necesario practicar la partición hereditaria, con las correspondientes computaciones e imputaciones, al objeto de determinar si la confesión realizada, perjudica efectivamente la legítima, debiéndose recordar que la reducción de una donación inoficiosa no es un efecto producido «ope legis» sino que se produce a petición de quien resulte legitimado por su cualidad de heredero forzoso y por el concurso del dato de hecho de la comprobada inoficiosidad de la disposición.

Esta Dirección General ha puesto de relieve que, aunque el citado precepto reglamentario no establece distinción cuando exige, en tales casos, el consentimiento de los herederos forzosos del cónyuge confesante para la inscripción de la enajenación realizada por el supérstite, dicha regla no es aplicable cuando los derechos legitimarios aparecen configurados como un mero derecho a un valor patrimonial atribuible por cualquier título (como ocurre con la legítima en Derecho catalán conforme al artículo 451-1 del Código Civil de Cataluña). Indudablemente, esa misma solución —la no aplicabilidad del citado precepto reglamentario— sería la procedente en el Derecho civil gallego a la vista de las disposiciones de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, que atribuye a la legítima una naturaleza claramente distinta a la establecida para el Derecho común en el Código Civil.

Lo que ocurre en el presente caso es que la confesión de privatividad se refiere a la contraprestación por el derecho de usufructo comprado por la esposa en cuyo favor se verifica aquélla y la configuración de este derecho, constituido únicamente en favor de dicha señora, es determinante para resolver la cuestión planteada. Así, por fallecimiento del cónyuge que adquirió el usufructo y a cuya vida está unida la existencia de este derecho, quedará extinguido conforme al número 1.º del artículo 513 del Código Civil y consolidarán los nudos propietarios el pleno dominio siendo nulo su valor a efectos de la liquidación de la sociedad conyugal.

Resolución 5-3-2024
BOE 26-3-2024
Registro de Madrid número 53.

REQUISITOS FISCALES: CUMPLIMIENTO.

No es necesario acreditar el cumplimiento de obligaciones fiscales en un mandamiento de cancelación de embargo.

El registrador, ante cualquier operación jurídica cuya registración se solicite, no sólo ha de calificar su validez y licitud, sino decidir también si se halla sujeto o no a impuestos; pero la valoración que haga de este último aspecto no será definitiva en el plano fiscal, pues no le corresponde la competencia liquidadora respecto de los diversos tributos; no obstante, será suficiente bien para acceder, en caso afirmativo, a la inscripción sin necesidad de que la Administración Tributaria ratifique la no sujeción, bien para suspenderla en caso negativo, en tanto no se acredite adecuadamente el pago, exención, prescripción o incluso la no sujeción respecto del impuesto que aquél consideró aplicable, de modo que el registrador, al solo efecto de decidir la inscripción, puede apreciar por sí la no sujeción fiscal del acto inscribible, evitando una multiplicación injustificada de los trámites pertinentes para el adecuado desenvolvimiento de la actividad jurídica registral». Y a tal efecto, en el caso que nos ocupa ahora, es claro que un mandamiento de cancelación de una anotación de embargo queda conceptualmente excluida la posibilidad de que pueda quedar sujeto a la modalidad del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados que grava determinados documentos administrativos.

Resolución 5-3-2024
BOE 26-3-2024
Registro de Motril número 2.

PERSONAS CON DISCAPACIDAD: EFECTOS DE LA SENTENCIA JUDICIAL QUE DECLARÓ SU INCAPACIDAD.

La declaración de incapacidad producida con arreglo a la legislación entonces vigente no produce efectos retroactivos y no afecta a los actos jurídicos realizados antes.

Como puso de manifiesto este Centro Directivo en Resolución de 5 de octubre de 2016, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la sentencia de incapacitación es constitutiva y de eficacia no retroactiva (Sentencias de 23 noviembre de 1981, 19 de febrero de 1996, 27 de enero de 1998 y 11 de junio de 2001, entre otras) por lo que debe presumirse siempre la plena capacidad de las personas hasta el momento de su incapacitación. En ese sentido el Tribunal Supremo ha reiterado la validez de los actos ejecutados por el incapaz antes de que su incapacidad sea judicialmente declarada, a menos que, concreta y específicamente, se obtenga la declaración de nulidad del acto de que se trate (Sentencias de 17 de diciembre de 1960, 28 de junio de 1974 y 23 de noviembre de 1981, entre otras).

El cumplimiento de este deber notarial impone que el notario pueda y deba, al autorizar la escritura, indagar sobre la voluntad del otorgante ante la presencia

posible de un consentimiento viciado (artículo 1265 del Código Civil) o falta, puntual o permanente, de la capacidad natural de entender el significado y querer el resultado del acto, otorgado por el mayor de edad, o con la edad requerida legalmente, y sin que se hubieran adoptado medidas de apoyo.

En el presente supuesto, en el que existe juicio positivo de capacidad por parte del notario autorizante, respecto a la otorgante mayor de edad no incapacitada judicialmente en el momento de autorización de la escritura, no puede mantenerse el defecto invocado por el registrador, habida cuenta de que éste ha de desempeñar su función de calificación, aunque también se extienda a la «capacidad de los otorgantes», ateniéndose a lo que resulte de las escrituras y de los asientos del Registro de la Propiedad u otro con presunción de veracidad —cfr. artículo 18 de la Ley Hipotecaria—. Si el título presentado era perfectamente inscribible al tiempo de su autorización, toda vez que reunía todos los requisitos legalmente exigidos para ello, no puede vedarse su acceso al Registro ahora con base en el argumento esgrimido en la nota de calificación, pues ello supondría tanto como atribuir efectos retroactivos a la declaración de incapacitación.

Resolución 6-3-2024
BOE 26-3-2024
Registro de Caravaca de la Cruz.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: POSIBILIDAD DE UTILIZAR UNA GEORREFERENCIACIÓN ALTERNATIVA A LA CATASTRAL.

En una inmatriculación ex 205 LH es posible utilizar una base gráfica alternativa si la catastral implica invadir suelo de dominio público.

Esta Dirección General ya ha tenido ocasión de pronunciarse respecto a la posibilidad de la utilización de la georreferenciación alternativa en las inmatriculaciones de fincas, que debe admitirse, si hacemos una interpretación lógica del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, pues cuando el mismo dispone que la descripción del título debe coincidir exactamente con la que resulta de la certificación catastral descriptiva y gráfica incorporada al título, dicha circunstancia debe exigirse cuando la georreferenciación catastral coincide, aparentemente, con la realidad física. Por tanto, cuando la finca colindante afectada sea de dominio público se impone una previa notificación a la Administración titular de la misma, para que emita el informe correspondiente. Si ese informe fuere negativo, lógicamente, la inmatriculación no puede practicarse, pero tampoco debe impedirse que el inmatriculante pueda subsanar la inconsistencia, teniendo en cuenta el informe administrativo, para lograr la inmatriculación de la finca, que permita su incorporación al tráfico jurídico, acreditados el resto de los requisitos que exige el artículo 205.

Ciertamente, es posible que la solución más ortodoxa fuera que la Dirección General de Catastro corrigiera previamente la inconsistencia de su base de datos mediante el correspondiente procedimiento de rectificación previsto en la normativa catastral, procediéndose al ajuste masivo de todo el área o sector afectado. Pero, no es menos cierto que dicho procedimiento puede suponer una dilación temporal, que puede asumirse desde el punto de vista catastral, donde la inconsis-

tencia no afecta al cumplimiento de los fines catastrales, pero que es difícilmente asumible desde el punto de vista registral, pues las transacciones en el mercado inmobiliario se caracterizan por su celeridad y seguridad jurídica que existe el tráfico inmobiliario.

Por otro lado, si actuado lo anterior, el registrador sigue teniendo dudas en la identidad de la finca, es aplicable al caso la doctrina de las Resoluciones de esta Dirección General de 20 de octubre y 22 de noviembre de 2022, cuando declaran que «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 de la Ley Hipotecaria pueda invadir, aunque sea parcialmente fincas ya inmatriculadas, puede y debe intentar disipar o confirmar tales dudas aplicando las previsiones del artículo 199 de la Ley Hipotecaria».

Resolución 1-3-2024
BOE 27-3-2024
Registro de Murcia número 6.

HERENCIA: PARTICIÓN POR CONTADOR PARTIDOR.

Por un lado, se recuerda las limitaciones de actuación que concurren en el contador partidor, que ha de respetar en lo posible la voluntad del testador. También se admite la inscripción a favor de la herencia yacente de la viuda ya fallecida, como una inscripción transitoria hasta que sus herederos acepten su herencia.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo y criterio doctrinal unánime que la misión del contador-partidor consiste únicamente —valga la redundancia— en contar y partir, de modo que carece de facultades dispositivas, al ser las suyas simplemente particionales. Por ello ha de respetar la igualdad cualitativa en la formación de los lotes (cfr. artículo 1061 del Código Civil), evitando, en cuanto sea posible, los suplementos en metálico; aunque se ha entendido por autorizada doctrina que dicho precepto no impone una igualdad matemática absoluta, ni impone la participación de todos los herederos en cada bien de la herencia. En suma, que la regla de la igualdad es de carácter relativo y depende de las circunstancias del caso.

Ahora bien, la asignación de todos los bienes de la herencia a uno de los interesados imponiéndole la obligación de pagar los derechos correspondientes a los otros interesados en metálico supone transformar los derechos de éstos que de cotitulares de la masa hereditaria con cargo a la que, previa liquidación, han de satisfacerse sus derechos, pasan a ser titulares de un derecho de crédito frente a otro de los partícipes. Y ello implica un acto de disposición admisible en el caso de ser los interesados con facultades de libre disposición de sus bienes los que lo convinieran (cfr. artículo 1.058 CC), pero que no puede entenderse comprendida entre las de partir que al contador partidor le vienen asignadas por la ley en su condición de tal.

En el presente supuesto, la voluntad del causante resulta explicitada claramente en su testamento, en el que dispone lo siguiente: «haciendo uso de la facul-

tad que le concede el artículo 1056 del Código Civil, distribuye su herencia entre los mismos en la forma siguiente», y, a continuación, hace adjudicaciones muy precisas a cada uno de sus hijos, tal como se han relatado en los hechos y, sin embargo, en la partición se realizan por los contadores adjudicaciones que difieren de las testamentarias, como ha quedado expuesto. Y, frente a las alegaciones del recurrente, debe tenerse en cuenta que, si bien es cierto que la opción de la viuda del causante por el tercio de libre disposición imposibilita cumplir en su totalidad la voluntad del causante, no lo es menos que, finalmente, tampoco se ha cumplido su voluntad en lo posible.

El segundo de los defectos recurridos señala que, habiendo fallecido con posterioridad al causante su viuda, lo a ella adjudicado se le adjudica a la herencia yacente, que carece de personalidad jurídica y no puede ser titular registral de derechos. Ciertamente, aunque la herencia yacente carece de personalidad jurídica, es un patrimonio en situación de interinidad y sin titular determinado (algo que puede ocurrir aunque esté determinado el heredero y pueda ejercitar el «ius delationis» si éste no ha aceptado todavía la herencia). Su destino es ser adquirido por los herederos voluntarios o legales. Por ello, para determinados fines y transitoriamente, se le otorga una consideración y tratamiento unitarios. Por los anteriores razonamientos, y aun cuando no se trate de supuesto idéntico a los expresados, debe concluirse la admisibilidad de la inscripción a favor de la herencia yacente, como una situación caracterizada por la existencia de titularidad transitoriamente indeterminada hasta que los herederos ejerciten el «ius delationis» al adir la herencia. En consecuencia, este defecto ha de ser revocado.

Resolución 4-3-2024
BOE 27-3-2024
Registro de Gandía número 2.

CONCURSO DE ACREEDORES: BENEFICIO DE EXONERACIÓN DE PASIVO INSATISFECHO.

Se confirma la tesis de que el beneficio de exoneración no surte efectos respecto del hipotecante no deudor ni del tercer poseedor, no pudiendo cancelarse la hipoteca en virtud del auto que lo reconoce.

El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho para el deudor persona natural fue introducido por el artículo 178 bis de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003 como una solución de segunda oportunidad para las personas físicas, una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa. Como señala la reciente Sentencia de 2 de julio de 2019 del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo: «La finalidad de la norma es facilitar la segunda oportunidad, mediante la condonación plena de las deudas. Esta condonación puede ser inmediata o en cinco años. En ambos casos, se supedita a unas exigencias que justifiquen la condición de buena fe del deudor y a un reembolso parcial de la deuda. Este reembolso parcial debe tener en cuenta el interés equitativo de los acreedores y, en la medida de lo posible, debería ser proporcionado a los activos y la renta embargables o disponibles del deudor concursado, pues de otro

modo en la mayoría de los casos la exoneración del pasivo se tornaría imposible, y la previsión normativa devendría prácticamente inaplicable». El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho se ha mantenido en el texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, donde un solo artículo de la Ley Concursal de 2003, el 178 bis, ha dado lugar a todo un capítulo, el capítulo II del título XI del libro I. Esta regulación ha sido ya incluso objeto de modificación a día de hoy, por medio de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre.

Procede plantearse si el reconocimiento del citado beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho constituye una causa de extinción de las obligaciones o créditos a que dicho beneficio se extienda. Ante estas dificultades interpretativas, un sector doctrinal entiende que el beneficio de exoneración no produce una verdadera extinción de los créditos afectados, sino tan solo los hace inexigibles frente al deudor favorecido por esta medida. Naturalmente, para esta línea interpretativa, es plenamente coherente que el acreedor pueda seguir dirigiéndose frente a los fiadores o deudores solidarios. Si se tratase de una auténtica causa de extinción de la obligación, los codeudores solidarios también se verían liberados frente al acreedor, como ocurre en los casos a que alude el párrafo primero del artículo 1143 del Código Civil.

Sobre la base de la anterior regulación del artículo 178 bis de la Ley Concursal de 2003 existía otra postura doctrinal según la cual había de diferenciarse entre los dos tipos de exoneración que recogía dicho antiguo artículo 178 bis, entendiendo que la exoneración definitiva que regulaba el apartado 3.4.º sí que extingue de manera absoluta la deuda. Sin embargo, ya a la luz de dicha anterior regulación esta Dirección General (cfr. Resolución de 10 de diciembre de 2019) sostuvo que no parece que pueda afirmarse que los ordinales 4.º y 5.º del apartado 3 del artículo 178 bis Ley Concursal regulasen dos figuras o modalidades distintas de exoneración con efectos diferentes, sino que regulaban dos vías o formas alternativas de exoneración del pasivo insatisfecho. Al margen de la vía que tomase el deudor, los efectos que producía la exoneración respecto del deudor concursal, de los derechos de los acreedores frente a obligados solidarios y fiadores, o cómo operaba en el caso en que el concursado tuviera un régimen económico matrimonial de gananciales u otro de comunidad, debieren ser los mismos en uno y otro caso. En la nueva regulación introducida por el texto refundido de la Ley Concursal de 2020 (en su redacción original, anterior a la modificación operada por la Ley 16/2022, que no es aplicable a este supuesto, pues esta ley es posterior al auto por el que se declara la conclusión del concurso y la concesión del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho en este caso), no cabe duda de que la no extensión del beneficio de exoneración respecto de los fiadores, avalistas y deudores solidarios es aplicable tanto al régimen general de exoneración de la sección segunda del capítulo II del título XI del libro I como al régimen especial de exoneración por la aprobación de un plan de pagos de la sección tercera.

No contiene el texto refundido de la Ley Concursal referencia alguna a los efectos de este beneficio de exoneración respecto del hipotecante no deudor o el tercer poseedor de la finca hipotecada. Es cierto que hay importantes diferencias entre los fiadores y los hipotecantes no deudores —o en su caso, los terceros po-

seedores de los bienes hipotecados, sin que se pueda sostener, como después se expondrá, que existan diferencias a estos efectos entre hipotecante no deudor y tercer poseedor—. Ello, no obstante, debe tenerse en cuenta que también existen importantes puntos en común, dado que ambos son garantes de una deuda ajena, el fiador con toda su responsabilidad patrimonial universal, y el hipotecante no deudor con la afección del bien hipotecado. Teniendo en cuenta finalmente la necesaria interpretación teleológica, una extensión del beneficio al hipotecante no deudor sería ajeno a la finalidad de la norma. Por la misma razón que tampoco alcanza el beneficio al fiador o avalista: porque la finalidad de la norma es facilitar la segunda oportunidad al deudor y porque también hay que respetar el interés equitativo de los acreedores.

Esta equiparación legal de los fiadores y avalistas del deudor con los hipotecantes no deudores, a los que se deben asimilar a estos efectos los terceros poseedores, que aparece en el vigente artículo 492 del texto refundido de la Ley Concursal, no puede considerarse aplicable únicamente a la exoneración de pasivo insatisfecho regida por dicho artículo, introducido por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, sino también a los que, como el que nos ocupa, les era de aplicación el artículo 502 del mismo texto refundido en su redacción inicial, en la medida en que responde a un criterio jurisprudencial sólidamente cimentado, si bien referido a la eficacia del convenio de acreedores, como se desprende de las Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo números 549/2012 y 586/2021.

Tampoco la normativa hipotecaria permitiría cancelar la inscripción del derecho real de hipoteca con base en la instancia privada presentada. La cancelación de una hipoteca está sometida a la regla general establecida por el párrafo primero del artículo 82 de la Ley Hipotecaria. De acuerdo con esta norma, aunque la obligación asegurada por la hipoteca se haya extinguido, la cancelación de la inscripción requiere que el acreedor titular registral de la garantía otorgue la oportuna escritura pública o que, tras la tramitación de un procedimiento judicial en el que dicho acreedor haya sido parte, se dicte sentencia firme que ordene la cancelación. Aun el caso de que se pudiese considerar competente al juez del concurso para ordenar la cancelación —o quizás precisamente por no ser competente para ello— el auto de reconocimiento del beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho en favor de la deudora hipotecaria concursada presentado no contiene pronunciamiento expreso sobre la eventual cancelación de las hipotecas.

Por último, la finca también se encuentra gravada con una anotación preventiva de embargo letra A, a favor de «Banco Santander, SA», prorrogada por la C y por la D, siendo la última prórroga de fecha 25 de abril de 2019, cuya cancelación «por declaración judicial de extinción de los derechos o anotaciones inscritas», tal como solicita el recurrente en su instancia, tampoco procedería, por las mismas razones expuestas, pero dado que, atendida la fecha de la última prórroga practicada, la anotación de embargo se encuentra caducada en el momento de presentación de la instancia, podría ser cancelada mediante la solicitud de expedición de certificación de cargas o al practicar cualquier asiento relativo a la finca o derecho afectado, conforme al artículo 353.3 del Reglamento Hipotecario.

Resolución 5-3-2024
BOE 27-3-2024
Registro de El Puerto De Santa María número 1.

REQUISITOS FISCALES: CUMPLIMIENTO. RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Se confirma la doctrina que exige acreditar el cumplimiento de los requisitos fiscales, incluso en los casos de exención. También se recuerda que para rectificar un asiento se necesita el consentimiento de los titulares registrales o resolución judicial.

Son numerosas las ocasiones en las que este Centro Directivo (vid. Resoluciones recogidas en los «Vistos») ha analizado el alcance del denominado cierre registral por no acreditar el cumplimiento de las obligaciones fiscales, tanto en relación a los Impuestos sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados y de Sucesiones y Donaciones, como respecto al Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (Plusvalía).

La doctrina mantenida por este Centro Directivo ha establecido que el registrador, ante cualquier operación jurídica cuya registración se solicite, no sólo ha de calificar su validez y licitud, sino decidir también si se halla sujeto o no a impuestos; la valoración que haga de este último aspecto no será definitiva en el plano fiscal, pues no le corresponde la competencia liquidadora respecto de los diversos tributos; no obstante, será suficiente bien para acceder, en caso afirmativo, a la inscripción sin necesidad de que la administración fiscal ratifique la no sujeción, bien para suspenderla en caso negativo, en tanto no se acredite adecuadamente el pago, exención, prescripción o incluso la no sujeción respecto del impuesto que aquel consideró aplicable, de modo que el registrador, al sólo efecto de decidir la inscripción, puede apreciar por sí la no sujeción fiscal del acto inscribible, evitando una multiplicación injustificada de los trámites pertinentes para el adecuado desenvolvimiento de la actividad jurídica registral. Por tanto, en caso de resultar exento el negocio objeto de calificación, será necesario aportar la correspondiente liquidación realizada por el sujeto pasivo o su representante legal para que no resulte aplicable el cierre registral previsto en los artículos 254 y 255 de la Ley Hipotecaria. Por todo ello no cabe sino confirmar la nota de calificación recurrida en cuanto a este defecto.

Procede recordar la doctrina ya elaborada por esta Dirección General a través de los preceptos de la Ley y del Reglamento Hipotecarios y de las Resoluciones relativas a la rectificación del Registro, partiendo de un principio esencial y que constituye un pilar básico en nuestro Derecho hipotecario que afirma que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria). Por ello, como ha reiterado este Centro Directivo (cfr., las Resoluciones en «Vistos»), la rectificación o cancelación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial

recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho.

Resolución de 11-3-2024
BOE 11-4-2024
Registro de la Propiedad de Madrid, número 2.

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO: REQUISITOS.

Se reitera la doctrina del Centro Directivo en relación con diferentes requisitos para la inscripción de un expediente de reanudación de tracto.

Como cuestión previa debe recordarse la doctrina de este Centro Directivo relativa al alcance del recurso y a los documentos que pueden ser tenidos en consideración. Señala el primer párrafo del artículo 326 de la Ley Hipotecaria que el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

Se impone una interpretación restrictiva de las normas relativas al expediente de reanudación del tracto y en especial de las que definen la propia hipótesis de interrupción de tracto, de modo que sólo cuando efectivamente concurra esta hipótesis y así resulte del título calificado, puede accederse a la inscripción. En el caso que ahora se analiza resulta del acta notarial que las personas que inician el expediente han adquirido su titularidad por medio de escritura de compraventa otorgada ante la notaría autorizante del acta el día 9 de junio de 2023, bajo el número 1.472 de protocolo. Se manifiesta igualmente que la vendedora en la referida escritura había adquirido la titularidad por herencia de sus padres y de su hermana, los cuales, a su vez, habían comprado en documento privado a los titulares registrales. En consecuencia, existen dos transmisiones anteriores a la escritura por la que han adquirido los promotores del expediente que no han accedido al Registro y de las que no se dispone del título público inscribible. Se cumplen de esta manera los presupuestos señalados en la regla primera del artículo 208 de la Ley Hipotecaria.

Como ya señaló este Centro Directivo en su Resolución de 24 de septiembre de 2021, «el último párrafo del artículo 285 del Reglamento Hipotecario dispone que "no se podrá exigir al promotor del expediente que determine ni justifique las transmisiones operadas desde la última inscripción hasta la adquisición de su derecho". Si bien dicho precepto resulta aplicable al expediente de dominio judicial anterior a la reforma operada por la Ley 13/2015, la doctrina de este Centro Directivo resulta igualmente aplicable al nuevo expediente notarial. Por tanto, este segundo defecto relativo a la aportación fehaciente de todos los documentos de la cadena de titularidades no puede mantenerse.

En el presente caso, teniendo en cuenta que la última inscripción de dominio data del día 5 de noviembre de 1957, se incorpora al acta notarial copia del edicto publicado en el «Boletín Oficial del Estado» del día 18 de agosto de 2023 dirigido

nominalmente a los titulares registrales de la finca, según resulta de su inscripción 14.ª , o, en su defecto, a sus herederos. Se cumple así con lo que la doctrina de esta Dirección General ha señalado al respecto, considerando que la última inscripción de dominio tiene más de treinta años de antigüedad: citar a los titulares registrales nominativamente, aunque sea por edictos, y a sus herederos de forma genérica cuando de estos no conste su identidad, como ocurre en este caso. Procede, en consecuencia, estimar el recurso también respecto de este último defecto.

Resolución de 11-3-2024
BOE 11-4-2024
Registro de la Propiedad de Vitoria, número 5.

DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS PROCEDIMIENTOS DE SEPARACIÓN O DIVORCIO: EFECTOS.

Se reitera la doctrina del Centro Directivo en relación con la naturaleza y alcance del derecho de uso de la vivienda familiar en los casos de separación y divorcio.

Según la reiterada doctrina de este Centro Directivo, al abordar la naturaleza jurídica del derecho de uso sobre la vivienda familiar regulado en el artículo 96 del Código Civil, lo procedente es considerarlo como un derecho de carácter familiar y, por tanto, ajeno a la distinción entre derechos reales y de crédito, ya que ésta es una clasificación de los derechos de carácter patrimonial, y el expresado derecho de uso no tiene tal carácter patrimonial, sino de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda (cfr. el último párrafo del citado precepto).

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

Conforme al principio de especialidad o determinación registral (cfr. los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario), todo derecho que acceda o pretenda acceder al Registro debe estar perfectamente diseñado y concretado en lo que a sus elementos personales y reales se refiere. Y tratándose de derechos de vida limitada, como es el derecho de uso, una de las circunstancias que debe concretarse por los interesados es su duración o término, ya sea esta fija o variable. En consecuencia, puede apreciarse de la doctrina jurisprudencial, en el marco del Derecho común, un diferente tratamiento del derecho de uso sobre la vivienda familiar cuando existen hijos menores, que no permite explícitas limitaciones temporales —si bien, resultarán de modo indirecto— que cuando no

existen hijos o éstos son mayores, pues en este último caso, a falta de otro interés superior que atender, se tutela el derecho del propietario, imponiendo la regla de necesaria temporalidad del derecho.

En el presente caso, en el asiento de inscripción el registrador hace constar únicamente que por la sentencia de divorcio se aprueba el convenio regulador, suscrito el día 9 de noviembre de 2009, en el que se adjudica la finca referida a los excónyuges, por mitades indivisas, a cuyo favor la inscribe «por título de adjudicación en la liquidación de la sociedad de gananciales con la atribución del uso de la misma a los hijos N. y A.». No obstante, si —como será altamente probable, por la fecha del convenio regulador— son mayores de edad, el derecho de uso se habría extinguido, pues, como ha afirmado recientemente el Tribunal Constitucional en Sentencia 12/2023, 6 de marzo de 2023, no existe «razón suficiente para seguir adjudicándoles el uso de la vivienda familiar, cuando tal necesidad de habitación está cubierta con su derecho de alimentos ex artículo 142 CC o cuando, como en el supuesto enjuiciado, en uso de su libertad han decidido vivir con un progenitor en vez de con otro, pues el artículo 96.1 CC, como expresa la sentencia de apelación impugnada otorga la prioridad a uno de los cónyuges en tanto sea custodio de los hijos menores, pero cuando tal responsabilidad cesa, no existe razón de peso para mantener esta regla, cuando las necesidades de los hijos quedan cubiertas, que es lo que ocurre en el presente caso». Bastaría por tanto con acreditar la mayoría de edad de los hijos titulares del derecho de uso. Si aun fueran menores, cabría modificación del convenio regulador si así lo aprobara el juez (ex artículo 91 del Código Civil), pero entretanto sólo cabría disposición del pleno dominio del inmueble si así lo autorizara el juez o si los menores fueran mayores de dieciséis años y lo consintieran en documento público (artículo 166 del Código Civil). También cabría disposición del inmueble por los padres con subsistencia del derecho de uso inscrito a favor de los hijos menores, que por la inscripción se hace oponible a terceros (artículo 96 del mismo Código).

Resolución de 12-3-2024
BOE 11-4-2024
Registro de la Propiedad de Pozuelo de Alarcón, número 2.

DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS PROCEDIMIENTOS DE SEPARACIÓN O DIVORCIO: TRACTO SUCESIVO.

Para inscribir el derecho de uso de la vivienda familiar en los casos de separación y divorcio es necesario que el titular registral de la finca haya intervenido en el procedimiento.

Según la reiterada doctrina de este Centro Directivo, al abordar la naturaleza jurídica del derecho de uso sobre la vivienda familiar regulado en el artículo 96 del Código Civil, lo procedente es considerarlo como un derecho de carácter familiar y, por tanto, ajeno a la distinción entre derechos reales y de crédito, ya que ésta es una clasificación de los derechos de carácter patrimonial, y el expresado derecho de uso no tiene tal carácter patrimonial, sino de orden puramente familiar para

cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda (cfr. el último párrafo del citado precepto).

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

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, desde el punto de vista de la legislación registral, el derecho de uso de la vivienda familiar no puede inscribirse si el bien está inscrito a favor de un tercero que no interviene en el procedimiento, por falta de tracto, pues, de otro modo, se quebrantaría el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de derechos e intereses legítimos y proscripción de la indefensión (cfr. artículo 24 de la Constitución Española), así como los principios registrales de salvaguardia judicial de los asientos (cfr. artículos 1 y 40 de la Ley Hipotecaria), de legitimación (cfr. artículo 38 de la misma ley), y tracto sucesivo (cfr. artículo 20 de la repetida ley), los cuales impiden inscribir un título no otorgado por el titular registral o resultante en un procedimiento en el que no ha sido parte.

En el presente caso, el magistrado-juez que dicta la sentencia se ha limitado a aprobar el convenio regulador, en tanto no resulta dañoso para ninguno de los hijos menores ni gravemente perjudicial para ninguno de los cónyuges. Y en dicha sentencia de divorcio no se hace pronunciamiento alguno sobre la propiedad de las participaciones de la sociedad titular registral. Por último, alega la recurrente que dicha sociedad es una sociedad familiar y su capital social pertenece exclusivamente a quienes fueron parte en el procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo. Pero, como ha quedado expuesto, los efectos del procedimiento de separación no pueden ir más allá de las partes —que son los cónyuges— ni, conforme al artículo 90 del Código Civil, de los hijos, y dicha sociedad titular registral no ha sido parte en el procedimiento. Tampoco se ha acreditado que los cónyuges sean sus únicos propietarios y el marido su representante, ni que, como tal haya consentido la atribución del derecho de uso.

Resolución de 12-3-2024
BOE 11-4-2024
Registro de la Propiedad de Castro del Río.

HERENCIA: PARTICIÓN REALIZADA POR CONTADOR PARTIDOR DATIVO CON CAPITALIZACIÓN DE LOS DERECHOS LEGITIMARIOS DE LA VIUDA.

Se abordan diferentes problemas que surgen en una partición de herencia realizada por contador partidor dativo en la que se mezclan problemas de capitalización de la legítima de la viuda y de un legado de un derecho de uso y habitación.

Respecto de la distinta calificación realizada con respecto a las de otros registros, hay que recordar que es doctrina reiterada de este Centro Directivo que el registrador, al ejercer su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, habida cuenta del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos.

Otra cosa es que la calificación para inscribir el documento respecto de una finca lo sea por referencia a actos que afectan a otra ya inscrita. En este punto, la calificación del documento es unitaria, por lo que los defectos del mismo pueden ser señalados con independencia de que afecten directamente a otra finca de distinta demarcación registral. Ahora bien, hay que recordar respecto de esa otra inscripción realizada que, toda la doctrina elaborada a través de los preceptos de la Ley y del Reglamento Hipotecarios y de las resoluciones de este Centro Directivo relativa a la rectificación del registro parte del principio esencial según el cual los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria). Por ello, como ha reiterado este Centro Directivo (cfr., por todas, las Resoluciones de 2 de febrero de 2005, 19 de diciembre de 2006, 19 de junio de 2010, 23 de agosto de 2011 y 5 y 20 de febrero y 27 de marzo de 2015), la rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho.

La especial cualidad del legitimario en nuestro Derecho común, caso de que exista en una sucesión, hace imprescindible su concurrencia para la adjudicación y partición de la herencia, a falta de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de la misma (artículo 1057, párrafo primero, del Código Civil), de las que resulte que no perjudica la legítima de los herederos forzosos. Como afirmó esta Dirección General en Resolución de 2 de agosto de 2016, cuando la legítima es pars hereditatis, pars bonorum o pars valoris bonorum, el legitimario, aunque no haya sido instituido heredero ni nombrado legatario de parte alícuota, puede podrá reclamar judicialmente la división de la herencia y participar en la partición hereditaria si el testador no la hubiere efectuado por sí mismo ni la hubiere encomendado a contador-partidor.

No hay que olvidar un extremo ciertamente relevante: las reglas que gobiernan la partición realizada por el contador-partidor dativo en principio deben ser iguales a las del contador-partidor testamentario, pues no ostenta mayores facultades, pero tampoco menores que las de aquel. En el presente caso, las anteriores consideraciones no pueden impedir la inscripción pretendida porque la partición es realizada por el contador-partidor dativo. Como ha quedado expuesto, el contador-partidor dativo ha confeccionado el cuaderno particional, que no requiere de la aprobación de los herederos y legitimarios si es aprobada por el notario. Por tanto, la primera argumentación de la calificación, referida a la necesidad de la intervención de la viuda en su calidad de «heredera legitimaria», debe decaer.

El artículo 839 del mismo código atribuye a los herederos la facultad de conmutación de la cuota legal usufructuaria del cónyuge mediante la asignación de una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo, debiendo proceder de mutuo acuerdo o, en su defecto, por virtud de mandato judicial. Añadiendo el artículo que, en tanto esta conmutación no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago del usufructo. En el supuesto concreto, viuda de segundas nupcias que no es madre de los herederos, este artículo es completado por el artículo 840 del mismo texto legal que dispone que «cuando el cónyuge viudo concurra con hijos sólo del causante, podrá exigir que su derecho de usufructo le sea satisfecho, a elección de los hijos, asignándole un capital en efectivo o un lote de bienes hereditarios». Si bien el ejercicio de la facultad de conmutar compete a los herederos, con posibilidad de escoger la modalidad de la conmutación, esta requiere el consentimiento del cónyuge viudo en relación con la valoración de su derecho y la concreción de los bienes afectos a su pago, según Resolución de esta Dirección General de 3 de febrero de 1997 reiterada por otras (vid. «Vistos») y la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2001. En defecto de conformidad con el viudo se habrá de acudir a la decisión judicial.

Es criterio doctrinal unánime que la misión del contador-partidor consiste únicamente —valga la redundancia— en contar y partir, de modo que carece de facultades dispositivas, al ser las suyas simplemente particionales. Ahora bien, lo que sí es comúnmente admitido es que el contador-partidor no tiene la facultad de realizar la conmutación del usufructo del viudo, pues ello excedería de la facultad de realizar la «simple partición» de la herencia a la que se refiere el artículo 1057 del Código Civil (cfr. en este sentido Resoluciones de este Centro Directivo de 17 de mayo y 18 de diciembre de 2002 y 8 de octubre de 2013, esta última referida al ámbito de facultades del cónyuge viudo titular de un poder testatorio pudiera adjudicarse bienes en pago de su usufructo). Postura también seguida por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de junio de 2011. Por lo demás, en este caso se ordenó en el testamento un legado de uso de una vivienda siendo también criterio unánimemente admitido que el contador-partidor carece de facultad de realizar elección alguna, como tampoco la tiene en general para elegir en los legados alternativos.

En cuanto a la naturaleza del legado, da por supuesto la registradora que se trata de un legado de cuota legal usufructuaria, con lo que aboca el defecto a la conmutación del usufructo. Esta aseveración requiere necesariamente una interpretación de la disposición ordenada por el testador, que se trata de un legado de «un derecho de uso de la vivienda que actualmente le sirve de domicilio a su actual esposa Doña R. R. G., con cuyo legado se entenderán pagados sus derechos legitimarios». La registradora ha interpretado que se trata de un legado de cuota legal usufructuaria. El contador-partidor ha interpretado y considerado que se trata de un legado de derecho de uso con cargo a los derechos legitimarios.

En la partición consta que, a la viuda, en la herencia de su esposo, «el pago de los derechos del usufructo, se realizarán en los términos previstos por los artículos 839 y 840 del Código Civil para su pago en metálico por los herederos»; lo que no aclara si se hace o no conmutación. Lo cierto es que a la viuda se le adjudica por el contadorpartidor metálico que sí consta en el inventario de la herencia, y ella no ha tomado iniciativa alguna para reclamar su legado de uso de la vivienda, de manera que nada ha manifestado al respecto habiendo sido notificada en todas las fases

del procedimiento. Por tanto, existen razones para considerar que la adjudicación hecha por el contadorpartidor dativo es la correspondiente a su legítima, y con metálico de la herencia, sin perjuicio de que en el futuro pueda reclamar la entrega del legado, que, como se verá, por la naturaleza de su objeto, es sobre cosa ajena.

En principio, ninguna dificultad existe en la posibilidad de adquirir una cuota indivisa del derecho de habitación de una vivienda, lo cual, no obstante, plantearía todos los problemas comunes de cotitularidad sobre un derecho y el específico derivado de la detentación posesoria que conlleva el derecho de habitación, siendo así que, como alega el notario recurrente, no cabe que el derecho de habitación recaiga sobre la mitad indivisa de la vivienda, por cuanto el derecho real de habitación al serle consustancial la facultad de ocupar (físicamente) a su titular en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia, no es posible que recaiga sobre una mitad indivisa de la casa, lo cual no debe confundirse con la posibilidad de que se le adjudique a la viuda una mitad indivisa del derecho de habitación de la casa.

La tercera nota particular en este legado es que la propiedad del inmueble sobre el que recae no pertenecía íntegramente a la masa de la herencia. Al ser ganancial del primer matrimonio, la mitad pertenece a los herederos por la herencia de su madre y la otra mitad por la del testador. Como bien alega el notario recurrente, por aplicación del artículo 1380 del Código Civil, el legado del derecho de uso sobre la totalidad de la vivienda se materializa sobre la mitad de la misma con la imposibilidad de que recaiga el uso sobre esa parte indivisa, mutándose en metálico, al igual que el valor del uso sobre la otra mitad de la vivienda que se ha adjudicado a los herederos, pero por herencia de su madre. Así, la mitad indivisa de la vivienda pertenece a los dos herederos por título de otra herencia, y estos no prestan su consentimiento a que sea gravada con el derecho de uso —ratifican la partición en la que a la viuda de su padre se le adjudica una cantidad en metálico—, por lo que debe entenderse que el derecho de uso solo gravaría la mitad indivisa; como se ha dicho, no cabe que el derecho real de habitación recaiga sobre una mitad indivisa de la vivienda, por serle consustancial la facultad de ocupar físicamente por su titular, en una casa ajena, las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia, por lo que en consecuencia estas razones han llevado al contador-partidor a la capitalización del uso.

Resolución de 12-3-2024
BOE 11-4-2024
Registro de la Propiedad de Ciudad Real, número 1.

PARCELACIÓN URBANÍSTICA: ACTOS EQUIPARABLES.

Se mantiene la doctrina de que en casos en los que concurra algún elemento de sospecha en la venta de una cuota indivisa de una finca se proceda conforme al art. 79 del RD 1093/1997.

En el ámbito de la normativa básica estatal, el artículo 26 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, anterior artículo 17 del texto refundido de la Ley de suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que no hace sino reproducir lo establecido en el artículo 17 de la Ley 8/2007, de

28 de mayo, del Suelo, plasma una concepción amplia y finalista de la parcelación urbanística —cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013—, al aludir, junto a la división o segregación de una finca, a los supuestos de «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». La ausencia de asignación formal y expresa de uso individualizado de una parte del inmueble no es por sí sola suficiente para excluir la formación de nuevos asentamientos y, por tanto, la calificación de parcelación urbanística. Ni siquiera excluye esta posibilidad la manifestación contraria al hecho o voluntad de que se produzca aquella asignación.

Después de analizar la legislación estatal y autonómica aplicable, se concluye que, a la hora de analizar el tratamiento de actos o negocios jurídicos que, sin constituir formalmente división o segregación, pueden presentar indicios de parcelación urbanística o formación de núcleo poblacional al margen del planeamiento, este Centro Directivo ha entendido que dichos actos se someterán al previo requisito registral de acreditación de licencia o declaración de innecesariedad —artículo 78 del Real Decreto 1093/1997 en relación al artículo 26 de la Ley de Suelo— cuando la legislación sustantiva aplicable equipare expresamente el acto en cuestión a la parcelación en sentido estricto sometida a dichos títulos administrativos. En otro caso, el tratamiento del mismo desde el punto de vista registral debe articularse a través del procedimiento previsto en el artículo 79 del citado Real Decreto de 4 de julio de 1997, siempre y cuando el registrador de forma motivada en su nota de calificación exponga los indicios que, de acuerdo también con la normativa aplicable, puedan justificar la aplicación de tal precepto.

En el presente supuesto, con ocasión de una transmisión anterior, consta practicada nota marginal por la que se hace constar la existencia, en las dependencias municipales, de expedientes sancionadores en materia urbanística y, en concreto, expedientes de protección de la legalidad urbanística y sancionador 37/07 por parcelación urbanística ilegal y construcciones ilegales en la parcela 367 del polígono 205 de Ciudad Real. Las obras se declararon ilegales por decreto de fecha 7 de septiembre de 2009. Por ello, en el caso del presente expediente, dada la concurrencia de un indicio objetivo de posible parcelación urbanística ilegal, como es la nota marginal citada, procede iniciar el procedimiento previsto en el citado artículo 79 del Real Decreto 109371997.

Resolución de 13-3-2024
BOE 11-4-2024
Registro de la Propiedad de Tui.

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: ÁMBITO.

El convenio regulador es título formal suficiente para inscribir la liquidación de las titularidades existentes entre dos cónyuges sujetos a separación de bienes.

El convenio regulador como negocio jurídico —tanto en su vertiente material como formal— propio y específico, goza de una aptitud privilegiada a los efectos

de permitir su acceso a los libros del Registro. Si bien no deja de ser un acuerdo privado, la preceptiva aprobación judicial del mismo y el reconocimiento que se le confiere en los artículos 90 y siguientes del Código Civil, establecen un marco válido para producir asientos registrales definitivos, siempre que las cláusulas del mismo no excedan de su contenido típico y normal, como pudiera predicarse de la liquidación del régimen económico-matrimonial.

Tal y como se ha indicado en pronunciamientos previos, dicha liquidación ha de referirse al haber conyugal generado durante el vínculo matrimonial —o a otros pactos relativos a la vivienda habitual—, siendo indiferente si se trata de una comunidad romana o en mano común, es decir, con independencia del tipo y características del régimen económico matrimonial bajo cuya vigencia se generó la masa patrimonial objeto de liquidación.

En el caso de este expediente, los cónyuges, entre las cláusulas del convenio regulador incluyen la liquidación de relaciones patrimoniales derivadas tanto del inicial régimen de gananciales como del posterior régimen de separación de bienes mediante la extinción de la comunidad existente sobre los bienes que se adjudican a cada uno, por lo que es indudable que el convenio regulador es cauce hábil para la inscripción de la adjudicación que de los referidos inmuebles se realiza en favor de la ahora recurrente.

Resolución de 13-3-2024
BOE 11-4-2024
Registro de la Propiedad de Bilbao, número 10.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO.

Se confirma la doctrina sobre la demanda dirigida contra la herencia yacente conforme la STS de 9 de septiembre de 2021.Igualemnet se recuerda la aplicación de los derechos de tanteo y retracto arrendaticios en los procedimientos de ejecución.

Como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo respecto a la intervención de la herencia yacente, es principio básico de nuestro sistema registral el de que todo título que pretenda su acceso al Registro ha de venir otorgado por el titular registral o en procedimiento seguido contra él (cfr. artículos 20 y 40 de la Ley Hipotecaria), alternativa esta última que no hace sino desenvolver en el ámbito registral el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de los derechos e interdicción de la indefensión (cfr. artículo 24 de la Constitución Española) y el propio principio registral de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. artículo 1 de la Ley Hipotecaria).

El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en su Sentencia número 590/2021, de 9 de septiembre, dictada como culminación de un juicio verbal tramitado para impugnar una nota de calificación registral, analiza el emplazamiento a la herencia yacente. Comienza el Tribunal reconociendo que, con carácter general, el registrador debe «verificar que la titular registral o, caso de haber fallecido, sus herederos (quienes según la información registral son titulares de

derechos afectados por la sentencia objeto de inscripción), han tenido posibilidad de ser parte». Procede a continuación a delimitar el alcance de la figura del administrador judicial de los bienes de una herencia yacente: «La administración judicial de la herencia se regula en la Ley de enjuiciamiento civil en el marco de lo que se denomina la intervención judicial del caudal hereditario, sección 2.ª del capítulo I (De la división de la herencia), del título II (De la división judicial de patrimonios), del libro IV (De los procesos especiales). Con carácter general, cuando se demande a los ignorados herederos de una persona que ha fallecido sin otorgar testamento y no se conozcan parientes con derecho a la sucesión intestada ni concurran indicios de su existencia, el juzgado debería notificar la pendencia del proceso al Estado o a la Comunidad Autónoma llamada por la normativa civil aplicable a la sucesión intestada a falta de otros, en aplicación de lo prescrito en el citado artículo 150.2 LEC.

En este expediente, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, que la demanda se dirigió contra la titular registral mientras vivía, que tras su fallecimiento se han efectuado averiguaciones tendentes a identificar a sus herederas, que las propias hijas de la demandada, como posibles herederas, se dirigieron al Juzgado dando traslado de la escritura de renuncia a la herencia de su madre y que dicha renuncia fue posterior al inicio del procedimiento, no puede concluirse que se haya producido indefensión de la herencia yacente y que sea necesario emplazar a los ignorados herederos por edictos ni comunicar al Estado o a la Comunidad del País Vasco la pendencia del proceso. Por tanto, este defecto debe ser revocado.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que, en los supuestos de transmisión judicial de una finca, se dan los derechos de tanteo y retracto establecidos en la Ley y que, por consiguiente, es necesario para su inscripción que se justifique haberse hecho las notificaciones oportunas para su ejercicio o, en otro caso, la manifestación sobre la libertad de arrendamientos de la finca adjudicada. Sentado lo anterior, resulta esencial para la resolución del presente recurso tener en cuenta los diversos cambios legislativos que ha experimentado la Ley de Arrendamientos Urbanos, por tratarse de una edificación urbana. De este modo, y de conformidad con lo previsto por el artículo 25 de la Ley de Arrendamientos de Urbanos, deberá rechazarse la inscripción de la adjudicación de la vivienda si no se acredita, debidamente, bien que se han llevado a cabo las notificaciones previstas, bien que se ha realizado la oportuna manifestación de que la finca se encuentra libre de arrendatarios. Se confirma este último defecto.

Resolución de 13-3-2024
BOE 11-4-2024
Registro de la Propiedad de Mojácar.

FINCA REGISTRAL: IDENTIFICACIÓN.

No cabe inscribir una operación sobre una finca que se describe con los mismos linderos de otra.

A diferencia de lo que defiende la recurrente en su escrito de interposición del recurso, sí hay obstáculo, conforme al artículo 9.a) de la Ley Hipotecaria, a que se

inscriba la descripción de la finca 9.858 que consta en la diligencia complementaria de la escritura de adición de herencia, puesto que los linderos expresados son idénticos a los de otra finca registral inscrita a nombre de persona distinta, pues ello es contrario al principio hipotecario de especialidad, dada la posibilidad de incurrir en una doble inmatriculación conflictiva, como situación patológica que debe prevenirse con la calificación registral, no solo en materia de inmatriculaciones. Sino también respecto de fincas inscritas con una descripción meramente literaria y, por tanto, relativamente elástica. Por ello, esta Dirección General considera que en el presente caso, habiendo sido la finca objeto de la escritura objeto de segregaciones previas a la entrada en vigor de la citada Ley 13/2015, siendo la misma una finca resto no descrita, le es aplicable la doctrina de esta Dirección General, formulada en Resoluciones como la de 7 de septiembre de 2017, respecto de segregaciones previas a la entrada en vigor de la Ley 13/2015, presentadas en el Registro tras la entrada en vigor de la citada ley, en el sentido de exigir la georreferenciación de la finca 9.858, como resto no descrito, como circunstancia necesaria del asiento para ubicar la misma sobre el territorio. Y ello porque la citada finca es una resultante de la nueva ordenación de la propiedad, tras sucesivas segregaciones previas. Y ello debe ser así en el presente caso, puesto que los linderos expresados por los interesados coinciden con los de otra finca registral, inscrita a nombre de personas distintas con lo que, de admitirse la petición de los recurrentes, se estaría dando acceso registral a una doble inmatriculación.

Tras la entrada en vigor de la citada ley, no puede mantenerse la práctica de asientos relativos a fincas, que no pueden identificarse sobre el territorio, siquiera relativamente. Añade la Resolución de 7 de noviembre de 2023 que esta doctrina no obsta para que, aun sin georreferenciación ni referencia catastral inscritas, pueda haber datos descriptivos inscritos que sí permitan, al menos, ubicar geográficamente la finca, aunque no la delimiten con precisión. Y ello es, precisamente, lo que no ocurre en el presente caso, puesto que el registrador no puede ubicar indubitadamente la finca en el territorio para calificar su descripción, puesto que la descripción propuesta le lleva a la ubicación ocupada por una finca registral distinta.

Resolución de 18-3-2024
BOE 11-4-2024
Registro de la Propiedad de San Sebastián de los Reyes, número 2.

PROPIEDAD HORIZONTAL: SUBCOMUNIDADES DE HECHO.

En hecho de que se haya hecho constar por nota marginal de la finca matriz la diligenciación de un libro de actas de una subcomunidad no significa que esta esté inscrita.

Esta Dirección General ha considerado que debe atenderse a la diversidad de situaciones fácticas que pueden surgir a lo largo del tiempo para la organización de las comunidades de propietarios análogas a las que recaen sobre los elementos comunes de un edificio en régimen de propiedad horizontal y que puede no hayan tenido el adecuado reflejo registral, lo que hace necesario que las actas,

reflejo de sus acuerdos, puedan revestirse de oficialidad mediante el diligenciado correspondiente de sus libros, siempre y cuando de la instancia presentada se vea claramente que el libro está llamado a reflejar acuerdos propios de un régimen de propiedad horizontal, subcomunidad o conjunto inmobiliario o afecte a acuerdos de un órgano colectivo de tal índole que recoja intereses específicos. De no constar la previa inscripción registral, se deben consignar sus datos en el libro fichero a que se refiere el artículo 415 del Reglamento Hipotecario, sin que prejuzgue la calificación del documento que pudiera eventualmente presentarse en el futuro para la inscripción de la comunidad de que se trate. En este supuesto la diligencia se practicó en el libro de inscripciones, pero este hecho no supone que la subcomunidad deba entenderse formalizada e inscrita ni pueden derivarse otros efectos de la diligencia que no sean los de mera constancia en el Registro de la Propiedad de la existencia de subcomunidades de facto que, como se ha dicho no gozarán de los principios de legitimación, prioridad, inoponibilidad y fe pública registral, sin perjuicio de la posibilidad de su formalización e inscripción posterior.

El recurso se limita a revisar las calificaciones del Registrador por las que se suspende o deniega la inscripción solicitada (cfr. artículo 66 de la Ley Hipotecaria y que los asientos bajo la salvaguardia de los tribunales (cfr. artículo 1 de la Ley Hipotecaria), por lo que su modificación solo puede hacerse mediante el consentimiento del titular registral fehacientemente acreditado (cfr. artículo 3 de la Ley Hipotecaria) o mediante resolución judicial recaída en juicio declarativo seguido contra él (cfr. artículos 24 de la Constitución Española y 82 y 214 de la Ley Hipotecaria, en consecuencia no cabe modificar el contenido de una certificación mientras no se produzca, en su caso, la previa modificación del contenido de los asientos.

Resolución de 19-3-2024
BOE 11-4-2024
Registro de la Propiedad de Madrid, número 16.

HERENCIA: TÍTULO SUCESORIO.

Es necesario aportar copia del acta de declaración de herederos si no se ha hecho testimonio total o en relación en la escritura de partición de herencia.

Esta Dirección General (cfr. las Resoluciones de 3 de abril de 1995, 8 y 22 de julio de 2005, 12 de noviembre de 2011, 19 de junio de 2013, 12 y 16 de noviembre de 2015, 1 de junio de 2018, 23 de enero de 2020, 30 de noviembre de 2021 y 19 de enero de 2022, entre otras citadas en los «Vistos» de la presente) ha puesto de relieve la sustancial diferencia, como títulos sucesorios atributivos o sustantivos, entre el testamento y el acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato. El testamento —y lo mismo en el contrato sucesorio— responde tanto al concepto de título material como formal, pues es ante todo un negocio jurídico mortis causa que expresa la voluntad del testador que es la ley de la sucesión y la que decide con plenos efectos el destino de los bienes constituyendo el título o causa de adquisición de los mismos. En definitiva, el testamento determina el llamamiento del heredero (vocación) y también el título por el que se ofrece al mismo la posibilidad

efectiva de aceptar o repudiar la herencia (delación). Distinto significado tiene la declaración de herederos en la sucesión intestada. No constituye el título material de la sucesión intestada, pues dicho título es la Ley. Sólo puede considerarse título formal en cuanto sirve de vehículo documental para el acceso al Registro y prueba o justificación de la individualización en la persona del heredero atendiendo a los diferentes órdenes y grados de llamamiento. El acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato, no es el título que determina la vocación o llamamiento ni la delación, sino que es un título de carácter formal y probatorio respecto a las circunstancias que individualizan al sucesor y que acreditan la inexistencia de testamento.

En el presente supuesto, el notario autorizante asevera que deberían acompañarse a la escritura copias de las actas de declaración de herederos. Y esta aseveración, unida al hecho de que el notario autorizante de la escritura de herencia no hace transcripción, total o parcial, ni tampoco hace un testimonio en relación de los particulares de dichas actas necesarios para la calificación e inscripción, implica que sea necesario presentar copia autorizada del acta de declaración de herederos a que se refiere el registrador (vid. Resoluciones de 30 de noviembre de 2021 y 29 de julio de 2022).

Resolución 19-3-2024
BOE 11-4-2024
Registro de la Propiedad de Badajoz, número 3.

DOCUMENTOS JUDICIALES: FIRMEZA.

Para practicar una inscripción definitiva es necesario acreditar que la resolución judicial es firme.

Como señala la reiteradísima doctrina de este Centro Directivo, no puede ser tenido en cuenta para la resolución del recurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, ya que este tiene como objeto valorar la procedencia de la calificación teniendo en cuenta los elementos de que dispuso el registrador para emitirla. Y es que el recurso gubernativo no es el cauce apropiado para subsanar defectos.

Entrando en el fondo del recurso, respecto de la necesidad de acreditar la autenticidad y firmeza de las resoluciones judiciales, con carácter general y conforme al artículo 555 del texto refundido de la Ley Concursal, en el mandamiento que incorpore la resolución judicial se deberá consignar si es o no firme, motivando en el segundo caso un asiento de anotación preventiva que estará sujeto al plazo general de caducidad de cuatro años, sin perjuicio de la posibilidad de prórrogas sucesivas por períodos de cuatro años, y en el primero un asiento definitivo de inscripción o cancelación, lo que es plenamente concorde con el régimen general del artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

A la vista de lo expuesto no cabe sino desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada, puesto que el testimonio del auto de aprobación del plan de liquidación concursal de la sociedad vendedora no acredita su firmeza. Como el propio Registrador manifiesta en su informe, el nuevo testimonio aportado con

el escrito de recurso y que no se tuvo a la vista en el momento de redactar la nota recurrida, subsana el defecto alegado, por lo que bastaría con presentarlo ahora en el Registro para obtener una nueva calificación favorable en cuanto a este extremo.

Resolución de 19-3-2024
BOE 11-4-2024
Registro de Marbella, número 1.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: OBJETO.

No cabe practicar anotación de demanda si el objeto de esta es la reclamación de una cantidad de dinero.

Este Centro Directivo considera que el artículo 42.1.º de la Ley Hipotecaria incluye en su ámbito de aplicación todas aquellas demandas que, de prosperar producirían una alteración de la situación jurídica que el Registro pública. Y la práctica judicial, amparada por las Resoluciones de este Centro Directivo ha conferido una amplitud notable a los supuestos en que procede la anotación preventiva de demanda, yendo mucho más allá de los supuestos en que se ejercitan acciones de propiedad o pretensiones que afecten al nacimiento, desarrollo o extinción de derechos reales inmobiliarios.

Ahora bien, esta mayor flexibilidad no desemboca ni puede desembocar en una admisión generalizada de la anotación preventiva de demanda, cualquiera que sea la acción ejercitada. En este sentido se pronuncia la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 2 de julio de 2020: «Se ha señalado así de modo reiterado que no caben anotaciones de demanda de reclamaciones de cantidad por tratarse de pretensiones de naturaleza meramente personal u obligacional, que no se refieren a ningún derecho real ni siquiera tienden a la constitución de tal derecho por vía de demanda y sentencia, como sería los supuestos propios de un ius ad rem». Y no puede sino concluirse que este es el caso que nos ocupa en el presente recurso, en el cual la acción ejercitada persigue exclusivamente el pago de una cantidad de dinero.

Resolución de 19-3-2024
BOE 11-4-2024
Registro de Colmenar Viejo, número 2.

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: SUELO PROTEGIDO.

Uno de los requisitos para la inscripción de las obras nuevas por antigüedad es la comprobación del transcurso del plazo que tiene la administración para adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística

En primer lugar, respecto al alcance temporal de las normas aplicables para determinar el régimen aplicable a los requisitos para obtener la inscripción de las declaraciones de obras antiguas, siendo las normas o disposiciones aplicables no las que regulan los controles administrativos al tiempo en que se ha ejecuta-

do la obra, sino las disposiciones que regulan los requisitos necesarios para su documentación pública e inscripción registral. De lo anterior se desprende con claridad que en este supuesto los requisitos para la inscripción de la obra nueva antigua en cuestión son los determinados por el artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, pues es la norma vigente tanto en el momento de autorizar la escritura como en el de su presentación en el Registro a efectos de su inscripción. Uno de los requisitos que exige el mencionado artículo 28.4 es que ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen la demolición de la obra nueva a inscribir, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes.

Respecto a las medidas de protección de la legalidad urbanística, los artículos 195 y 200 de la ley se han mantenido inalterados en el sentido de que tratándose de actos de construcción, edificación o uso del suelo que se realicen sin licencia u orden de ejecución, se aplicará un plazo general de prescripción de cuatro años a contar desde la terminación de las mismas. En cambio, solo en terrenos calificados por el planeamiento urbanístico como zona verde o espacio libre no será de aplicación limitación de plazo alguna para el ejercicio de las potestades de protección de la legalidad urbanística. No obstante, aunque sobre el suelo no urbanizable protegido no es de aplicación la imprescriptibilidad de las medidas de protección de la legalidad urbanística que se sanciona respecto de las zonas verdes o espacios libres, sin embargo, esta circunstancia debe ser alegada ante el órgano municipal competente y obtener la correspondiente declaración municipal de innecesariedad.

Resolución de 20-3-2024
BOE 11-4-2024
Registro de la Propiedad de Vigo número 3.

CONJUNTO INMOBILIARIO: LICENCIA MUNICIPAL.

Ha de ser aclarada a licencia concedida para un conjunto inmobiliario si se observa unca clara contradicción entre su contenido y el del acto concretamente realizado.

La realidad práctica nos muestra figuras muy diversas que se apartan de la propiedad horizontal clásica (un solo edificio sobre un solo solar y con un solo portal), entre las que se comprenden supuestos tales como las propiedades horizontales complejas (pluralidad de escaleras o portales sobre unos sótanos y bajos comunes), los centros comerciales con o sin viviendas en sus plantas superiores, los edificios encabalgados, las urbanizaciones privadas con viviendas unifamiliares, los conjuntos edificatorios en hilera, los conjuntos de viviendas pareadas, etc. Precisamente esta riqueza de situaciones ha provocado que la regulación legal sea conscientemente flexible y reconozca la existencia de muy diversos tipos de complejos inmobiliarios privados. En este sentido, el repetido artículo 24 de la Ley sobre propiedad horizontal prevé en su párrafo segundo dos esquemas: la comu-

nidad de propietarios única o la agrupación de comunidades de propietarios, pero reconoce en su párrafo cuarto la posibilidad de adoptar otros esquemas.

Se ha puesto de relieve, también, que en la legislación vigente debe diferenciarse entre dos instituciones distintas: el complejo inmobiliario y la propiedad horizontal, sin perjuicio de las conexiones existentes entre ambas y de la aplicación de algunas normas de la propiedad horizontal a los complejos inmobiliarios. El artículo 24, que integra el Capítulo III de la ley especial, extiende la aplicación del régimen, que no la naturaleza, a los complejos inmobiliarios que reúnan, entre otros, el requisito de estar integrados por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí y cuyo destino principal sea vivienda o locales. Y la única especialidad es que sus titulares participen, como derecho objetivamente vinculado a la respectiva finca independiente, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, sean viales, instalaciones o tan sólo servicios. Es decir, que lo común son esos elementos accesorios, no la finca a la que se vincula la cuota o participación en ellos que han de ser fincas independientes. Por eso, bajo el calificativo de «tumbada» que se aplica a la propiedad horizontal suelen cobijarse (indebidamente), situaciones que responden a ambos tipos, el de complejo inmobiliario con fincas o edificaciones jurídica y físicamente independientes, pero que participan en otros elementos en comunidad, o bien auténticas propiedades horizontales en las que el suelo es elemento común.

En la actualidad, el artículo 26.6 del mismo texto legal exige en todo caso una licencia específica para este tipo de situaciones jurídicas. El precepto señala expresamente que la constitución y modificación del complejo inmobiliario privado, del tipo de los regulados como regímenes especiales de propiedad, por el artículo 24 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, deberá ser autorizada por la Administración competente donde se ubique la finca o fincas sobre las que se constituya tal régimen, siendo requisito indispensable para su inscripción, que al título correspondiente se acompañe la autorización administrativa concedida o el testimonio notarial de la misma. No obstante, no será necesaria dicha autorización «cuando el número y características de los elementos privativos resultantes del complejo inmobiliario sean los que resulten de la licencia de obras que autorice la construcción de las edificaciones que integren aquel».

El supuesto objeto del presente expediente encuentra similitudes con el resuelto por esta Dirección General en Resolución de 27 de enero de 2021 que confirmó la calificación del registrador que no consideró suficiente la autorización incorporada a la escritura limitada a conceder licencia urbanística al proyecto básico 7 viviendas unifamiliares aisladas a ejecutar en parcela, entendiendo este Centro Directivo que concurrían en ese caso las notas definitorias de los fraccionamientos de suelo susceptibles de ser realizados bajo la cobertura jurídica del régimen de los complejos inmobiliarios y la licencia concedida habilitaba solo para la construcción de determinadas viviendas en una parcela concreta y determinada, sin alusión alguna a un complejo urbanístico, constituido o por constituir, siendo preceptiva la autorización específica de éste. Pero atendiendo al contenido de la licencia concedida y del informe complementario puede sostenerse que el presente caso no puede equipararse al resuelto por la Resolución de 27 de enero de 2021, pues aquí la Administración urbanística competente se refiere al contenido de la

escritura de 7 de febrero de 2023 y, por tanto, al complejo inmobiliario privado que se constituye.

Atendiendo al contenido de la escritura de la que claramente resulta una parcelación de seis elementos independientes y uno común, si bien relacionados a través de la técnica del complejo inmobiliario, puede sostenerse que concurre una incongruencia en la decisión administrativa que, en la medida que trasciende a la configuración jurídica de la propiedad, debe estar sujeta a calificación registral. En efecto, resulta incongruente declarar la indivisibilidad de la parcela y autorizar el proyecto de construcción en la categoría de condominio tipo 2, en la que no existe parcelación, con la constitución de un complejo inmobiliario del que resultan seis parcelas privativas y otro espacio común vinculado a aquéllas que, de hecho, parece más conforme al condominio tipo 1 antes descrito. Por lo que esta incongruencia debe ser aclarada de forma indubitada por parte de la Administración urbanística competente.

Resolución de 20-3-2024
BOE 11-4-2024
Registro de la Propiedad de Tías.

UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS: DISOLUCIÓN DEL CONDOMINIO DE BIENES DEL FONDO COMÚN.

No cabe la disolución del condominio sobre bienes del fondo común de una UTE sin tener en cuenta a los órganos de la propia UTE.

Respecto de la cuestión relativa al poder de disposición sobre los bienes de una unión temporal de empresas, el legislador reguló esta figura social como «sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro» (artículo 7.1 de la Ley 18/1982, de 26 de mayo). Aunque la unión temporal de empresas no tiene propiamente personalidad jurídica (cfr. artículo 7.2 de la misma ley), está sometida a estatutos específicos, tiene un gerente único y un fondo operativo común y, entre los demás pactos estatutarios posibles, ha de constar la proporción o método para determinar la participación de las distintas empresas miembros en la distribución de resultados (cfr. Título III de dicha ley). Lo cierto es que, debe reconocerse que aun cuando no tenga personalidad jurídica, esta figura societaria presenta indudables rasgos de cierta subjetivación o, al menos, autonomía patrimonial. Al régimen de los bienes que constituyen el fondo común han de aplicarse, antes que las normas del condominio ordinario, las disposiciones propias de las uniones temporales de empresas y, en lo que sean compatibles, las reglas de las sociedades mismas —cfr. artículo 392, párrafo segundo, del Código Civil—. Así lo ha entendido esta Dirección General (vid. Resolución de 25 de marzo de 1993).

Como ha afirmado este Centro Directivo en tres Resoluciones de 16 de febrero de 2012, para la disposición de los bienes adscritos a una unión temporal de empresas es preciso que se cumplan los requisitos necesarios para disponer de los mismos por cada una de las sociedades que la integran. En el documento otorgado ahora, se formaliza la extinción de condominio entre las dos socieda-

des que se dice son dueñas en proindiviso de las dos parcelas, que se adjudican en su totalidad a una de ellas —la que expone ostentar menor proporción en el condominio— compensando a la otra el exceso de adjudicación declarado. Así, la titularidad que se expone en el documento no corresponde con el contenido del Registro, que resulta del título en su día inscrito, ya que, las fincas fueron compradas por las sociedades partícipes para la unión temporal de empresas —es decir que se aportan a su fondo operativo común—, practicándose la inscripción en el año 2005, a favor de la unión temporal de empresas, haciendo constar los socios que la integraban y la participación que ostentan cada uno de ellos en la unión temporal, no en las fincas.

Como ha resuelto este Centro Directivo (vid. Resoluciones en los «Vistos»), con base en al artículo 392.2 del Código Civil, al régimen de los bienes que constituyen el fondo común de una unión temporal de empresas, han de aplicarse, antes que las normas del condominio, las disposiciones propias de las uniones temporales de empresas, y en lo que sean compatibles, las reglas de las sociedades mismas. Conforme a éstas, en ningún caso los socios pueden disponer de los bienes sociales prescindiendo de los órganos de administración, a quienes compete la gestión —en este caso el gerente de la unión—, o en su caso, sin acudir a los procedimientos específicos de disolución y liquidación. De admitir lo contrario, se eludirían las normas de reparto del activo social en caso de disolución de la unión temporal de empresas, y en el presente supuesto, aún más, porque las dos fincas se adjudican a uno solo de los miembros —el que tiene menor participación— que compensa al otro el exceso de adjudicación, lo que acarrearía posible perjuicio a terceros, por ejemplo, acreedores de la misma unión temporal de empresas o de alguno de los partícipes.

Resolución de 20-3-2024
BOE 11-4-2024
Registro de la Propiedad de Olivenza.

CURATELA REPRESENTATIVA: DISOLUCIÓN DE CONDOMINIO.

Existiendo una autorización judicial previa, no será preciso la aprobación judicial de la disolución de condominio ni el nombramiento de defensor judicial por conflicto de intereses.

No se discute en el presente caso que, en aplicación de las citadas disposiciones transitorias, se trate de una curatela representativa, con las funciones legalmente atribuidas en tanto que, resolución judicial mediante, no se revise la situación de la persona con discapacidad. Por ello, es ineludible determinar en qué medida son aplicables, entre otros, los artículos 283, 287, 289, 295 y 298 del Código Civil.

En vía de principios, no resulta aplicable a la partición de herencia o la división de cosa común lo establecido en el artículo 287.2.º del Código Civil, pues, como ya puso de relieve este Centro Directivo en Resolución de 21 de diciembre de 1929, «no se equiparan las adjudicaciones hechas al heredero en pago de sus derechos, o para otros fines, a los actos de enajenación». Ahora bien, aun cuando

no es exigible la autorización judicial previa a que se refiere el artículo 287 del Código Civil, es aplicable la regla del artículo 289, de modo que será necesaria la aprobación judicial posterior. Y, según este último precepto legal, si hubiese sido nombrado un defensor judicial para la partición —o la división de cosa común, hay que entender— deberá obtener también la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.

En relación con el conflicto de intereses, debe guardarse especial cuidado respecto de los representantes legales de las personas con discapacidad (como es el caso de la tutora, con funciones de curadora representativa, en el presente caso), y, en vía de principios, es aplicable lo dispuesto en el artículo 283 del Código Civil, según el cual cuando exista un conflicto de intereses ocasional entre quien desempeñe la curatela y la persona a quien preste apoyo, el letrado de la Administración de Justicia nombrará un defensor judicial que lo sustituya.

En el caso al que se refiere este expediente, es indudable que la tutora tiene interés directo en las consecuencias de la disolución de la comunidad y como representante legal de su hermano copropietario compromete dos intereses que en el planteamiento legal aparecen enfrentados: el suyo propio y el de su representado. La concurrencia de la representante de la persona con discapacidad con la intervención en su propio nombre por parte de la tutora, con funciones de curadora representativa, para fijar, con otros interesados, inventario, valoraciones, determinación de lotes y adjudicaciones, con carta de pago de los haberes, crea, a priori, un eventual conflicto de intereses, en cuanto contrapuestos, que podría haberse obviado con la designación de defensor judicial. No obstante, debe tenerse en cuenta que el negocio documentado ha obtenido autorización judicial previa, lo que plantea si esta actuación es suficiente para considerar cumplida la intervención requerida y omitida: nombramiento de defensor judicial y aprobación judicial [vid. artículos 289 y 295.2.º del Código Civil, i.f)]. La respuesta debe ser afirmativa si se tienen en cuenta las circunstancias concurrentes.

Resolución de 20-3-2024
BOE 11-4-2024
Registro de la Propiedad de Madrid, número 4.

PROHIBICIONES DE DISPONER: EFECTOS.

No puede inscribirse una transmisión del derecho de usufructo si consta una prohibición de disponer que la afecta.

Como cuestión procedimental previa, señalada por el registrador en la nota de calificación e informe, sobre la presentación por segunda vez del mismo documento calificado negativamente, sin que se hubiese subsanado el defecto señalado, hay que afirmar que, si el defecto señalado en la nota sigue inalterado, el registrador debe notificar al presentante la insuficiencia del documento aportado, manteniendo la nota de calificación con su misma fecha y efectos, pero sin pie de recursos ni nueva prórroga. Sin embargo, lo que ocurre en el presente caso, es que el registrador ha emitido nueva nota de calificación con pie de recurso, por lo que es improcedente la inadmisión del mismo.

En el caso de este expediente la prohibición de disponer se impuso por el causante con relación no sólo a la nuda propiedad, sino también con relación al usufructo, por lo que debe entenderse que tampoco éste podrá transmitirse, como señala el registrador en la nota de calificación, salvo que desaparezca dicha prohibición o declare su nulidad los tribunales. También puede el afectado por la prohibición de disponer solicitar autorización judicial para disponer si concurre una causa justa sobrevenida.

Resolución de 21-3-2024
BOE 16-4-2024
Registro de la Propiedad de Molina de Segura, número 2.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No puede inscribirse una base gráfica cuando existan dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio. el registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

De los datos y documentos que obran en el expediente, se evidencia que no es pacífica la delimitación gráfica que se pretende inscribir, resultando posible o, cuando menos no incontrovertido, que con la inscripción de la representación gráfica aportada se puede alterar la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral, pudiendo afectar a los derechos de terceros.

Resolución de 21-3-2024
BOE 16-4-2024
Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 4.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PREVIA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO A FAVOR DEL TRANSMITENTE.

No puede inscribirse un título si el otorgante no tiene inscrito el derecho con carácter previo.

Es doctrina reiterada que el recurso contra la calificación negativa del registrador no es cauce hábil para acordar la nulidad de asientos ya practicados. Una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud,

por lo que su rectificación, o cancelación, exige, bien el consentimiento del titular registral, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho (artículos 1, 38, 40, 82 y 220 de la Ley Hipotecaria).

Sobre la aplicación de los principios de tracto sucesivo y de prioridad en los casos de segregaciones retardadas, esta Dirección General ya ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones (Resoluciones 23 de septiembre de 2004, 9 de febrero de 2007 y 7 de septiembre de 2017). En el supuesto del presente recurso estos principios no son respetados ya que la nuda propiedad que se pretende consolidar no es la que figura inscrita a nombre de los actuales titulares registrales. El recurrente fundamenta su recurso en la titularidad de don J. S. H., que se dice propietario de la nuda propiedad de las fincas, pero según el Registro, y conforme el principio del tracto sucesivo antes reseñado, no consta inscrito derecho de nuda propiedad alguno a favor del mismo.

Resolución de 21-3-2024
BOE 16-4-2024
Registro de la Propiedad de Caravaca de la Cruz.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: USO DE UNA BASE GRÁFICA ALTERNARTIVA.

Se reitera la doctrina sobre la posibilidad de utilizar una base gráfica no catastral en los casos del art. 205 LH

En primer lugar, debe recordarse la doctrina consolidada de este Centro Directivo, por ejemplo en sus Resoluciones de 22 de septiembre de 2017, 18 de diciembre de 2020, 4 de noviembre de 2021 y 7 de septiembre de 2023, conforme a la cual «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». En consecuencia, debe revocarse el defecto señalado en la nota de calificación relativo a la inadmisión de representaciones gráficas alternativas a la catastral, incluso en inmatriculaciones, cuando la catastral presenta inconsistencias.

El registrador, a pesar de la extensísima y reiterativa nota de calificación, sólo objeta en ella dos tipos de defectos, que resultan de su apreciación visual al contrastar la georreferenciación aportada con la ortografía oficial del Plan Nacional de Ortofotografía Aérea:– el relativo a «invasión de cultivos colindantes».– el relativo a «no salvar el camino en su totalidad». Respecto de la «invasión de cultivos colindantes», ello no pasa de ser un simple indicio visual, no jurídico, ya que el registrador no concreta qué posibles fincas registrales ya inmatriculadas pudieran resultar invadidas por la georreferenciación de la que se pretende inmatricular. Respecto a «no salvar el camino en su totalidad», también es un simple indicio visual, sin que el registrador exprese que haya podido comprobar que tal camino público conste inmatriculado, ni que, en su defecto, conste deslindado oficialmente, ni que conste delimitado gráficamente en alguna capa oficial disponible en la

aplicación gráfica registral homologada auxiliar a que se refiere el artículo 9 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 21-3-2024
BOE 16-4-2024
Registro de la Propiedad de Alicante, número 1.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN.

No es posible practicar un asiento de presentación de un documento que no tiene la consideración de título inscribible.

Conforme al artículo 420 del Reglamento Hipotecario, como ha declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resoluciones de 3 de mayo, 20 de julio y 15 de septiembre de 2016, 17 de mayo y 4 y 12 de junio de 2018, 21, 22 y 28 de noviembre de 2019 y 9 de enero de 2022, y esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en Resoluciones de 5 y 16 de junio, 16 de septiembre y 26 de noviembre de 2020 y 3 de febrero, 15 de abril y 16 de junio de 2021, el registrador debe negarse a extender asiento de presentación, cuando el propio presentante manifieste que su intención no es que el documento provoque algún asiento en los libros del Registro, o cuando el documento sea, palmaria e indudablemente, de imposible acceso al Registro (o, dicho de otra manera, cuando de forma evidente resulte que el título nunca podrá provocar un asiento en los libros de inscripciones).

En el presente caso, lo que se presenta en el Registro es un documento complementario o anexo, en el seno de algún expediente que no se identifica y que contiene una mera copia de una sentencia cuya autenticidad no puede ser acreditada y que, además, por su contenido, no produce modificación jurídico real alguna susceptible de constancia registral ni por tanto puede provocar operación registral alguna.

Resolución de 22-3-2024
BOE 16-4-2024
Registro de la Propiedad de Castellón de la Plana, número 3.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: INVASIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

No puede denegarse la inmatriculación de una finca cuando no se puede aseverar con seguridad la invasión del dominio público.

Aunque es doctrina reiterada de esta Dirección General la primacía del principio de legalidad sobre el requisito de que la calificación ha de ser global y unitaria, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en la que pueda incurrir el registrador calificante (véanse Resoluciones como las de 16 de diciembre de 2021 y 1 de marzo de 2023), también ha afirmado este Centro Directivo (véase Resolución de 31 de mayo de 2023) que si la nueva calificación se produce bajo la vigencia del mismo asiento de presentación de la primera, no puede el registrador añadir

nuevos defectos al señalado, que ha decaído por la estimación del recurso contra la primera nota de calificación, en la calificación anterior. Por tanto, aunque sólo fuera por esta cuestión formal el recurso ahora interpuesto debería ser estimado.

En efecto la registradora deniega la inscripción, tras solicitar un informe que no se había solicitado previamente, estando la nota de calificación decaída por la Resolución de 7 de septiembre de 2023 y vigente el asiento de presentación. Es en la calificación anterior cuando debería, conforme al artículo 205, párrafo tercero, haber notificado previamente a la Administración, o —lo que hubiere sido más conveniente— haber procedido a la tramitación de un expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, para subsanar todas las dudas que pudiera tener en la inmatriculación.

La actuación de clasificación de la vía pecuaria es una actuación administrativa de carácter declarativo, como dispone el artículo 13.1 de la Ley 3/2014, de 11 de julio, de la Generalitat, de Vías Pecuarias de la Comunitat Valenciana, en virtud del cual la Generalitat determina la existencia, anchura, trazado y demás características físicas generales de cada vía pecuaria, así como su denominación, determinando su régimen jurídico como bien de dominio público, inalienable, imprescriptible e inembargable. Permitir la inmatriculación facilita además que pueda hacerse constar la nota marginal de inicio del expediente de deslinde, que ha de notificarse al titular registral, para que pueda comparecer y participar en el mismo. En dicha nota marginal, que solo puede practicarse en el desarrollo de un expediente de deslinde y solicitada por la Administración Autonómica competente, puede incluso georreferenciarse la porción de la finca que puede resultar afectada por la tramitación del expediente, para que todo tercero pueda conocer en qué medida puede afectar a la finca la tramitación del expediente de deslinde.

El principio general, ya vigente con anterioridad a la Ley 13/2015, de que los registradores deben evitar practicar inscripciones de bienes de propiedad privada que invadan en todo o en parte bienes de dominio público, inmatriculado o no, pues el dominio público, por la inalienabilidad que le define, supone, precisamente, la exclusión de la posibilidad de existencia de derechos privados sobre esa concreta porción del territorio catalogada como demanial, pero ello no impide que cuando no haya una invasión clara y el registrador tenga constancia del inicio del expediente de deslinde, debe facilitar el desarrollo del mismo, que en el presente caso determina que practique la inmatriculación y notifique a la Administración, recordándole la obligación de notificar al titular registral el inicio del deslinde y de solicitar la práctica de la nota marginal de inicio del expediente.

Resolución de 22-3-2024
BOE 16-4-2024
Registro de la Propiedad de Montefrío.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Procede denegar la inscripción de una base gráfica cuando se acreditan dudas sobre la identidad de la finca.

Si la representación gráfica georreferenciada no es inscribible por albergar el registrador dudas fundadas acerca de que con la misma se invada otra finca ya inscrita o el dominio público, lo procedente es denegar, no suspender, la inscripción. Tratándose de un expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, no estando ante uno de los supuestos de denegación automática de la tramitación del mismo, como son la posible invasión de dominio público o la invasión de la georreferenciación registral de una finca colindante, la cual está protegida por los principios hipotecarios, cuando la suspensión se basa en la oposición de uno de los colindantes notificados, como dice el artículo 199, 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».

El registrador ha de calificar la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse: a que la representación gráfica aportada coincida en todo o en parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, o a que se invadan fincas colindantes inmatriculadas, o a que se encubra un negocio traslativo u operación de modificación hipotecaria. Si el registrador estima las alegaciones, sus dudas sobre la identidad de la finca, que impiden la inscripción de la georreferenciación, han de estar adecuadamente fundadas, como ha declarado reiteradamente esta Dirección General. El juicio registral de identidad no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados.

La registradora con la nota de calificación impugnada cumple con la doctrina de esta Dirección General sobre la inscripción de las georreferenciaciones. Como declaró en la Resolución de esta Dirección General de 25 de mayo de 2023, la imprecisión derivada de la descripción puramente literaria que de las fincas afectadas consta en el Registro no impide que, a la vista de los datos obrantes en el expediente y de la oposición del colindante, pueda el registrador oponerse fundadamente a la inscripción de la georreferenciación alternativa aportada.

Por todo lo razonado, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación, por existir indicio de controversia latente, que no puede resolverse en sede de calificación registral o de recurso, sino que requiere de deslinde parcial con acuerdo de colindantes o resolución judicial.

Resolución de 22-3-2024
BOE 16-4-2024
Registro de la Propiedad de Órgiva-Ugíjar.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Procede denegar la inscripción de una base gráfica cuando se acreditan dudas sobre la identidad de la finca.

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. En cambio, 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.

Por tanto, constatado que existe una controversia, no sólo entre un titular registral y un titular catastral afectado, sino entre titulares registrales de sendas fincas registrales colindantes acerca de su respectiva georreferenciación, procede confirmar la nota de calificación registral negativa aquí recurrida sobre dudas fundadas de posible invasión de fincas registrales colindantes inmatriculadas, y sin que competa a este Centro Directivo, en vía de recurso, —como ya se dijo en la Resolución de 21 de septiembre de 2020— "decidir cuál deba ser la georreferenciación correcta de cada finca, o sugerir una diferente a la aportada o soluciones transaccionales entre colindantes"».

Resolución de 22-3-2024
BOE 16-4-2024
Registro de la Propiedad de Murcia, número 6.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Procede denegar la inscripción de una base gráfica cuando se acreditan dudas sobre la identidad de la finca.

Como señala el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, «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». Análogamente, para el procedimiento de inmatriculación regulado en el artículo 205 de la misma ley, se dispone que «si el Registrador tuviera dudas fundadas sobre la coincidencia total o parcial de la finca cuya inmatriculación se pretende con otra u otras de dominio público que no estén inmatriculadas pero que aparezcan recogidas en la información territorial asociada facilitada por las Administraciones Públicas, notificará tal circunstancia a la entidad u órgano competente, acompañando la certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca que se pretende inmatricular con el fin de que, por dicha entidad, se remita el informe correspondiente, dentro del plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la recepción de la notificación. Si la Administración manifestase su oposición a la inmatriculación o, no remitiendo su informe dentro de plazo, el Registrador conservase dudas

sobre la existencia de una posible invasión del dominio público, denegará la inmatriculación pretendida».

Por todo ello, en aplicación de los preceptos legales reseñados, y dado que concurre tanto la oposición expresa del Ayuntamiento por invasión de dominio público, como la apreciación del registrador compartiendo la existencia de tal invasión, el recurso ha de ser desestimado, y confirmada la nota de calificación recurrida.

Resolución de 25-3-2024
BOE 16-4-2024
Registro de la Propiedad de Paterna, número 1.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Procede denegar la inscripción de una base gráfica cuando se acreditan dudas sobre la identidad de la finca.

En un supuesto como este en que la obra nueva declarada ocupa la totalidad de la finca sobre la que se asienta, la inscripción de la finalización de la obra nueva, que requiere la identificación mediante sus coordenadas de referenciación geográfica de la porción de suelo ocupada por la edificación conforme al artículo 202.2 de la Ley Hipotecaria, exige que simultáneamente se inscriba la representación gráfica georreferenciada de la finca, como reiteradamente ha sido señalado por este centro directivo (cfr. Resoluciones de 8 de febrero de 2016, 16 de mayo de 2019, 15 de septiembre de 2020 y 10 de noviembre de 2021, entre otras). Así lo señala la registradora en su nota de calificación, lo cual no es contradicho por el recurrente en su escrito de recurso.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En este supuesto la registradora, a la vista de la documentación judicial aportada y de las alegaciones en su día presentadas por el colindante opositor, tiene dudas en la identidad de la finca, en cuanto que la representación gráfica que trata de incorporarse al folio puede suponer la invasión de fincas colindantes inmatriculadas, por lo que ha decidido motivadamente que, a su prudente arbitrio, la georreferenciación y la rectificación de la descripción no pueden acceder al Registro por la vía del expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, al existir un conflicto latente entre colindantes sobre el trazado de un lindero, fundamentado sus dudas de identidad, basadas en la oposición del colindante y la documentación judicial, que ponen de manifiesto de forma evidente el conflicto entre los colin-

dantes sobre la delimitación gráfica de las fincas. Por tanto, de los datos y documentos que obran en el expediente se evidencia que no es pacífica la delimitación gráfica propuesta que se pretende inscribir, resultando posible o, cuando menos, no incontrovertido, que con la inscripción de la representación gráfica se puede alterar la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral, pudiendo afectar a los derechos de terceros.

Resolución de 25-3-2024
BOE 17-4-2024
Registro de la Propiedad de Dos Hermanas, número 2.

CURATELA REPRESENTATIVA: APROBACIÓN JUDICIAL DE LA PARTICIÓN DE HERENCIA.

La partición de herencia en la que intervenga un curador representativo requiere su aprobación judicial.

No se discute en el presente caso que, en aplicación de las disposiciones transitorias de la Ley 8/2021, se trate de una curatela representativa, con las funciones legalmente atribuidas en tanto que, resolución judicial mediante, no se revise la situación de la persona con discapacidad. Y no debe intervenir defensor judicial, al no existir conflicto de intereses entre la tutora y el representado por ella.

Por ello, es ineludible aplicar los artículos 289 («no necesitarán autorización judicial la partición de herencia o la división de cosa común realizada por el curador representativo, pero una vez practicadas requerirán aprobación judicial (…)», análogo al artículo 272 en su redacción anterior a la Ley 8/2021, de 2 de junio) y 1060, párrafo segundo, del Código Civil («tampoco será necesaria autorización ni intervención judicial en la partición realizada por el curador con facultades de representación. La partición una vez practicada requerirá aprobación judicial»). Ciertamente, en el presente caso, se acredita la autorización judicial para la aceptación de la herencia. Pero el otorgamiento de la escritura calificada no se limita a una aceptación pura y simple de la herencia, sino que se ha producido la adjudicación de la misma.

Resolución de 25-3-2024
BOE 17-4-2024
Registro de la Propiedad de Getafe, número 2.

CAMBIO DE USO: APLICACIÓN DEL ART. 28 LEY DEL SUELO.

El cambio de uso de un local requiere el cumplimiento de los mismos requisititos que la declaración de obra nueva. En los casos en los que se admite la declaración responsable es preciso un documento de conformidad emitido por la administración.

Este centro directivo ha afirmado en numerosas ocasiones (cfr., entre otras, las Resoluciones de 20 de marzo y 28 de mayo de 2014, 15 de febrero y 13 de mayo de 2016, 26 de octubre de 2017, 16 de septiembre de 2020 y 7 de febrero de 2022),

que tras la redacción dada al artículo 10.3.b) de la Ley sobre propiedad horizontal por la Ley 8/2013, de 26 de junio, la realización de algún acto de división, segregación o agregación, con la finalidad recogida en dicho precepto, respecto de pisos, locales o anejos que formen parte de un edificio en régimen de propiedad horizontal requiere la previa autorización administrativa como acto de intervención preventiva que asegure su adecuación a la norma de planeamiento; si bien, por la remisión que tal precepto contenía al artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo (actualmente, artículo 26.6 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo), se entendió que serían de plena aplicación las excepciones contenidas en dicho artículo 26.6: a) cuando el número y características de los elementos privativos resultantes del complejo inmobiliario sean los que resulten de la licencia de obras que autorice la construcción de las edificaciones que integren aquel, y b) cuando la modificación del complejo no provoque un incremento del número de sus elementos privativos.

Es por tanto la respectiva legislación urbanística autonómica la que determinará, en última instancia, la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso la división de locales integrados en una propiedad horizontal. En caso de no concretar dicha normativa el tipo de título administrativo habilitante, y a los efectos de cumplir la exigencia de autorización administrativa requerida por el citado artículo 10.3 de la Ley sobre propiedad horizontal, debe estimarse suficiente, a efectos de inscripción, que se acredite la resolución administrativa de la que resulte autorizado el acto de división de locales, en su caso, de obra para segregación de local, independiente del uso final del mismo, todo ello de modo conforme a la ley urbanística autonómica y por remisión de esta, a las ordenanzas locales respectivas.

En relación con el cambio de uso que se formaliza mediante la escritura calificada, este centro directivo ha afirmado (vid. Resoluciones de 5 de agosto y 13 de noviembre de 2013, 21 de abril de 2014, 13 de mayo, 12 de septiembre y 30 de noviembre de 2016, 27 de junio de 2018, 27 de marzo de 2019, 21 de julio de 2021, 7 de julio de 2022 o 6 de febrero de 2023, entre otras), que el cambio de uso de la edificación es equiparable a la modificación de la declaración de obra inscrita, como elemento definitorio del objeto del derecho, y, por tanto, su régimen de acceso registral se basará en cualquiera de las dos vías previstas por el artículo 28 de la Ley de Suelo, con independencia del uso urbanístico previsto en planeamiento y el uso efectivo que, de hecho, se dé a la edificación.

En la escritura calificada se formaliza un cambio de uso del único local comercial existente en el edificio para destinarlo a siete viviendas, incorporando al efecto declaración responsable «para obras y demoliciones» y declaración responsable de «primera ocupación y de transformación de local en viviendas» presentada telemáticamente en el Ayuntamiento de Getafe. Así, se ha optado por el mecanismo previsto en el artículo 28.1 de la Ley de Suelo para acreditar la legalidad del cambio de uso. La legislación estatal exige dos requisitos distintos entre sí, que deben concurrir cumulativamente en la inscripción de una obra nueva y que deben verificar tanto el notario al autorizar la escritura como el registrador al practicar la inscripción: a) El acto expreso de conformidad, aprobación o autorización administrativa; que puede ser la usualmente conocida como licencia de obras, o un acto expreso o certificación de conformidad municipal referido a una

declaración responsable urbanística, ya que el citado artículo 28 admite distintos niveles de control administrativo de las actuaciones urbanísticas y habrá de estarse a la regulación de cada Comunidad Autónoma. Lo que no puede considerarse como título urbanístico habilitante suficiente es la mera declaración responsable que carece de la naturaleza de acto administrativo; y b) La licencia de uso o primera ocupación, que puede ser sustituida por una declaración responsable de ocupación y funcionamiento si así lo admite la legislación urbanística aplicable.

Así, como se ha expuesto anteriormente, el marco normativo estatal posibilita, en cuanto al primero de los requisitos, si alguna legislación autonómica lo previera, como ocurre entre otras en la Comunidad de Madrid, que como título habilitante de la actuación sea suficiente la declaración responsable urbanística de cambio de uso, de división de locales o viviendas o de implantación de actividades (acto de edificación), complementada con un acto o certificación expreso de conformidad municipal, no siendo válida, a efectos de inscripción, la conformidad emitida por parte de entidades urbanísticas colaboradoras por su falta de carácter administrativo, como señalan también las indicadas resoluciones.

La legislación urbanística de Madrid confirman la necesidad, a efectos registrales, del cumplimiento de los dos requisitos que se vienen repitiendo, y de los que se infiere, respecto del primer requisito, que la realización de los actos urbanísticos de cambio de uso de elementos concretos y de divisiones y segregaciones de pisos y locales en la Comunidad de Madrid necesitan, como título habilitante, la correspondiente declaración responsable urbanística junto con el acto de conformidad expreso del ayuntamiento que corresponda (referencia al artículo 28.1 de la citada ley estatal en el artículo 159.5 de la Ley del Suelo, de la Comunidad de Madrid).

La Resolución de este centro directivo de 30 de noviembre de 2016 hace referencia a cuáles de las exigencias a las que se refiere el apartado 1 del artículo 28 de la Ley de Suelo son aplicables a los supuestos de cambio de uso como el que es objeto de este recurso; y pone de relieve que, verificada la inscripción en el Registro de la Propiedad con unos usos determinados cuyo reflejo consta en la forma establecida en el artículo 45 del Real Decreto 1093/1997, «cualquier modificación que de los mismos se lleve a cabo exige nuevamente la aplicación de la norma sobre inscripción en el Registro de obras nuevas (…) Y esto es así porque aunque no siempre una alteración de la descripción de la obra nueva inscrita puede implicar la exigencia de acreditación de los requisitos exigidos por la normativa urbanística (vid. Resolución de 19 de febrero de 2005, en contraposición a la de 27 de diciembre de 2010), es evidente que la alteración del uso de todo o parte del edificio inscrito cuando la ley urbanística aplicable exija autorización nos reconduce a dicho supuesto en cuanto modificación del derecho de propiedad».

En definitiva, aunque en el supuesto objeto de este recurso no son exigibles licencia de obras ni licencia de primera ocupación, solo se aportan sendas declaraciones responsables «para obras y demoliciones» y «de primera ocupación y de transformación de local en viviendas», sin que ninguna de ellas vaya acompañada de un acto o certificación de conformidad municipal. Y, a la vista de ello, debe concluirse que la exigencia impuesta por la registradora en su calificación debe ser confirmada.

Resolución de 25-3-2024
BOE 17-4-2024
Registro de la Propiedad de Sepúlveda-Riaza.

DOCUMENTOS JUDICIALES: REQUISITOS DE INSCRIPCIÓN.

Se recuerdan requisitos generales para la inscripción de un documento judicial, tales como la determinación de la titularidad, las circunstancias personales del adquirente, la acreditación de la firmeza y el cumplimiento de requisitos fiscales.

Ha de señalarse que la literalidad de la sentencia genera cierta confusión a este respecto. Por un lado, en el fallo se declara el pleno dominio de la finca a favor del citado don V. S. M. C., sin hacer alusión alguna a su hermana, doña A. S. M. C. Sin embargo, en los fundamentos de Derecho de dicha sentencia sí que se alude a que la usucapión ahora reconocida parte de un justo título que es un contrato de permuta por el cual adquirieron la finca el actor y su hermana. Ante esta aparente contradicción, procede confirmar el defecto apreciado por el registrador, siendo preciso que se aclare el fallo de la sentencia para indicar quién o quiénes son las personas a cuyo favor se reconoce el dominio sobre esta finca. Y, en caso de que los favorecidos por tal declaración judicial sean ambos hermanos, será necesario, como señala el artículo 54 del Reglamento Hipotecario, especificar la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos que permitan conocerla indubitadamente.

En el título inscribible deben constar todas las circunstancias personales de aquel a cuyo favor deba practicarse la inscripción, es decir, las recogidas en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario.

Respecto a la exigencia de que se acredite la firmeza de la resolución judicial para practicar la inscripción, con carácter general debe recordarse, como la doctrina de este Centro Directivo así lo establece.

Por último, en relación a la exigencia de que se acredite el cumplimiento de las obligaciones fiscales del título inscribible, debe recordarse que la doctrina mantenida por este Centro Directivo ha establecido que el registrador, ante cualquier operación jurídica cuya registración se solicite, no sólo ha de calificar su validez y licitud, sino decidir también si se halla sujeto o no a impuestos; la valoración que haga de este último aspecto no será definitiva en el plano fiscal, pues no le corresponde la competencia liquidadora respecto de los diversos tributos; no obstante, será suficiente bien para acceder, en caso afirmativo, a la inscripción sin necesidad de que la Administración Fiscal ratifique la no sujeción, bien para suspenderla en caso negativo, en tanto no se acredite adecuadamente el pago, exención, prescripción o incluso la no sujeción respecto del impuesto que aquél consideró aplicable, de modo que el registrador, al sólo efecto de decidir la inscripción, puede apreciar por sí la no sujeción fiscal del acto inscribible, evitando una multiplicación injustificada de los trámites pertinentes para el adecuado desenvolvimiento de la actividad jurídica registral.

Resolución de 25-3-2024
BOE 17-4-2024
Registro de la Propiedad de Madrid, número 16.

CAMBIO DE USO: APLICACIÓN DEL ART. 28 LEY DEL SUELO.OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: ACREDITACIÓN DE LA TERMINACIÓN DE LA OBRA.

El cambio de uso de un local requiere el cumplimiento de los mismos requisititos que la declaración de obra nueva. En los casos en los que se admite la declaración responsable es preciso un documento de conformidad emitido por la administración.

Este centro directivo ha afirmado en numerosas ocasiones (cfr., entre otras, las Resoluciones de 20 de marzo y 28 de mayo de 2014, 15 de febrero y 13 de mayo de 2016, 26 de octubre de 2017, 16 de septiembre de 2020 y 7 de febrero de 2022), que tras la redacción dada al artículo 10.3.b) de la Ley sobre propiedad horizontal por la Ley 8/2013, de 26 de junio, la realización de algún acto de división, segregación o agregación, con la finalidad recogida en dicho precepto, respecto de pisos, locales o anejos que formen parte de un edificio en régimen de propiedad horizontal requiere la previa autorización administrativa como acto de intervención preventiva que asegure su adecuación a la norma de planeamiento; si bien, por la remisión que tal precepto contenía al artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo (actualmente, artículo 26.6 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo), se entendió que serían de plena aplicación las excepciones contenidas en dicho artículo 26.6: a) cuando el número y características de los elementos privativos resultantes del complejo inmobiliario sean los que resulten de la licencia de obras que autorice la construcción de las edificaciones que integren aquel, y b) cuando la modificación del complejo no provoque un incremento del número de sus elementos privativos.

Es por tanto la respectiva legislación urbanística autonómica la que determinará, en última instancia, la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso la división de locales integrados en una propiedad horizontal. En caso de no concretar dicha normativa el tipo de título administrativo habilitante, y a los efectos de cumplir la exigencia de autorización administrativa requerida por el citado artículo 10.3 de la Ley sobre propiedad horizontal, debe estimarse suficiente, a efectos de inscripción, que se acredite la resolución administrativa de la que resulte autorizado el acto de división de locales, en su caso, de obra para segregación de local, independiente del uso final del mismo, todo ello de modo conforme a la ley urbanística autonómica y por remisión de esta, a las ordenanzas locales respectivas.

En relación con el cambio de uso que se formaliza mediante la escritura calificada, este centro directivo ha afirmado (vid. Resoluciones de 5 de agosto y 13 de noviembre de 2013, 21 de abril de 2014, 13 de mayo, 12 de septiembre y 30 de noviembre de 2016, 27 de junio de 2018, 27 de marzo de 2019, 21 de julio de 2021, 7 de julio de 2022 o 6 de febrero de 2023, entre otras), que el cambio de uso de la edificación es equiparable a la modificación de la declaración de obra inscrita, como elemento definitorio del objeto del derecho, y, por tanto, su régimen de acceso registral se basará en cualquiera de las dos vías previstas por el artículo 28 de

la Ley de Suelo, con independencia del uso urbanístico previsto en planeamiento y el uso efectivo que, de hecho, se dé a la edificación.

En la escritura calificada se formaliza un cambio de uso del único local comercial existente en el edificio para destinarlo a siete viviendas, incorporando al efecto declaración responsable «para obras y demoliciones» y declaración responsable de «primera ocupación y de transformación de local en viviendas» presentada telemáticamente en el Ayuntamiento de Getafe. Así, se ha optado por el mecanismo previsto en el artículo 28.1 de la Ley de Suelo para acreditar la legalidad del cambio de uso. La legislación estatal exige dos requisitos distintos entre sí, que deben concurrir cumulativamente en la inscripción de una obra nueva y que deben verificar tanto el notario al autorizar la escritura como el registrador al practicar la inscripción: a) El acto expreso de conformidad, aprobación o autorización administrativa; que puede ser la usualmente conocida como licencia de obras, o un acto expreso o certificación de conformidad municipal referido a una declaración responsable urbanística, ya que el citado artículo 28 admite distintos niveles de control administrativo de las actuaciones urbanísticas y habrá de estarse a la regulación de cada Comunidad Autónoma. Lo que no puede considerarse como título urbanístico habilitante suficiente es la mera declaración responsable que carece de la naturaleza de acto administrativo; y b) La licencia de uso o primera ocupación, que puede ser sustituida por una declaración responsable de ocupación y funcionamiento si así lo admite la legislación urbanística aplicable.

Así, como se ha expuesto anteriormente, el marco normativo estatal posibilita, en cuanto al primero de los requisitos, si alguna legislación autonómica lo previera, como ocurre entre otras en la Comunidad de Madrid, que como título habilitante de la actuación sea suficiente la declaración responsable urbanística de cambio de uso, de división de locales o viviendas o de implantación de actividades (acto de edificación), complementada con un acto o certificación expreso de conformidad municipal, no siendo válida, a efectos de inscripción, la conformidad emitida por parte de entidades urbanísticas colaboradoras por su falta de carácter administrativo, como señalan también las indicadas resoluciones.

La legislación urbanística de Madrid confirman la necesidad, a efectos registrales, del cumplimiento de los dos requisitos que se vienen repitiendo, y de los que se infiere, respecto del primer requisito, que la realización de los actos urbanísticos de cambio de uso de elementos concretos y de divisiones y segregaciones de pisos y locales en la Comunidad de Madrid necesitan, como título habilitante, la correspondiente declaración responsable urbanística junto con el acto de conformidad expreso del ayuntamiento que corresponda (referencia al artículo 28.1 de la citada ley estatal en el artículo 159.5 de la Ley del Suelo, de la Comunidad de Madrid).

La Resolución de este centro directivo de 30 de noviembre de 2016 hace referencia a cuáles de las exigencias a las que se refiere el apartado 1 del artículo 28 de la Ley de Suelo son aplicables a los supuestos de cambio de uso como el que es objeto de este recurso; y pone de relieve que, verificada la inscripción en el Registro de la Propiedad con unos usos determinados cuyo reflejo consta en la forma establecida en el artículo 45 del Real Decreto 1093/1997, «cualquier modificación que de los mismos se lleve a cabo exige nuevamente la aplicación de la norma sobre inscripción en el Registro de obras nuevas (…) Y esto es así porque aunque no

siempre una alteración de la descripción de la obra nueva inscrita puede implicar la exigencia de acreditación de los requisitos exigidos por la normativa urbanística (vid. Resolución de 19 de febrero de 2005, en contraposición a la de 27 de diciembre de 2010), es evidente que la alteración del uso de todo o parte del edificio inscrito cuando la ley urbanística aplicable exija autorización nos reconduce a dicho supuesto en cuanto modificación del derecho de propiedad».

A la vista de lo anterior, debe concluirse que la exigencia impuesta por el registrador en su calificación relativa a la necesidad de contar con la conformidad del Ayuntamiento a que se refiere el artículo 159 de la citada Ley 9/2001, resulta aplicable en el presente supuesto.

En la escritura se formaliza una ampliación de obra nueva por la vía del artículo 28.4 de la Ley de Suelo, de modo tal que la finca pasa de tener una superficie edificada de 114, 31 metros cuadrados conforme al Registro, a una superficie construida total de 323, 89 metros cuadrados. Según resulta de las certificaciones catastrales incorporadas, la superficie total de los elementos que integran la finca es de 315 metros cuadrados. En el presente caso la controversia se centra en el requisito relativo a la acreditación de «la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título», en cuanto a este último elemento (identidad descriptiva).

Al respecto, debe traerse a colación la doctrina de este Centro Directivo (Resolución de 10 de marzo de 2012, reiterada entre otras por la de 31 de marzo de 2022 o 21 de junio de 2023), según la cual la acreditación de la antigüedad de la obra (o de sus mejoras o ampliaciones ex artículos 308 del Reglamento Hipotecario y 45 y 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio) a través de la certificación catastral se despliega en un doble aspecto: en relación con la construcción que se declara y en relación con la parcela sobre la que ésta se asienta. En relación con la parcela sobre la que se asienta la edificación, es necesario realizar una previa operación de correspondencia de la referencia catastral con la finca registral, que se regula en el artículo 45 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario. En relación con la construcción, como ha afirmado este Centro Directivo en Resoluciones, entre otras, de 25 de agosto de 2008, 1 de febrero de 2012, 29 de enero de 2015, 8 de febrero de 2016, 29 de junio de 2021, y más recientemente 1 de junio de 2023, no se trata el presente de un supuesto (como las inmatriculaciones) en que haya una exigencia legal de coincidencia total, sino que lo que las normas complementarias al Reglamento Hipotecario exigen en materia de obra nueva es que se acredite la realidad de la obra, que el proyecto se ajuste a licencia o, en su defecto, que hayan prescrito las medidas de restablecimiento de legalidad urbanística, y que no haya duda sobre la identidad de la finca según lo expresado en el título y en el documento justificativo de aquellos extremos.

En definitiva, al no tratarse de supuestos —como las inmatriculaciones— en que haya una exigencia legal de coincidencia total, y habiéndose acreditado suficientemente la realidad de la obra, su antigüedad y, con ello, la prescripción de las medidas de restablecimiento de legalidad urbanística, sin que existan dudas de la identidad entre la finca la expresada en el título y en el documento justificativo de aquéllos extremos, esto es, en las certificaciones catastrales aportadas, puede

concluirse que las objeciones planteadas en este punto por el registrador no pueden mantenerse.

Resolución de 25-3-2024
BOE 17-4-2024
Registro de la Propiedad de Baza.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

La rectificación de un asiento por inexactitud del título requiere el consentimiento del titular registral o resolución judicial.

Existe inexactitud cuando concurre cualquier discordancia entre el Registro y la realidad extrarregistral (cfr. artículo 39 de la Ley Hipotecaria), y existe error cuando, al trasladar al Registro cualquier dato que se encuentre en el título inscribible o en los documentos complementarios se incurre en una discordancia. A su vez, los errores pueden ser materiales y de concepto: son materiales cuando se ponen unas palabras por otras, pero no se altera el verdadero sentido de una inscripción ni de sus componentes básicos. En caso contrario el error es de concepto. La rectificación registral se practica conforme indica el artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

En el presente supuesto, al practicarse la inscripción 1.ª de agrupación se incurrió en un error en el asiento por parte del Registro, pues, al transcribir la palabra «cuevas» del lindero oeste que figuraba en el título se hizo constar en la inscripción dicho término en singular «cueva», ocasionándose así una pequeña discordancia entre el título y la inscripción. Ahora bien, dicho error debe reputarse material y no de concepto, porque permite afirmar que el error cometido no afecta al sentido general de la inscripción ni al de ninguno de sus conceptos. En este caso, el error podría haber sido rectificado en la primera inscripción por el registrador al confrontar el asiento con el título, conforme a lo establecido en el artículo 213 de la Ley Hipotecaria. Sin embargo, en el caso de este expediente se da la circunstancia de que se han practicado con posterioridad a la inscripción 1.ª otros asientos que han descrito nuevamente la finca (incluso se ha hecho constar un exceso de cabida), en los que consta el término «cueva» en singular, porque así figuraba en los títulos que motivaron dichas inscripciones posteriores, sin en que ninguno de ellos se haya subsanado el supuesto error. Por tanto, lo que ahora sucede, como sostiene el registrador, es que se estaría en presencia de una posible inexactitud producida por un error en el título, al reflejar la inscripción el lindero que consta en el título por el que se practicó la inscripción y que el recurrente manifiesta que es erróneo. De acuerdo con art. 40 LH, la rectificación requeriría en el presente supuesto el consentimiento de todos los titulares registrales de la finca, o una resolución judicial; lo cual no concurre en el este caso.

A la vista de los términos del poder, debe confirmarse el defecto del registrador que considera insuficientes las facultades alegadas por doña M. G. V. para prestar el consentimiento a la rectificación en nombre de su hermano, en tanto que no ha quedado acreditado que el poderdante haya aceptado la herencia de sus padres y en consecuencia ostente titularidad alguna sobre la finca 21.861 de Baza.

No puede tomarse en consideración el argumento de la recurrente, consistente en que la simple solicitud de rectificación material supone una aceptación tácita de la herencia, porque el poder en ningún caso le faculta para aceptar herencias en nombre de su hermano.

Resolución de 26-3-2024
BOE 17-4-2024
Registro de la Propiedad de Algeciras, número 1.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No puede fundamentarse la negativa a inscribir una base gráfica en la oposición infundada de un colindante.

Como señaló la Resolución de este Centro Directivo de 10 de noviembre de 2022, «cuando un particular formula oposición en términos confusos o sin que conste la autenticidad de su identidad, o validez y vigencia de la representación que alegue, o la identificación de cuál es la finca supuestamente invadida y en qué medida concreta, o cualquier otro extremo esencial, el registrador, como trámite para mejor proveer, puede requerirle para que subsane o complete tal escrito de oposición a fin de que el registrador pueda formarse un juicio cabal sobre la efectividad y fundamento de tal oposición y tomar la decisión que corresponda».

Por tanto, como es obvio cuando se utiliza una georreferenciación catastral, no hay invasión de parcela catastral colindante alguna. Y los opositores no sólo no concretan qué parte de su propia finca registral esté siendo supuestamente invadida, sino que ni siquiera aclaran si tal supuesta invasión lo es de su finca registral o de bienes de dominio público. Por todo ello, una calificación registral negativa basada exclusivamente en una oposición tan difusa, imprecisa e insuficientemente fundamentada, resulta también insuficientemente fundamentada, por lo que procede estimar el presente recurso.

Resolución 26-3-2024
BOE 17-4-2024
Registro de Palma de Mallorca número 1.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No puede fundamentarse la negativa a inscribir una base gráfica en la oposición infundada de un colindante.

La registración de un exceso de cabida stricto sensu solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originalmente registrados. El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de

la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el presente caso, pretendida la constancia registral de la disminución de cabida de la finca, junto con su base gráfica alternativa y, tramitado el expediente, se presentan los escritos de oposición anteriormente citados. Aunque, como señala el 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 no determina necesariamente la denegación de la inscripción», ello no puede entenderse en el sentido de que no puedan ser tenidas en cuenta tales alegaciones para formar el juicio del registrador, poniendo de manifiesto una situación de posible invasión de la finca colindante. En el supuesto de hecho aquí planteado, en el que la registradora expresamente manifiesta en su nota de calificación que «no existen dudas fundadas sobre la identidad de la finca 11.249, cuya representación gráfica georreferenciada se solicita su inscripción». En consecuencia, no formulada una duda de identidad en cuanto a la disminución de cabida de la finca y su representación gráfica, el hecho de haberse interpuesto reclamación económico-administrativa ante el acuerdo de alteración catastral no puede constituir, sin más, impedimento a la práctica de las operaciones registrales solicitadas.

Resolución de 26-3-2024
BOE 17-4-2024
Registro de la Propiedad de Vera.

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: PRESUNCIÓN DE EXACTITUD DE LOS ASIENTOS.

El registrador debe partir de lo que resulta de los asientos de la finca.

Del análisis de los asientos del Registro resulta, en primer lugar, que no consta proporción o porcentaje alguno de participación en la propiedad de la finca objeto del expediente sino hasta la inscripción parcial que causa el recurso —hasta ese momento era de la totalidad—; y, en segundo lugar, que, son claras las superficies junto con las suspensiones practicadas respecto de determinada cabida. Por otra parte, en el recurso no se impugna la especificación de la superficie de la finca adjudicada sino la participación o porcentaje que se le da al adjudicatario en la misma, que, tanto en la nota de información registral como en el inventario de la escritura, coincide que es la totalidad de la finca. Por tanto, no puede el registrador determinar por sí solo esa proporción o porcentaje. En definitiva, habiéndose recurrido exclusivamente lo relativo al porcentaje o participación adjudicada, no puede más que estimarse el recurso para que se inscriba la finca en su totalidad.

Por lo demás, el recurrente tiene los procedimientos legales para solicitar, en su caso, la inmatriculación de los excesos que crea pertinentes.

Resolución de 26-3-2024
BOE 17-4-2024
Registro de la Propiedad de Santiago de Compostela, número 1.

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ART. 98 LEY 24/2001.

En los casos de poder especial otorgado por una sociedad mercantil es necesario que la reseña que haga el notario alcance a los datos del concedente de dicho poder y la suficiencia de sus facultades.

En las Sentencias del TS de 20 y 22 de noviembre de 2018 y 1 de junio de 2021 se afirma que cuando se trata de un poder conferido por una sociedad mercantil que no consta inscrito, el notario autorizante debe, bajo su responsabilidad, comprobar de forma rigurosa la validez y vigencia del poder otorgado por dicha sociedad y dejar constancia de que ha desarrollado tal actuación, de forma que la reseña del documento auténtico del que resulta la representación exprese las circunstancias que, a juicio del notario, justifican la validez y vigencia del poder en ejercicio del cual interviene el apoderado, ya se trate de un poder general no inscrito, ya de un poder especial. Y el registrador debe revisar que el título autorizado permita corroborar que el notario ha ejercido su función de examen de la existencia y vigencia del poder y de la suficiencia de las facultades que confiere de forma completa y rigurosa, y que este juicio sea congruente con el contenido del título presentado, es decir, que resulte del contenido del juicio de suficiencia que dicha suficiencia se predica respecto del negocio jurídico otorgado, con la precisión necesaria para que no quepan dudas de que el notario ha calificado correctamente el negocio de que se trata y referido al mismo la suficiencia o insuficiencia de las facultades representativas.

En el presente caso, el notario autorizante de la escritura calificada se limita a expresar que el interviniente en representación de la sociedad titular registral actúa en virtud de un poder mediante la escritura de la que reseña el notario autorizante, su fecha y el número de protocolo, pero ha omitido toda referencia al carácter especial y a la persona concedente del poder y al título representativo que vincule a este último con la sociedad.

Resolución de 26-3-2024
BOE 17-4-2024
Registro de la Propiedad de Huete.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

La rectificación de un asiento exige la previa determinación de la causa del error y que se cumpla con lo establecido en el art. 40 LH.

Existe inexactitud cuando concurre cualquier discordancia entre el Registro y la realidad extrarregistral (cfr. artículo 39 de la Ley Hipotecaria), y existe error

cuando, al trasladar al Registro cualquier dato que se encuentre en el título inscribible o en los documentos complementarios se incurre en una discordancia. A su vez, los errores pueden ser materiales y de concepto: son materiales cuando se ponen unas palabras por otras, pero no se altera el verdadero sentido de una inscripción ni de sus componentes básicos. En caso contrario el error es de concepto. La rectificación registral se practica conforme indica el artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

En el presente caso, el supuesto error que la recurrente considera producido en el Registro de la Propiedad deriva de inscripciones practicadas hace años por un registrador anterior a la actual que califica y se pretende su rectificación por la registradora actual conforme al artículo 217 de la Ley Hipotecaria por entender la recurrente que se trata de un error de concepto.

En conclusión, para poder acceder a la pretensión de la recurrente de rectificación y cancelación de la inscripción 3.ª de las fincas registrales 135, 1.243, 1.296 y 2.643 del término municipal de Cañamares, haciendo revivir la inscripción 2.ª de dominio a favor de la recurrente, se precisa indagar cuál es la causa que ha motivado la eventual inexactitud registral. Determinada causa de la inexactitud, que en su caso se haya producido, procederá actuar conforme a lo dispuesto en los apartados c) o d) del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, según cual haya sido el motivo que hubiera determinado esa inexactitud.

Resolución de 26-3-2024
BOE 17-4-2024
Registro de la Propiedad de Mahón.

AGUAS: FORMAS DE CONSTATACIÓN REGISTRAL.

No hay obstáculo para reflejar que un pozo que ya consta inscrito se corresponde con determinad derecho de aprovechamiento que figura en el Registra administrativo de aguas.

No cabe por tanto duda de la identidad de la finca registral afectada, que es la misma a la que se refiere la documentación administrativa aportada identificativa de la titularidad del aprovechamiento de aguas. Tampoco puede sostenerse la falta de correspondencia de la identificación realizada de la autorización de explotación que resulta del Registro (SHB[…]) con la ahora señalada (ARE […]).

Respecto de la exigencia de georreferenciación tampoco puede mantenerse la nota de calificación, pues la reforma de la Ley Hipotecaria por la Ley 13/2015, de 24 de junio, estableció unos supuestos de georreferenciación obligatoria para los supuestos de apertura de folio registral, inmatriculación y otros, sin que haya precepto alguno que exija esa representación gráfica obligatoria respecto de derechos ya inscritos con anterioridad, que están bajo la salvaguarda de los tribunales y donde la georreferenciación es meramente potestativa (véase artículos 1, 9.b) y 10 de la Ley Hipotecaria).

Tampoco es exigible el consentimiento de los titulares de derechos posteriores a la inscripción de los derechos de aprovechamiento de aguas, reflejados en la inscripción 8.ª , como es el caso de los titulares de las fincas dominantes de la

servidumbre constituida en la inscripción 7.ª , en la medida que esa servidumbre va a permanecer inalterada en favor de las fincas favorecidas, sin que la actualización de la coordinación con el Registro administrativo de aguas en cuanto a la titularidad del aprovechamiento modifique o altere tal inscripción de servidumbre de saca de aguas.

Para precisar la funcionalidad del Registro de la Propiedad en los diferentes supuestos de aprovechamientos de aguas, públicas y privadas, que pueden inscribirse en el Registro de Aguas o en el Catálogo de Aprovechamientos de Aguas Privadas, debe partirse de la existencia de distintos grados y modos de relación de los dos elementos reales constitutivos de esos aprovechamientos, que, en lo que ahora interesa, a efectos de esa funcionalidad del Registro de la Propiedad, son el derecho a beneficiarse del agua y la finca que se beneficia de la misma. En cualquier caso será imprescindible acompañar al título o documento principal en que funde inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse la inscripción (cfr. artículo 33 del Reglamento Hipotecario), el complementario consistente en la certificación del organismo de cuenca o Administración hidráulica de Comunidad Autónoma competente en la correspondiente cuenca intracomunitaria, acreditativa del contenido de la oportuna inscripción en el Catálogo de Aprovechamientos de Aguas Privadas, y la certificación negativa de inscripción en el Registro de Aguas.

Resolución de 26-3-2024
BOE 17-4-2024
Registro de la Propiedad de Mahón.

AGUAS: FORMAS DE CONSTATACIÓN REGISTRAL.

No hay obstáculo para reflejar que un pozo que ya consta inscrito se corresponde con determinad derecho de aprovechamiento que figura en el Registra administrativo de aguas.

No cabe por tanto duda de la identidad de la finca registral afectada,

Resolución de 9-4-2024
BOE 26-4-2024
Registro de Manacor número 1.

HERENCIA: ALBACEA TESTAMENTARIO DEL DERECHO ALEMÁN.

Una vez adjudicados los bienes a los herederos no puede ostentar ya el albacea facultades dispositivas sobre dichos bienes.

Ciertamente, en el Derecho alemán la herencia deferida se adquiere por el hecho de la delación —salvo repudiación—, y no por el hecho de la aceptación hereditaria como sucede en el sistema romano vigente en nuestro Derecho. La función del «albacea testamentario» en el Derecho alemán («Testamentsvollstrecker») consiste en ejecutar las disposiciones de última voluntad del testador; y, si existen varios herederos, deberá encargarse de la partición y adjudicación de la

herencia entre todos ellos. Debe administrar la herencia. Está facultado, en particular, para tomar posesión de la herencia y disponer de los bienes de ésta. Y los herederos no pueden disponer de los bienes sujetos a la administración del albacea testamentario. Además, el testador puede determinar la duración de la ejecución testamentaria. En general, la ejecución permanente puede disponerse durante un máximo de treinta años.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que tanto en el Derecho español, como en el Derecho alemán, la partición de la herencia es un acto de especificación del dominio que, si bien no constituye un acto de enajenación para el cual hubiera estado facultado el albacea conforme al Derecho alemán, es indudablemente un acto por el cual se convierte el derecho de propiedad hereditario «in abstracto» (que, en el sistema germánico, corresponde a los herederos por el hecho de la delación hereditaria y no por el de la aceptación de la herencia), en un derecho hereditario «in concreto».

En el presente supuesto, mediante la escritura de partición de herencia, el albacea testamentario cumplió, como consideró oportuno, su cometido según las atribuciones que le competen en el Derecho alemán. De este modo, cumplido su cometido, el albacea testamentario ya había convertido a cada uno de los herederos en propietarios exclusivos de cuotas indivisas de dicho bien. Por ello, una vez ejecutadas las disposiciones de última voluntad de la testadora, dicho ejecutor no puede conservar ese poder de disposición que alcanza únicamente a los bienes relictos que se hallen todavía en administración testamentaria.

Por ello, son los herederos los únicos que, cada uno respecto de su cuota indivisa, conforme al artículo 399 del Código Civil español (vid., también, el artículo 1259 del mismo Código Civil), ostentan el poder de disposición requerido para la transmisión dominical instrumentada en la escritura cuya calificación ha sido recurrida, sin que sea posible su eficacia civil, ni, consecuentemente, su inscripción sin que conste el consentimiento de los herederos.

Resolución de 9-4-2024
BOE 26-4-2024
Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 1.

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: ÁMBITO.

No es título inscribible el convenio regulado para una disolución de condominio entre los ex cónyuges.

Según la reiterada doctrina de esta Dirección General (vid. Resoluciones citadas en el apartado «Vistos» de la presente), la calificación registral no entra en el fondo de la resolución judicial, ni en la validez del convenio regulador aprobado judicialmente, sino en si tal convenio constituye o no título inscribible para la práctica del asiento registral teniendo en cuenta los aspectos susceptibles de calificación registral conforme a los artículos 100 del Reglamento Hipotecario y 522 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que hacen referencia, entre otros extremos, a la calificación registral de la congruencia de la resolución con el procedimiento en que se ha dictado y de los obstáculos derivados de la legislación registral.

Ciertamente, este Centro Directivo ha puesto de manifiesto que es inscribible el convenio regulador sobre liquidación del régimen económico-matrimonial que conste en testimonio judicial acreditativo de dicho convenio, siempre que haya sido aprobado por la sentencia que acuerda la nulidad, la separación o el divorcio. Según la referida doctrina, esta Dirección General ha entendido en casos análogos al del presente recurso que, a los efectos de su inscripción, no puede admitirse el convenio regulador, aprobado judicialmente, como documento de formalización de la extinción de una comunidad de bienes adquiridos al margen o en ausencia de todo régimen conyugal (vid. las Resoluciones de 16 de junio de 2010, 13 de octubre de 2016, 21 de junio de 2017, 24 de octubre de 2018 y 25 de julio de 2019). En el convenio objeto de la calificación impugnada, además de proceder a regular las relaciones paterno-filiales «stricto sensu» los progenitores aprovechan para extinguir el condominio existente entre ambos sobre un inmueble, llevando a cabo su liquidación.

Por ello, la eficacia de la aprobación judicial —dentro de los límites jurisdiccionales y competenciales legalmente reconocidos al órgano juzgador— sólo puede extenderse a las medidas relativas a la guarda y custodia de los hijos, por lo que otras disposiciones contenidas en el convenio regulador resultarían ajenas a ella. Debe concluirse, por tanto, que el acuerdo suscrito no deja de ser un documento privado cuyo acceso al Registro no quedaría amparado por el artículo 90 del Código Civil.

Resolución de 9-4-2024
BOE 26-4-2024
Registro de la Propiedad de Markina-Xemein.

CAMBIO DE USO: APLICACIÓN DEL ART. 28 LEY DEL SUELO.

El cambio de uso de un local requiere el cumplimiento de los mismos requisititos que la declaración de obra nueva. En aquellas Comunidades Autónomas en las que, como en el País Vasco, la normativa autonómica, según la interpretación de que de ella han realizado los Tribunales, prevé la imprescriptibilidad la modificación de uso, la única vía admisible para la inscripción registral de la modificación es la acreditación de la oportuna licencia o certificado municipal que acredite su situación consolidada o en fuera de ordenación, al amparo del artículo 28.1 de la Ley de Suelo.

Este centro directivo ha afirmado en numerosas ocasiones (cfr., entre otras, las Resoluciones de 20 de marzo y 28 de mayo de 2014, 15 de febrero y 13 de mayo de 2016, 26 de octubre de 2017, 16 de septiembre de 2020 y 7 de febrero de 2022), que tras la redacción dada al artículo 10.3.b) de la Ley sobre propiedad horizontal por la Ley 8/2013, de 26 de junio, la realización de algún acto de división, segregación o agregación, con la finalidad recogida en dicho precepto, respecto de pisos, locales o anejos que formen parte de un edificio en régimen de propiedad horizontal requiere la previa autorización administrativa como acto de intervención preventiva que asegure su adecuación a la norma de planeamiento; si bien, por la remisión que tal precepto contenía al artículo 17.6 del texto refundido de la Ley

de Suelo (actualmente, artículo 26.6 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo), se entendió que serían de plena aplicación las excepciones contenidas en dicho artículo 26.6: a) cuando el número y características de los elementos privativos resultantes del complejo inmobiliario sean los que resulten de la licencia de obras que autorice la construcción de las edificaciones que integren aquel, y b) cuando la modificación del complejo no provoque un incremento del número de sus elementos privativos.

Es al Ayuntamiento al que le corresponde ese concreto control y es él el que debería haber reaccionado contra la infracción urbanística que se hubiere podido cometer, anotando en su caso el expediente incoado en el Registro de la Propiedad, y quien también estará obligado, una vez recibida la notificación por parte del registrador de haber realizado la inscripción del cambio de uso, a dictar la resolución necesaria para hacer constar en el Registro de la Propiedad, por nota al margen de la inscripción del cambio de uso, la concreta situación urbanística de la finca tras dicho cambio, con la delimitación de su contenido e indicación expresa de las limitaciones que imponga al propietario, incurriendo en responsabilidad en caso de no hacerlo por los perjuicios económicos que se produzcan al adquirente de buena fe de la finca —cfr. artículo 28.4 de la Ley de Suelo—. A su vez, la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento será recurrible ante los Juzgados del orden jurisdiccional contencioso-administrativo —artículo. 64 de la Ley de Suelo—.

En el presente caso se plantea la posibilidad de inscribir la modificación de la descripción registral de una buhardilla para hacer constar su uso como vivienda, inscripción que se solicita al amparo de lo dispuesto en el artículo 28.4 del texto refundido de la Ley del Suelo. La finca se ubica en Lekeitio, siendo aplicable la normativa urbanística vasca. En el caso del País Vasco, el artículo 224.4 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo. Este precepto ha sido objeto de reciente interpretación por parte de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en su sentencia de 8 de febrero de 2023. El Tribunal interpreta el citado artículo concluyendo que: «Por el contrario, una interpretación sistemática y acorde con el espíritu y finalidad de la norma obliga a concluir que el restablecimiento de la legalidad urbanística respecto del uso clandestino contrario a la ordenación urbanística, por su carácter continuado, no está sujeto al plazo límite previsto por el art. 224.4 LSU, como lo evidencia su propia literalidad al no mencionar los usos y referir tal límite de plazo a las "obras, trabajos e instalaciones", siendo así que las operaciones de restauración de la legalidad urbanística que contempla el art. 224 LSU se refieren a actos y actuaciones clandestinas, expresión que engloba los actos de construcción pero también los usos. Quiere ello decir que el plazo de cuatro años que para la restauración de la legalidad urbanística concede el artículo 185 del Texto Refundido de la Ley del Suelo se refiere a actividades que se llevan a cabo en un momento determinado (en concreto, tal como el proyecto dice literalmente, a 'realización de obras') pero no a actividades continuadas, como el uso de los edificios, que puede ser prohibido, si es ilegal, en tanto en cuanto se esté realizando." y, por la identidad de los supuestos contemplados, lo expresa la STS de 22 de enero de 1992 (ROJ: STS 365/1992–ECLI:ES:TS:1992:365) en la que se admite la reacción municipal produ-

cida una vez concluido el plazo de caducidad en relación con el uso de un trastero como vivienda (…)».

Esta Dirección General debe tener presente tal doctrina jurisprudencial, aun procedente del orden jurisdiccional contencioso administrativo, en la medida que es determinante de uno de los presupuestos definidos por el citado artículo 28.4 de la Ley de Suelo, es decir, que se trate de «construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes». De esta forma, en aquellas Autonomías que no admitan la prescripción de la modificación de uso, la única vía admisible para la inscripción registral de la modificación de la descripción de la finca en cuanto su destino es la acreditación de la oportuna licencia o certificado municipal que acredite su situación consolidada o en fuera de ordenación, al amparo del artículo 28.1 de la Ley de Suelo, sin que sea posible su inscripción sin acreditar algún título administrativo habilitante.

Resolución de 9-4-2024
BOE 26-4-2024
Registro de Tamarite de Litera.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

No cabe utilizar el recurso gubernativo para solicitar la rectificación o anulación de un asiento ya practicado.

El artículo 201.3 de la Ley Hipotecaria permite la rectificación de diferencias de superficie que no excedan del 10 % de la cabida inscrita, cuando se cumplan los presupuestos previstos en el mismo, sin necesidad de tramitar expediente alguno. Ahora bien, una vez realizada la operación registral, dice el precepto: «el Registrador la notificará a los titulares registrales de las fincas colindantes». En el supuesto de este expediente, a pesar de que la notificación se efectuó al amparo del artículo 201.3 de la Ley Hipotecaria y una vez practicada la inscripción, deben aplicarse las mismas consideraciones. Puede afirmarse, por tanto, que el registrador no tenía la obligación de comunicar al colindante la desestimación de sus alegaciones, pues tal obligación no está prevista en ninguna norma legal. Ahora bien, en el caso que decidiera hacerlo, tal notificación debería tener únicamente carácter informativo, pero en ningún caso debería estar sujeta a la posibilidad de recurso.

Es doctrina reiteradísima de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones citadas en «Vistos», basándose en el contenido del artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, Sentencia de 22 de mayo de 2000), que el recurso tiene por objeto exclusivamente las calificaciones del registrador por las que se suspende o deniega la práctica de los asientos solicitados, determinando si han sido o no ajustadas a Derecho (artículos 19, 19 bis, 66 y 326 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario). No es por tanto el recurso el cauce adecuado para dejar sin efecto un asiento ya practicado en los libros del Registro. Por tanto, a la luz de esta doctrina es claro que el recurso no puede prosperar, pues practicado el asiento, el mismo se halla bajo la salvaguardia judi-

cial y no es posible, en el concreto ámbito de este expediente, suspender, como se pretende, la coordinación gráfica de la finca ni rectificar la inscripción practicada.

Resolución de 9-4-2024
BOE 26-4-2024
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 7.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Solo cabe suspender la inmatriculación por dudas respecto a la identidad de la finca cuando esas dudas son suficientemente fundadas.

En el caso de este expediente, la registradora en su nota de calificación, transcrita más arriba, expresa los motivos por los que tiene indicios de que la finca que se pretende inmatricular pudiera coincidir con otra previamente inmatriculada, quedando identificada la finca que pudiera verse afectada por la operación que pretende acceder al Registro. Debe confirmarse, como ya ha señalado este Centro Directivo, que en todo caso el registrador debe extremar el celo en las inmatriculaciones para evitar que se produzca la indeseable doble inmatriculación; y además, hay que considerar que el procedimiento previsto en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria tiene menores garantías, al no exigir la previa intervención de titulares de fincas colindantes que pudieran verse afectados, siendo éstos los más interesados en velar que el acceso de una nueva finca al Registro no se haga a costa, o en perjuicio, de los fundos limítrofes, pudiendo producirse, en caso contrario un supuesto de indefensión.

En presente expediente ha quedado acreditado que la nota de calificación, tal y como ha sido redactada, se fundamenta en una simple conjetura que, a su vez, trata de ser subsanada por la recurrente mediante la propia manifestación del titular de la finca que pudiera verse afectada. Por tanto, la propia redacción condicional de la nota de calificación, así como el acta de manifestaciones aportada al expediente, determinan la falta de fundamento de las dudas expuestas por la registradora a la hora de suspender la inmatriculación pretendida.

Resolución de 10-4-2024
BOE 26-4-2024
Registro de la Propiedad de San Martín de Valdeiglesias.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PREVIA INSCRIPCIÓN A FAVOR DEL TRANSMITENTE.

No cabe la inscripción de un título si no aparece la finca inscrita a favor del otorgante que transmite o constituye el derecho.

Conviene recordar que el principio de tracto sucesivo, consagrado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, impone que para inscribir actos declarativos, constitutivos, modificativos o extintivos del dominio o de los derechos constituidos sobre el mismo, dichos actos deberán estar otorgados por los titulares registrales,

ya sea por su participación voluntaria en ellos, ya por decidirse en una resolución judicial dictada contra los mencionados titulares registrales, lo cual no es sino aplicación del principio de legitimación registral, según el cual a todos los efectos legales se presume que los derechos reales inscritos en el registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo (artículo 38.1.º de la Ley Hipotecaria).

La recurrente alega que según las inscripciones anteriores la finca estuvo inscrita a nombre de la entidad mercantil «Promociones Inmobiliarias Maqueda-Martín, S.L.», indicando que posteriormente consta el contrato de arrendamiento que ahora se eleva a público, no inscrito, y ello, independientemente de la inscripción de la titularidad de la sociedad «Buildingcenter, S.A.» y entiende que no es cierto que no exista tracto sucesivo. Asimismo, considera que no es necesario el consentimiento de la promotora por no intervenir en el arrendamiento. El título que primero accede al Registro determina, por esta sola razón, el cierre registral respecto de cualquiera otro que, aun siendo anterior, resulte incompatible con él. Es indiferente que el título que primero accedió al Registro sea de peor condición que el incompatible, y que, en definitiva, haya de ceder ante él, pues mientras la inscripción de aquél subsista, este otro verá cerrado su reflejo registral y, puesto que aquella inscripción queda bajo la salvaguardia de los tribunales (artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria), es obvio que será al titular incompatible a quien corresponderá la carga de impugnar judicialmente aquélla.

Resolución de 10-4-2024
BOE 26-4-2024
Registro de la Propiedad de San Martín de Valdeiglesias.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PREVIA INSCRIPCIÓN A FAVOR DEL TRANSMITENTE.

No cabe la inscripción de un título si no aparece la finca inscrita a favor del otorgante que transmite o constituye el derecho.

Conviene recordar que el principio de tracto sucesivo, consagrado en el

Conviene recordar que el principio de tracto sucesivo, consagrado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, impone que para inscribir actos declarativos, constitutivos, modificativos o extintivos del dominio o de los derechos constituidos sobre el mismo, dichos actos deberán estar otorgados por los titulares registrales, ya sea por su participación voluntaria en ellos, ya por decidirse en una resolución judicial dictada contra los mencionados titulares registrales, lo cual no es sino aplicación del principio de legitimación registral, según el cual a todos los efectos legales se presume que los derechos reales inscritos en el registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo (artículo 38.1.º de la Ley Hipotecaria).

La recurrente alega que según las inscripciones anteriores la finca estuvo inscrita a nombre de la entidad mercantil «Promociones Inmobiliarias Maqueda-Martín, S.L.», indicando que posteriormente consta el contrato de arrendamiento que ahora se eleva a público, no inscrito, y ello, independientemente de la

inscripción de la titularidad de la sociedad «Buildingcenter, S.A.» y entiende que no es cierto que no exista tracto sucesivo. Asimismo, considera que no es necesario el consentimiento de la promotora por no intervenir en el arrendamiento. El título que primero accede al Registro determina, por esta sola razón, el cierre registral respecto de cualquiera otro que, aun siendo anterior, resulte incompatible con él. Es indiferente que el título que primero accedió al Registro sea de peor condición que el incompatible, y que, en definitiva, haya de ceder ante él, pues mientras la inscripción de aquél subsista, este otro verá cerrado su reflejo registral y, puesto que aquella inscripción queda bajo la salvaguardia de los tribunales (artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria), es obvio que será al titular incompatible a quien corresponderá la carga de impugnar judicialmente aquélla.

Resolución de 10-4-2024
BOE 26-4-2024
Registro de la Propiedad de Talavera de la Reina, número 3.

VÍAS PECUARIAS: NOTA MARGINAL DE POSIBLE DESLINDE FUTURO.

No cabe practicar ningún asiento si la intervención del titular registral y sin que dicho asiento tenga un contenido concreto.

Como ha venido resolviendo esta Dirección General (vid., por todas, la Resolución de 15 de enero de 2013), ya antes de la redacción actual del artículo 99 del Reglamento Hipotecario, dada por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982, este Centro Directivo había mantenido de forma reiterada la doctrina de que, dentro de los límites de su función, goza el registrador de una mayor libertad para calificar el documento administrativo en relación con el judicial, y en particular si se trata del examen de los trámites esenciales del procedimiento seguido, a fin de comprobar el cumplimiento de las garantías que para los particulares están establecidas por las leyes y reglamentos (cfr. entre otras, Resolución de 30 de septiembre de 1980).

A diferencia de las inscripciones, donde la doctrina y la jurisprudencia admiten la existencia de «numerus apertus» (así, los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario hablan de «cualesquiera otros derechos reales») en materia notas marginales nadie duda de que en nuestro ordenamiento jurídico rige un principio de «numerus clausus». No cabe practicar notas marginales, sino en los casos expresamente previstos en la Ley y el Reglamento Hipotecario. El procedimiento registral es de orden público.

La Administración Pública tiene la posibilidad de iniciar un procedimiento de deslinde haciendo constar por nota al margen su incoación. Así, con carácter general la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, lo dispone, en su artículo 52. En parecidos términos se pronuncia el artículo 8, apartado 5, de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias. La nota marginal previa al inicio del expediente de deslinde, como pretende la recurrente no está prevista en la normativa reguladora de las vías pecuarias, ni tampoco se prevé en la normativa general de las Administraciones Públicas.

Admitir una nota marginal de las características de las que pretende la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha iría en contra del principio registral de tracto sucesivo (artículo 20 de la Ley Hipotecaria), trasunto del principio constitucional de tutela judicial efectiva, pues supondría que la finca quedaría mermada en su valor por una afección indeterminada en su extensión y duración, sin haber sido oído al respecto el propio titular de dominio de la finca afectada. Sin procedimiento administrativo alguno, se pretende hacer constar por nota marginal en la finca la posible afección de la finca a un deslinde futuro, con los daños y perjuicios inmediatos que eso produce (en la medida que va a restringir su tráfico jurídico).

Por último, es preciso señalar un error en la fundamentación del recurrente, en relación con la posibilidad de que puedan aparecer terceros protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con la superficie y linderos que se derivan de la inscripción de la base gráfica y su coordinación con Catastro. Los efectos de la inscripción de la base gráfica, ya sea catastral, o alternativa una vez coordinada con Catastro, se recogen en el artículo 10.5 de la Ley Hipotecaria que establece que: «Alcanzada la coordinación gráfica con el Catastro e inscrita la representación gráfica de la finca en el Registro, se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real». Por tanto, se presume que la finca tiene la ubicación y delimitación geográfica que resulta de la base gráfica, pero se trata de una presunción «iuris tantum» que admitirá, en todo caso, prueba en contrario en el correspondiente procedimiento de deslinde administrativo realizado por los trámites correspondientes.

Resolución de 10-4-2024
BOE 26-4-2024
Registro de la Propiedad Valverde del Camino.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No cabe inscribir una base gráfica si existen dudas fundadas de que se está encubriendo la realización de un negocio traslativo u operación de modificación hipotecaria.

Si la representación gráfica georreferenciada no es inscribible por albergar el registrador dudas fundadas acerca de que con la misma se invada otra finca ya inscrita o el dominio público, lo procedente es denegar, no suspender, la inscripción.

El registrador ha de calificar la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse: a que la representación gráfica aportada coincida en todo o en parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, o a que se invadan fincas colindantes inmatriculadas, o a que se encubra un negocio traslativo u operación de modificación hipotecaria. El juicio de identidad de finca que en su caso formule el registrador habrá de ser motivado, y fundado en criterios objetivos y razonados.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación, por la existencia de un indicio de encubrimiento de negocio tras-

lativo y de operación de modificación de entidad hipotecaria sin acceso registral, que no puede resolverse en el ámbito de un expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, sino presentando los títulos adecuados para ello, o rectificando el título que causó la inscripción en favor de los recurrentes, con intervención de todos los otorgantes y los posibles titulares catastrales afectados.

Resolución de 10-4-2024
BOE 26-4-2024
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 11.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

Caducada una anotación de embargo que sustenta un procedimiento de ejecución, no cabrá ya cancelar las cargas posteriores.

De lo establecido en el art. 86 LH se extrae la conclusión de que las anotaciones preventivas tienen una vigencia determinada y su caducidad opera «ipso iure» una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, entre ellos la posición de prioridad que las mismas conceden a su titular, y que permite la inscripción de un bien con cancelación de cargas posteriores a favor del adjudicatario, que ha adquirido en el procedimiento del que deriva la anotación, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175.2.ª del Reglamento Hipotecario, si al tiempo de presentarse aquél en el Registro, se había operado ya la caducidad. Y ello porque como consecuencia de ésta, han avanzado de rango y pasado a ser registralmente preferentes.

En el supuesto de hecho que da lugar a la presente Resolución, cuando el testimonio del decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas se presentan en el Registro, la anotación preventiva de embargo de la que dimanan ya había sido cancelada por caducidad conforme al artículo 353 del Reglamento Hipotecario el día 30 de junio de 2021. En consecuencia, se toma razón del auto de adjudicación, pero se rechaza la cancelación de las anotaciones posteriores, que se encuentran vigentes, al estar cancelada por caducidad la anotación del embargo letra A convertida por la B y prorrogada por la D, ordenada en los autos que dan lugar al mandamiento cancelatorio.

También se había pronunciado esta Dirección General sobre los efectos que en cuanto a la duración y vigencia de la anotación de embargo tiene la nota marginal de expedición de la certificación de dominio y cargas prevista en el artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, la reciente Sentencia número 237/2021, de 4 de mayo, del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, ha fijado la posición jurisprudencial definitiva en esta materia, modificando en parte el criterio de las anteriores Sentencias, y recogiendo argumentos de esta Dirección General en aras de la seguridad jurídica. En conclusión, el Tribunal Supremo —acogiendo alguna de las preocupaciones manifestadas en la doctrina de este centro directivo— ha matizado su doctrina contenida en la Sentencia número

427/2017, de 7 de julio, en cuanto que la emisión de la certificación de cargas y la extensión de la nota marginal más que «causar estado» definitivo, constituyen una prórroga temporal, de cuatro años, a la anotación preventiva de embargo, de forma que durante este periodo podrá hacerse valer el efecto de cancelación de cargas posteriores del eventual decreto de adjudicación dictado en esa ejecución. Procede por tanto que este centro directivo se acomode a su vez a la doctrina del Tribunal Supremo (Sentencia número 237/2021, de 4 de mayo, del Pleno de la Sala de lo Civil) antes citada.

En el caso que ahora es objeto de análisis, a la vista de las anteriores consideraciones, no cabe sino desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada. La anotación de embargo preventivo letra A causada a resultas del procedimiento de ejecución se practicó el día 26 de septiembre de 2012, fue convertida en anotación de embargo ejecutivo por la anotación letra B el día 29 de julio de 2013, y prorrogada por la anotación letra D el día 13 de julio de 2016. La nota marginal expresiva de haberse expedido la certificación de cargas es de fecha 18 de marzo de 2016, mientras que el testimonio del decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas son de fecha 28 y 29 de septiembre de 2023, respectivamente, y se presentaron en el Registro el día 4 de octubre de 2023.

Resolución de 11-4-2024
BOE 26-4-2024
Registro de la Propiedad de Móstoles, número 1.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: DEMANDA DIRIGIDA CONTRA HEREDEROS DEL TITULAR REGISTRAL. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: REANUDACIÓN DEL TRACTO POR SENTENCIA JUDICIAL.

Se hace un análisis de las formas de entablar demanda frente a los herederos del titular registral, según las circunstancias. También se reitera la doctrina relativa a los requisitos para que una sentencia judicial sea título apto para reanudar el tracto sucesivo interrumpido.

Como cuestión previa conviene recordar que conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose de plano cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma. También es necesario reiterar, ante las apreciaciones realizadas en el escrito de recurso, la doctrina de este Centro Directivo, según la cual, el registrador no queda vinculado por calificaciones efectuadas por otros registradores, como resulta del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, que dispone que el registrador califica bajo su responsabilidad.

También es conveniente señalar que es doctrina reiteradísima de este Centro Directivo, que el escrupuloso respeto a la función jurisdiccional que ha de guardar el registrador, implica el deber de cumplir las resoluciones judiciales firmes, sin que pueda entrar en el fondo de las mismas a la hora de proceder a su calificación, ahora bien hay que conciliar dicho respeto con el alcance de la calificación registral de los documentos judiciales, cuando existen obstáculos derivados del

propio Registro, alguno de cuyos aspectos concurren en el supuesto objeto de este recurso.

Es principio básico de nuestro sistema registral el de que todo título que pretenda su acceso al Registro ha de venir otorgado por el titular registral o en procedimiento seguido contra él (cfr. artículos 20 y 40 de la Ley Hipotecaria). Si dicho titular registral ha fallecido, el procedimiento habrá de seguirse con quienes sea sus herederos. Y en estos casos caben dos posibilidades: a) que todavía no se haya producido la aceptación, en cuyo saco nos encontramos en situación de herencia yacente y habrá que tener en cuenta la doctrina de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo número 590/2021, de 9 de septiembre, recogida en numerosas Resoluciones de esta Dirección General (véase entre las más recientes la de 8 de enero de 2024). Cuando se demanda a una herencia yacente caben dos posibilidades: — que se conozca o se tengan indicios de la existencia de concretas personas llamadas a la herencia. En este caso, habrá de dirigirse la demanda contra estos herederos, previa averiguación de su identidad y domicilio. — que no se tenga indicio alguno de la existencia de herederos interesados en la herencia yacente (casos de personas que han fallecido sin testamento y sin parientes conocidos con derecho a la sucesión intestada). En estos supuestos, además de emplazar a los ignorados herederos por edictos, se debe comunicar al Estado o a la Comunidad Autónoma llamada por la normativa civil aplicable a la sucesión intestada a falta de otros, la pendencia del proceso, conforme al citado artículo 150.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. b) que los herederos ya hayan aceptado la herencia, constituyendo la comunidad hereditaria. Entonces habrá de dirigirse la demanda contra todos ellos.

Como repetidamente ha afirmado esta Dirección General no incumbe al registrador determinar cuál es el alcance de los efectos producidos por la sentencia presentada. Dicha facultad incumbe con carácter exclusivo al juzgador por tener constitucionalmente atribuida la competencia de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado tal y como expresamente afirma el artículo 117 de la Constitución Española. Por otro lado, incumbe también al registrador calificar la congruencia del procedimiento con el fallo judicial y la adecuada conexión del procedimiento con el titular registral, en los términos antes expuestos. El contenido de la sentencia calificada adolece de cierta imprecisión, que impide saber con exactitud si los transmitentes son directamente los titulares registrales (en cuyo caso, lo procedente sería acordar la elevación a público de un documento privado), o ha habido alguna otra transmisión intermedia. En este segundo caso procedería aplicar la doctrina de este Centro Directivo acerca de la posibilidad de utilizar un procedimiento ordinario para conseguir la reanudación del tracto sucesivo interrumpido.

Aunque la demanda se haya dirigido contra el titular registral, la sentencia dictada en procedimiento declarativo sólo valdría para reanudar el tracto en el supuesto en que aparecieran como demandados los titulares registrales, quienes de ellos adquirieron y todos los titulares intermedios hasta enlazar con la titularidad del demandante. Las consideraciones efectuadas en los anteriores fundamentos jurídicos se ven confirmadas tras la reforma operada en la Ley Hipotecaria por la Ley 13/2015, de 24 de junio. Esta interpretación ha sido avalada por una reciente Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2023.

Resolución de 11-4-2024
BOE 26-4-2024
Registro de la Propiedad de Valdepeñas.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

En el caso de que la finca inmatriculada forme parte de otra mayor resultante de agrupación, podrá sustituirse la base gráfica catastral por otra alternativa. En caso de que concurran dudas, cabe acudir al procedimiento del art. 199 LH

Con anterioridad a la reforma en la legislación hipotecaria operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, era doctrina consolidada que, en virtud de lo señalado en el artículo 53 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, no podía procederse a la inmatriculación de una finca si no se aportaba certificación catastral descriptiva y gráfica en términos totalmente coincidentes con el inmueble tal y como resultaba descrito en el título inmatriculador. Dicha exigencia se ha trasladado a los artículos 203 y 205 de la Ley Hipotecaria.

Como ya se ha manifestado anteriormente esta Dirección General, una interpretación teológica de la citada exigencia de que en toda inmatriculación la certificación catastral sea coincidente con la descripción de la finca que se pretende inmatricular, lleva a la conclusión de que, si coincide la certificación catastral con la descripción de la finca resultante de una agrupación, haya de entenderse cumplido el requisito referido, pues lo contrario significaría, como dice el recurrente, obligar al inmatriculante a instar una segregación catastral destinada a quedar sin efecto inmediatamente como consecuencia de la agrupación (cfr. Resoluciones 26 de junio de 2003, 17 de diciembre de 2013 y 1 de julio de 2016). También puede recordarse, siguiendo lo indicado en la Resolución de 8 de junio de 2016, que es posible prescindir de una representación gráfica cuando la finca a que se refiere carezca de existencia actual por haberse producido una modificación hipotecaria posterior en la que se aporte la representación gráfica que en definitiva tiene la finca, siempre que ambas operaciones accedan simultáneamente al Registro.

En cuanto a la justificación de las dudas de identidad, como ha reiterado este Centro Directivo, siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados. Tratándose del supuesto de una finca no inmatriculada que comparte representación gráfica catastral con otra finca inscrita, de acuerdo con la literalidad del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, sería necesario formalizar la agrupación de ambas fincas para su inscripción conforme a dicha representación gráfica, previa tramitación del procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria si el registrador tiene dudas sobre la descripción de la finca —Resolución de esta Dirección General de 25 de septiembre de 2023—. No obstante, en línea con lo mantenido en otras Resoluciones de esta Dirección General —cfr. Resolución de 6 de marzo de 2024— no cabe descartar la admisibilidad de la representación gráfica alternativa para un supuesto de inma-

triculación como el presente en el que dos fincas como objeto de derecho diferenciados carecen de sendas representaciones gráficas catastrales por su condición de colindantes, dadas las reglas de actuación del Catastro —cfr. artículo 18.4 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo—.

Resolución de 11-4-2024
BOE 26-4-2024
Registro de la Propiedad de Alicante, número 1.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No procede ni siquiera la iniciación del expediente del 199 si el registrador alberga dudas fundadas de que la rectificación de superficie puede producir una doble inmatriculación.

Antes de entrar en el fondo del asunto, debe hacerse una precisión formal, respecto al primero de los motivos expresados por la recurrente. Al respecto, debe recordarse, como hizo la Resolución de esta Dirección General de 29 de marzo de 2016, que el registrador ha de calificar por lo que resulte del Registro y de los documentos presentados. Y como declaró la Resolución de 23 de enero de 2014, el registrador, a la hora de apreciar los defectos existentes en el título presentado debe hacerlo en base a éste «y a los asientos del Registro con él relacionados», pudiendo el registrador consultar los historiales de otras fincas, e incluso otros registros públicos distintos del de la Propiedad.

Si se inscribiera la rectificación de superficie solicitada, no solo podría producirse una doble inmatriculación, sino el encubrimiento de un negocio jurídico no documentado, dado que la finca registral 17.762 consta inscrita a nombre de persona distinta y debe existir una causa en virtud de la cual deba inscribirse ahora en favor de la recurrente y, además, el encubrimiento de una operación de modificación de entidad hipotecaria, como la agrupación de la finca 17.762 con la 144.199 del término de Alicante, con sus repercusiones formales y tributarias. Por tanto, el defecto alegado por el registrador en su nota de calificación debe ser confirmado, puesto que lo solicitado en el título calificado excede del ámbito de aplicación del expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, siendo doctrina reiterada de esta Dirección General la de que en la inscripción de los excesos de cabida, el registrador debe extremar la prudencia (sobre todo cuando hay procedimientos legales de más garantías) para evitar la existencia de dobles inmatriculaciones.

También es correcta la actuación del registrador cuando se deniega el inicio de la tramitación del expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, puesto que como declaró la Resolución de esta Dirección General de 1 de junio de 2023, las objeciones del registrador, expuestas al inicio del expediente, puedan impedir la continuación de éste, han de ser de tal entidad que, previsiblemente, no puedan solventarse durante la tramitación del propio expediente. En el presente caso, no es que sea previsible, sino que es absolutamente imposible que por la vía del expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria pueda accederse a la práctica del asiento solicitado.

Resolución de 11-4-2024
BOE 26-4-2024
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 2.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No procede la inscripción de la base gráfica si resultan acreditadas dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

Como ha declarado reiteradamente esta Dirección General, en multitud de Resoluciones y, recientemente, en la de 29 de noviembre de 2023, el objeto del recurso es determinar, exclusivamente, si la calificación registral negativa recurrida es o no ajustada a Derecho. Tratándose de un expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, no estando ante uno de los supuestos de denegación automática de la tramitación del mismo, como son la posible invasión de dominio público o la invasión de la georreferenciación registral de una finca colindante, la cual está protegida por los principios hipotecarios, cuando la suspensión se basa en la oposición de uno de los colindantes notificados, como dice el artículo 199, 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».

Respecto a la procedencia de segregación de la finca objeto del expediente, dicha circunstancia no es, por sí sola, suficiente para convertir en contencioso el expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, puesto que la misma se inscribe antes de entrar en vigor la Ley 13/2015, y como ha declarado esta Dirección General en reiteradas Resoluciones, como la de 11 de enero de 2024 (vid., por todas), antes de su entrada en vigor, se permitía el acceso al Registro de fincas sin que fuera exigible la inscripción de su representación gráfica.

Respecto a la falta de petición de la inscripción del exceso en actos anteriores, tampoco es un motivo suficiente para convertir el expediente en contencioso, puesto que el artículo 199 de la Ley Hipotecaria no impone al titular registral de la finca ningún plazo para solicitar la tramitación del expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, por lo que puede solicitarlo en cualquier momento. Respecto a la modificación de los linderos, esta no es tal. Lo que realmente se produce es una actualización de los linderos.

Respecto de las alegaciones de la recurrente relativas a la falta de legitimación del presidente de la Comunidad de Propietarios, por no ser su propiedad colindante con la de los alegantes, la misma no puede ser atendidas, puesto que como dice el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, «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». Y es competencia del registrador determinar quiénes son los colindantes que pueden resultar afectados por la inscripción de la georreferenciación.

Por todo lo anterior, el registrador concluye que hay un conflicto latente sobre la delimitación del lindero de la finca, puesto que, no siendo su delimitación pacífica, entiende que debe acudirse al expediente de deslinde del artículo 200 de la Ley Hipotecaria, o se acuda a la vía judicial. Ello resulta conforme con la doctrina de esta Dirección General, formulada en Resoluciones como las de 29 y 30 de noviembre de 2023.

Resolución de 11-4-2024
BOE 26-4-2024
Registro de la Propiedad de Écija.

OBRA NUEVA: CERTIFICADO TÉCNICO.

Es exigible precisión en el certificado técnico en la declaración de obra nueva.

El defecto debe ser confirmado. Efectivamente el certificado emitido por el arquitecto autor del proyecto contiene un evidente error material en la descripción superficial de la parcela, error que puede constatarse mediante una simple operación aritmética. Aunque de dicha discrepancia no resultan dudas fundadas respecto de la identidad de la finca ni de la ubicación de la obra cuya declaración se pretende en la escritura, y aunque de las coordenadas completas de la porción de suelo ocupada por la edificación no resulta duda que la obra nueva se asienta en la finca registral, parece razonable que dados los importantes efectos que la inscripción en el Registro de la Propiedad atribuye a los derechos inscritos de legitimación, prioridad, inoponibilidad y fe pública, la documentación en la que se basa no contenga errores, por otra parte, fácilmente subsanables.

Resolución de 11-4-2024
BOE 26-4-2024
Registro de la Propiedad de Cazorla.

REQUISITOS FISCALES: ACREDITACIÓN.

Debe ser el mismo título inscribible el que cumpla con las exigencias legales de acreditación del cumplimiento de obligaciones fiscales.

Son numerosas las ocasiones en las que este Centro Directivo (vid. Resoluciones recogidas en los «Vistos») ha analizado el alcance del denominado cierre registral por no acreditar el cumplimiento de las obligaciones fiscales. No concurriendo circunstancias de realización de especial tarea de cooperación con la Administración de Justicia, ni resultando supuestos de expresa e indubitada no sujeción al impuesto o de clara causa legal de exención fiscal —como ocurre en la aceptación de una hipoteca unilateral efectuada por la Tesorería General de la Seguridad Social (Resolución de 23 de abril de 2007)—, imponer al registrador la calificación de la sujeción o no al Impuesto de ciertos actos contenidos en el documento presentado a inscripción supondría obligarle a realizar inevitablemente declaraciones tributarias que (aunque sea con los limitados efectos de facilitar el

acceso al Registro de la Propiedad) quedan fuera del ámbito de la competencia reconocida a este Centro Directivo, de modo que, aunque es posible que el registrador aprecie la no sujeción de determinado acto a las obligaciones fiscales, ha de tenerse en cuenta que si para salvar su responsabilidad exigiere la correspondiente nota de pago, exención, prescripción o no sujeción, habrán de ser los órganos tributarios competentes los que podrán manifestarse al respecto al recibir la comunicación impuesta por ley, sin que corresponda a esta Dirección General el pronunciarse, a no existir razones superiores para ello (por ejemplo, cfr. artículo 118 de la Constitución) o tratarse de un supuesto en el que se esté incurriendo en la exigencia de un trámite desproporcionado que pueda producir una dilación indebida.

Debe ser, por tanto, el mismo documento presentado a inscripción el que integre los citados requisitos, circunstancia que no concurre en el supuesto de hecho de este expediente. Como indicó la Resolución de este Centro Directivo de 6 de mayo de 2014, "de la aplicación literal de los textos legales, resulta que el documento que debe estar presentado a liquidación es el mismo que se va a inscribir y no otro. El hecho de que se haya liquidado el impuesto mediante declaración privada no implica que no deba presentarse ante los órganos competentes la escritura pública otorgada, ya que debe ser la oficina tributaria quien compruebe la exactitud de los hechos imponibles y la correspondencia de los demás datos contenidos en ambos documentos y quien determinará, en su caso, la no sujeción de la escritura por haberse satisfecho ya el impuesto"».

Registro Mercantil y Bienes Muebles

Por Servicio de Coordinación RRMM

Resolución de 26-12-2023.
BOE 1-3-2024
Registro Mercantil de Madrid, número III.

LA FIRMA ELECTRÓNICA DEL CERTIFICADO NO SE PUEDE VERIFICAR.

SE CONFIRMA

En esta resolución que es idéntica a las publicadas estos días, la DG confirma su doctrina de que en la certificación de los acuerdos adoptados en la junta general aprobando las cuentas debe constar la huella digital que genera la aplicación, certificación que debe estar firmada electrónicamente por la persona legitimada a tales efectos, debiendo ser dicha firma validada (art, 366 RRM). El hecho de no poder validar la firma electrónica que resulta del certificado presentado telemáticamente imposibilita establecer la correspondencia entre el firmante y la persona legitimada para hacerlo según la información que obra en el registro. (Resoluciones de 1 de febrero de 2022, 9 de mayo de 2023, de 22 de diciembre de 2023, y 15 de enero de 2014).

Resolución de 29-1-2024.
BOE 8-3-2024
Registro Mercantil de Valencia, número II.

MATERIA DE EXPEDIENTE DE CONCILIACIÓN. LAS CUENTAS ANUALES TIENEN QUE SER APROBADAS POR LA JUNTA GENERAL. SU FALTA DE APROBACION NO CONSTITUYE MATERIA DE CONCILIACION.

SE CONFIRMA

La DG confirma que procede la desestimación del recurso, porque, tal y como indica la registradora, el mero hecho de que la propuesta de acuerdo de aprobación de las cuentas anuales de una sociedad de capital no haya obtenido el respaldo de la junta general no es materia propia del expediente de conciliación pues, por sí mismo, no revela la existencia de conflicto alguno, ni identifica a sus protagonistas, ni expone mínimamente su postura, que puede obedecer a muy distintas razones. La falta de aprobación de las cuentas no constituye por sí misma materia contenciosa por lo cual queda fuera del ámbito de la conciliación registral.

Resolución de 30-1-2024.
BOE 8-3-2024
Registro Mercantil de Sevilla, número III.

CAPITAL SOCIAL DEL DEPÓSITO DE CUENTAS TIENE QUE COINCIDIR CON EL QUE ESTÁ INSCRITO EN EL REGISTRO. FALTA DE DEPÓSITO.

SE CONFIRMA

La DG confirma su reiterada doctrina por la cual el capital social del depósito de cuentas debe coincidir con el capital social inscrito en el registro mercantil.

Por otro lado, la DG confirma la reiterada doctrina en relación con los depósitos de cuentas una vez que transcurrido un año desde la fecha del cierre del ejercicio social sin que se haya practicado en el Registro el depósito de las cuentas anuales debidamente aprobadas: el Registro Mercantil no inscribirá ningún documento presentado con posterioridad a aquella fecha, hasta que se practique el depósito (art. 378 RRM).

Resolución de 5-2-2024.
BOE 8-3-2024
Registro Mercantil de Madrid, número VII.

CANCELACIÓN DE ASIENTOS REGISTRALES CUANDO HAY INEXISTENCIA DE ACTIVO Y UN SOLO ACREEDOR.

SE REVOCA

La DG confirma que, a efectos de cancelación de los asientos registrales, debe admitirse la manifestación que sobre la inexistencia de activo y sobre la existencia

de un único acreedor realice el liquidador bajo su responsabilidad. (Resoluciones de 10 de abril de 2014 y 23 de junio de 2016). El previo pago a los acreedores exige la existencia de activo con el que satisfacer la cuota de liquidación de los socios. Además, la cancelación registral no perjudica a los acreedores que pueden acudir a otros procedimientos contra los socios, administradores y liquidadores (acciones de responsabilidad, rescisoria en fraude de acreedores y revocatoria o pauliana).

Resolución de 6-2-2024.
BOE 8-3-2024
Registro Mercantil de Madrid, número VI.

ACEPTACIÓN DE TÍTULO DE LIQUIDADOR.

SE REVOCA

La DG confirma la validez del título presentado en el Registro Mercantil para su inscripción por estar ante un mandamiento judicial con la designación de liquidador así como la aceptación del cargo por éste.

Resolución de 7-2-2024.
BOE 8-3-2024
Registro Mercantil de Tarragona, número I.

LEGITIMACIÓN PARA INTERPONER EL RECURSO DE ALZADA EN SUPUESTOS DE ACEFALIA DE LA SOCIEDAD. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE SUSPENSIÓN DE ACUERDOS POR RESOLUCIÓN JUDICIAL FIRME.

SE CONFIRMA

No se debe de privar de legitimación a los socios para poder recurrir administrativamente conforme a ley en los supuestos de situación de acefalia de una sociedad, consecuencia de una resolución judicial de suspensión del acuerdo de nombramiento de liquidador.

La resolución judicial que ordena la práctica de una anotación preventiva para poder ser inscrita en el registro mercantil debe ser firme, debiendo acompañarse el correspondiente mandamiento sin que sea suficiente el auto.

Resolución de 14-2-2024.
BOE 12-3-2024
Registro Mercantil de Almería.

REGISTRO CERRADO POR FALTA DE DEPÓSITO DE CUENTAS.

SE CONFIRMA

La DG confirma la reiterada doctrina en relación con los depósitos de cuentas una vez que transcurrido un año desde la fecha del cierre del ejercicio social sin

que se haya practicado en el Registro el depósito de las cuentas anuales debidamente aprobadas: el Registro Mercantil no inscribirá ningún documento presentado con posterioridad a aquella fecha, hasta que se practique el depósito (art. 378 RRM y art.282 LSC). (Resoluciones DG de 22 de enero y 18 de noviembre de 2021, entre otras.)

En este supuesto se presentaron las del ejercicio 2021 pero fueron calificadas negativamente, sin que dicha calificación fuera objeto de impugnación.

Resolución 13.02.2024.
BOE 13-3-2024
Registro Mercantil de Barcelona, número III.

REGISTRO CERRADO POR FALTA DE DEPÓSITO DE CUENTAS.

SE CONFIRMA

La DG confirma la reiterada doctrina en relación con los depósitos de cuentas una vez que transcurrido un año desde la fecha del cierre del ejercicio social sin que se haya practicado en el Registro el depósito de las cuentas anuales debidamente aprobadas: el Registro Mercantil no inscribirá ningún documento presentado con posterioridad a aquella fecha, hasta que se practique el depósito (art. 378 RRM y art.282 LSC). (Resoluciones DG de 8 de febrero de 2023, entre otras.)

En este supuesto se presentaron las cuentas anuales del ejercicio 2022 estando pendientes de presentar los depósitos de los ejercicios de 2020 y 2021 por lo que se mantiene el cierre registral consecuencia del incumplimiento hasta que éste persista.

Si las cuentas no se hubiesen aprobado, como ocurría en el presente caso por una situación de conflicto en la sociedad, podría evitarse el cierre registral acreditando dicho hecho mediante la correspondiente certificación del órgano de administración, conforme al artículo 378.5 RRM.

Resolución de 12-2-2024.
BOE 14-3-2024
Registro Mercantil de Madrid, número XXII y XXIII.

DOCUMENTOS CONTRADICTORIOS Y ASIENTO DE PRESENTACION NO CADUCADO. REGISTRO CERRADO POR FALTA DE DEPÓSITO DE CUENTAS.-

SE CONFIRMA

La DG confirma que no cabe inscribir un nombramiento de nuevo administrador estando vigente el asiento de presentación de la reelección del anterior administrador y no resultando la caducidad de dicho asiento alegada por el recurrente del expediente. Simultáneamente, se debe de inscribir el certificado de no

aprobación de cuentas por encontrarse el registro cerrado por falta de depósito de cuentas.

Resolución de 19-2-2024.
BOE 19-3-2024
Registro Mercantil de Madrid, número XVII.

SOCIEDAD EN CONCURSO: LIQUIDACIÓN SOCIETARIA ES COMPETENCIA DE LOS LIQUIDADORES. NO CABE NOMBRAR ADMINISTRADOR EN FASE DE LIQUIDACION.

SE CONFIRMA

La DG confirma que conforme al anterior art. 145.3 y actual 413.2 de la Ley Concursal la apertura de la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución y el cese de los administradores que serán sustituidos por la administración concursal.

Las operaciones de liquidación societaria son competencia de los liquidadores de la sociedad y no de los administradores sociales porque éstos, consecuencia de la disolución, han quedado cesados y, por lo tanto, durante la fase de liquidación no cabe nombrar administrador, siquiera con la facultad de llevar a cabo operaciones de liquidación, que quedan al margen de su competencia.

Resolución de 4-3-2024.
BOE 19-3-2024
Registro Mercantil de Lleida.

CANCELACIÓN DE UNAS CUENTAS DEPOSITADAS.

SE CONFIRMA

La DG confirma que la cancelación de unas cuentas depositas en el registro basada en un certificado falso por falta de aprobación, debe llevarse a cabo mediante solicitud de cancelación tanto del asiento de depósito como de los asientos posteriores y dicha solicitud debe de ir acompañada de certificado expedido por la persona que ostente la competencia certificante y del que resulte el contenido del acta de la junta convocada para su aprobación o de copia autorizada del acta notarial de junta general que conste la no aprobación de las cuentas anuales. De esta forma se evita el cierre de la hoja de la sociedad (art.378 RRM). No cabe la actuación de oficio por parte de la registradora porque la inexactitud del registro no ha sido generada por ella y, sobre todo porque siendo la causa de la inexactitud registral la falsedad del título que causó el asiento, el registrador no puede ser consciente de dicha situación si no se le aporta el título del que resulte dicha circunstancia y la realidad que se quiere reflejar, lo que exige el consentimiento del titular registral o la resolución judicial correspondiente (ver arts, 213 y 40 d) de la LH).

Resolución de 11-3-2024
BOE 11-4-2024
Registro Mercantil de Madrid, número II

AMPLIACIÓN DEL OBJETO SOCIAL: MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DEL CONJUNTO DE ACTIVIDADES. REQUISITOS PARA INSCRIBIR LA MODIFICACIÓN DE LOS ESTATUTOS.

SE CONFIRMA

La DG confirma que cuando el cambio de objeto social constituye una modificación sustancial del conjunto de actividades, como en el caso que nos ocupa —se añaden nuevas actividades además de otras especificaciones del objeto primigenio—, es necesario publicar el acuerdo social en el BORME o presentar manifestación de haberse comunicado tal acuerdo a cada uno de los socios que no hayan votado a favor del acuerdo. Además, se necesita declaración de los administradores de que ningún socio ha ejercitado el derecho de separación en el plazo establecido o la indicación de que la sociedad, previa autorización de la Junta General, ha adquirido las participaciones sociales de los socios separados o se ha realizado la reducción de capital. (art. 346, 348 y 349 LSC y 206 RRM).

Resolución de 19-3-2024.
BOE 11-4-2024
Registro Mercantil de Palma de Mallorca, número II.

NOTIFICAR FEHACIENTEMENTE EL NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADOR EN PAIS DE LA UNIÓN EUROPEA. NOTIFICACIÓN NOTARIAL TRASLADADA POR LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

SE CONFIRMA

La DG confirma que, para notificar fehacientemente el nombramiento de administrador en Francia, es aplicable el Reglamento (UE) 2020/1784. Por estar ante una notificación mercantil solo el Letrado de la Administración de Justicia podrá realizarla al tratarse de un documento extrajudicial, aun sin litigio. El uso del servicio postal que regula el Reglamento (UE) 2020/1784 se limita a la actividad judicial. En el caso que nos ocupa la notificación notarial deberá ser trasladada a través del letrado de la Administración de Justicia que corresponda al tribunal del domicilio del notario autorizante. Dicha acta notarial deberá cumplir los requisitos reglamentarios, en especial su traducción (art. 9 y 12).

Resolución de 21-3-2024
BOE 16-4-2024
Registro Mercantil de Palma de Mallorca, número III

LIQUIDACIÓN SOCIEDAD CON DEUDA CON TERCEROS.

SE CONFIRMA

La DG confirma su doctrina de que es inviable liquidar una sociedad conforme a nuestro sistema legal si existen deudas con terceros que no se ha procedido a pagar o consignar el importe en entidad de crédito. La pretensión de llevar a cabo la liquidación de forma distinta a la legal sin el consentimiento del deudor no es conforme a derecho.

La previsión legal es que el activo sea objeto de reparto de acuerdo a lo aprobado por los socios (art. 390 LSC), sin perjuicio de que el pasivo no exigle sea debidamente consignado en entidad de crédito para que se proceda al pago de la deuda cuando corresponda. (art. 391 y 395 LSC) (Res. DG de 16 de julio de 1998 y22 de noviembre de 2022). En el presente caso el pasivo se integra por una obligación devengada no exigible (deuda con Hacienda) que conforme a la ley debe ser consignada en entidad d crédito.

Resolución de 22-3-2024
BOE 16-4-2024
Registro Mercantil de Palma de Mallorca, número III

CONVOCATORIA A JUNTA: GESTION DE ENVIO Y CONTENIDO.

SE CONFIRMA PARCIALMENTE

La DG confirma que una convocatoria que haya sido gestionada por un tercero (Colegio de Abogados) no implica que el convocante no sea el administrador solidario de la sociedad. En cuanto al contenido de dicha convocatoria la DG se apoya en la jurisprudencia del Tribunal Supremo por la que se entiende que es suficiente que se reseñen los extremos o circunstancias básicas de la propuesta de los preceptos estatutarios por modificar o enunciando la materia y señalando los artículos a modificar. Es decir, que no es suficiente la falta de claridad para afirmar la nulidad de la convocatoria, y, por ello, de los acuerdos adoptados.

En el caso que nos ocupa, la Junta General había sido convocada para disolver la sociedad por concurrir causa legal de disolución y la apertura de la fase de liquidación. Concluye la DG que no es preciso concretar en el orden del día la concreta causa de disolución y que, señalando el orden del día "disolución de la sociedad por concurrir causa legal …y apertura de la fase de liquidación ", no puede la Junta pronunciarse sobre operaciones de liquidación ni sobre cuestiones relativas a la misma porque la afección de los intereses de los socios que derivan de dichas cuestiones (balance final….) exige que sean llamados de forma clara para pronunciarse al respecto. La conversión de la cuota de capital en cuota de liquidación en función de lo aprobado en la junta general supone una modificación

muy importante en la posición del socio de la sociedad que se extingue. Por lo que se confirma la nota de la registradora en este punto.

Resolución de 9-4-2024.
BOE 26-4-2024
Registro Mercantil de Madrid, número VII

RECURSO CONTRA LA CALIFICACION DEL REGISTRADOR: NO CABE PRESENTAR DOCUMENTACIÓN PARA SUBSANAR DEFECTOS. HOJA REGISTRAL CERRADO POR NIF REVOCADO

SE CONFIRMA

La DG confirma que el recurso contra la calificación de un registrador no es la vía para subsanar los defectos señalados en la nota de calificación. Nos encontramos ante un supuesto donde el recurrente, para subsanar un defecto de la nota de calificación, presenta con el recurso la hoja de declaración de titular real documentación que no aportó en su día. Esta vía para subsanar el defecto no es la correcta porque este tipo de recursos solo entran a valorar si la calificación del registrador ha sido ajusta o no a derecho.

También confirma la DG que la revocación del NIF de la sociedad implica extender una nota marginal de cierre de la hoja registral de la sociedad, consecuencia de la vigencia de dicha nota marginal no se podrá realizarse inscripción alguna que afecte a aquella, salvo que se rehabilite el número de identificación fiscal. La nota de calificación está suficientemente motivada haciendo constar la revocación del CIF con la base legal que la justifica.

Resolución de 10-4-2024.
BOE 26-4-24
Registro Mercantil de Málaga, número I

TITULOS CONTRADICTORIOS

SE CONFIRMA

La DG confirma que es de aplicación el principio de legalidad y la obligación del registrador a llevar a cabo una calificación conjunta cuando constan presentados dos documentos contradictorios e incompatible entre si, aún cuando ambos títulos gozan de presunción de legalidad porque han sido autorizados ante notario. Por ello corresponde suspender la calificación por parte del registrador y deben ser los tribunales de justicia los que resuelvan el conflicto. (Sentencia del TS N.º 561/2022, de 12 de julio, así como numerosas Resoluciones de la DG, como las de 13 de febrero y 25 de julio de 1998, 29 de octubre de 1999, 28 de abril de 2000, 31 de marzo de 2001, 5 de junio de 2012 y 24 de septiembre de 2022).

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

La necesidad y conveniencia de vacunación de un menor contra la covid-19. Consentimiento informado por representacion

The need and convenience of vaccination of a minor against covid-19. Informed consent by representation

por

ELENA FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA*

Profesora de Derecho Civil. UCM.

RESUMEN. Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres que se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica. Uno de los temas que causan desacuerdos entre los progenitores se centra en la administración de vacunación de hijos menores. Aunque también se ha dado el supuesto de la negativa de hi-

* Número de investigador. Código ORCID: 0000-0003-0999-9044

Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación «Derecho de daños. Derecho de la contratación» de la Universidad Complutense de Madrid, de cuyo equipo de investigación soy miembro.

jos cuyos progenitores se encuentran en una residencia de mayores a que se les administre la vacuna. Tras examinar la necesidad de consentimiento informado previo a la vacunación donde se describa la composición, riesgos y consecuencias, los padres pueden prestar el consentimiento por representación de sus hijos menores, y los hijos en el caso de que sus padres necesiten de su apoyo. En caso de discrepancia entre progenitores siempre que los menores no tengan problemas que contraindicaran o aconsejaran específicamente la vacunación y se cuente con informes forenses que avalaban la decisión de vacuna, la línea jurisprudencial adoptada es unánime y partidaria de la misma. Ocurre lo mismo cuando son personas necesitadas de apoyos para adoptar una decisión.

ABSTRACT. Non-emancipated children are under the power of the parents, which will always be exercised for the benefit of the children, in accordance with their personality, and with respect for their physical and psychological integrity. One of the issues that cause disagreements between parents focuses on the administration of vaccinations to minor children. Although there has also been the case of refusal to vaccinate children whose parents are in a nursing home to receive the vaccine. After examining the need for informed consent prior to vaccination where the composition, risks and consequences are described, parents can provide consent on behalf of their minor children, and the children in the event that their parents need their support. In the event of a discrepancy between parents, as long as the minors do not have problems that contraindicate or specifically advise vaccination and there are forensic reports that support the vaccine decision, the jurisprudential line adopted is unanimous and in favor of it. The same thing happens when they are people who need support to make a decision.

PALABRAS CLAVE. Vacunación. Consentimiento informado, menor de edad, menor maduro, consentimiento por representación. Persona con discapacidad. Ausencia de consentimiento informado.

KEY WORDS. Vaccination. Informed consent, minor, mature minor, consent by representation. Person with Disability. Absence of informed consent.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL DE LA MENOR.—III. CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL MENOR: A. La administración de la vacuna y el consentimiento. B. El consentimiento por representación. a) El *consentimiento por representación de menores.* b). *El consentimiento por representación de personas con discapacidad.* C. Edad, madurez suficiente e inexistencia de riesgo para la vida.—IV. TRÁMITE DE AUDIENCIA DEL MENOR. SU AUSENCIA.—V. LA OMISIÓN DE INFORMACIÓN PREVIA

A LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO: A. CONSENTIMIENTO INFORMADO SOBRE LA COMPOSICIÓN, RIESGOS Y CONSECUENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA VACUNA. B. LA AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO, EL DAÑO CAUSADO Y LA DOCTRINA DEL TEDH.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE AUTOS, SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO AUDIENCIAS Y JUZGADOS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—IX. LEGISLACION CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo queremos analizar la reciente STC 38/2023, de 20 de abril, sobre el recurso de amparo interpuesto contra dos resoluciones judiciales, auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza, y el posterior auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, desestimatorio del recurso de apelación, favorables a que el padre de la menor de edad, sin intervención de la madre, contraria a la medida planteada, realizase las gestiones necesarias para la vacunación de la hija común de ambos de once años, contra la covid-19.

El nacimiento de una persona genera un vínculo jurídico con sus progenitores del que dimana un haz de derechos y obligaciones. En las primeras etapas de su desarrollo, el menor precisa de un mecanismo de protección personal y patrimonial, que se desenvuelve dentro del ámbito de la atribución por ministerio de la ley de la patria potestad a sus padres en igualdad de condiciones. En este sentido, se expresa el artículo 154 del CC, cuando señala que *los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres, y que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica*. Esta potestad comprende los siguiente deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarios, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes. Es decir, que el ejercicio de la patria potestad, mediante el cumplimiento de tales deberes, pretende garantizar la asistencia moral, afectiva, física y jurídica del menor, de manera tal que su incapacidad natural no le impida el libre desarrollo de su personalidad.

Por otro lado, el niño, en cuanto individuo en formación, precisa de una protección especial en los órdenes fisiológico y psicológico, en tanto en cuanto tiene una personalidad en desarrollo, que es necesario, en la medida de lo posible, salvaguardar, y en este sentido se viene hablando del *principio de promoción de su personalidad, como esencial a la hora de adoptar las decisiones de las autoridades públicas sobre los menores*. La infancia conforma un periodo de la vida fundamental en la formación futura de la personalidad del ser humano, de ahí la

importancia que alcanza desarrollar un adecuado sistema jurídico de protección del mismo, que incluso tiene su refrendo en el art. 10.1 de la Carta Magna, en cuanto proclama el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En definitiva, quien no puede por su edad defenderse por sí mismo, velar por sus intereses, transfiere tal función a las instituciones públicas y privadas que han de cuidar por que aquéllos sean debidamente respetados.

La patria potestad deberá de ser ejercida en *el interés del menor* sometido a ella. Interés que puede chocar con la postura o pretensión de alguno de los progenitores, abdicando el mismo o imponiendo un reto incondicionado, primándose pese a ello, en todo caso, el goce del derecho, al objeto de que, en la medida de lo posible, puedan cumplirse los fines asignados al núcleo familiar. En consecuencia, estos aspectos relacionados con la patria potestad tienen un componente de petición de las partes, pero no por ello, el Juzgador debe someterse a lo solicitado únicamente por ellas, sino que en interés del menor pude actuar de oficio, adoptando resoluciones que no fueran solicitadas de forma expresa por las partes, por lo que se trata de una cuestión de orden público, que no necesita ya mayor argumentación.[1]

Por último, el estado actual de la postura de la administración sanitaria competente respecto de la vacunación de menores en la franja de edad correspondiente al menor, respondiéndose que de acuerdo a las recomendaciones vigentes está recomendada la vacunación frente a COVID de todos los niños desde los 5 años de edad.[2] La cuestión es actual por la pandemia de 2019, pero los supuestos de negativa a la vacunación ya habían sido analizados por la jurisprudencia con anterioridad pero, evidentemente, en otras circunstancias, como es el supuesto de la Sentencia del TSJ de Andalucía de 22 de julio de 2013, que confirma un Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Granada que autorizaba la vacunación obligatoria de unos menores basándose en el artículo 43 CE y en la Aplicación de la LO 3/1986.[3] En este caso, el conflicto se establece entre el derecho del Estado a imponer normas de obligado seguimiento para garantizar la salud de la ciudadanía (en este caso, también el Estado vela porque los menores vean protegida su salud y su bienestar) y el derecho de los padres a decidir si sus hijos deben obtener esta protección. Se trata de un conflicto entre el Estado que entiende que todos los menores deben ser vacunados, en este caso contra el sarampión (a través de la vacuna triple vírica) para evitar que niños no vacunados contraigan las enfermedades, que niños que no estando sometidos todavía al calendario de tales vacunas debido a su corta edad se vean afectados y que adultos no vacunados o no inmunes se vean contagiados; y segundo, determinados padres que entienden que se protege mejor la salud de sus hijos si no son vacunados.

Como vamos a ver, la línea jurisprudencial cuando hay *desacuerdo de los progenitores en torno a la vacunación en expedientes relativos a menores de*

edad carentes de problemas que contraindicaran o aconsejaran específicamente la vacunación y en los que se contaba con informes forenses que avalaban la decisión adoptada es unánime, como lo demuestran los autos de la AP Santander Sección 2.ª de 11 de abril de 2022[4] y de la AP Valladolid de 17 de febrero de 2022, [5] AP Valencia de 20 de abril de 2022[6] y 20 de mayo de 2022[7] o AP Pontevedra de 31 de marzo de 2022.[8]

O, respecto de *personas*, en autos de la AP Barcelona de 12 de enero de 2022, [9] AP Jaén de 16 de diciembre de 2021, [10] AP Ourense de 22 de noviembre de 2021[11] o AP Sevilla de 13 de octubre de 2021.[12]

II. VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL DE LA MENOR

En lo referente al Derecho a la Libertad Personal, el Tribunal Constitucional recoge en su Sentencia de 28 de marzo de 2011, [13] que el *tratamiento médico obligatorio no produce una vulneración de este derecho.* Pese al planteamiento esgrimido en la Sentencia, la Doctrina del Tribunal Constitucional estima que el derecho del paciente a aceptar o rechazar medidas terapéuticas forma parte del contenido esencial del Derecho a la Integridad Física recogido en el artículo 15 de la Constitución Española al señalar que "la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física".

La demanda de amparo afirma que se ha producido una vulneración del derecho fundamental a la *integridad física* y *moral* de la hija por dos motivos:

a) Los órganos judiciales autorizaron su vacunación contra la covid-19 sin haber obtenido previamente el consentimiento informado de los progenitores y de la propia menor, por escrito y con todas las garantías exigidas por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre (LAP);
b) Los órganos judiciales no han justificado la necesidad de la vacuna, ni los beneficios directos que habría de reportar a la menor en el sentido expresado por el art. 6.1 del Convenio de Oviedo.

III. CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL MENOR

A. LA ADMINISTRACIÓN DE LA VACUNA Y EL CONSENTIMIENTO

El FJ 4b) de la STC, Pleno, de 20 de abril de 2023[14] recoge la doctrina jurisprudencial sobre la incidencia de la vacunación sobre el derecho fundamental a la integridad física, en los siguientes términos:

«la administración de una vacuna requerirá para su constitucionalidad del consentimiento libre, válido e informado de la persona afectada. Cuando falte ese consentimiento o no pueda obtenerse por el motivo que sea, la constitucionalidad de la administración de la vacuna queda supeditada al cumplimiento de los siguientes:

(i) que la medida o actuación limitativa del derecho fundamental de que se trate esté prevista por la ley (habilitación legal), con la debida calidad normativa en la definición del supuesto de hecho y de sus consecuencias;

(ii) que sea autorizada por resolución judicial que contenga una motivación reforzada relativa a la legitimidad constitucional de la medida autorizada;

(iii) que esté dirigida al cumplimiento de un fin constitucionalmente legítimo; y

(iv) que respete el principio de proporcionalidad, por derivarse de ella más beneficios o ventajas que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.»

B. El consentimiento por representación

a) El consentimiento por representación de menores

El consentimiento por quien ejerce la representación legal con carácter general y la patria potestad en particular, tiene que ser emitido, en primer lugar, en virtud del deber de velar por el menor y ejercido a favor del interés superior del niño. Y así se establece en el art 39.3 CE, al reconocer que el deber de asistencia de los hijos menores de edad recae sobre los padres. Y en el art. 154 CC, al afirmar que la patria potestad debe ser ejercida siempre en beneficio de los hijos, lo cual comprende, entre otros, el deber de velar por ellos. Además, siguiendo esta orientación, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, afirma en el inciso primero del art. 2 que en aplicación de la norma primará el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir. Y, específicamente, el art. 9.5 LAP proclama, "La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario".

La LAP determina, para el supuesto de personas menores de edad, el *consentimiento por representación*, que se atribuye a los representantes legales de la persona menor, siempre y cuando esta «no sea capaz intelectual ni emocional-

mente de comprender el alcance de la intervención» y después de haber escuchado su opinión.

Los requisitos se centran en que el menor no sea capaz intelectual ni emocionalmente y tras haber sido oído el menor.

El art. 9.3, letra c) de la LAP parte de que la minoría de edad no implica per se la falta de capacidad para la prestación del consentimiento informado, ni autoriza el recurso automático al *consentimiento por representación*. Recordemos que este tipo de consentimiento se otorga por los representantes legales del menor (progenitores o tutores) o, en caso de desacuerdo entre los progenitores como representantes legales, por la autoridad judicial.

No obstante, hay que tener en cuenta, como señala el TC, que los menores de edad no tienen capacidad en relación con las actuaciones médicas que les afectan. Y, además, es necesario dar audiencia al menor de edad con edad inferior a los 12 años (art. 9.3, letra c) de la Ley 41/2002 que precisamente es el caso de autos, al tener el menor 11 años.

La finalidad de prestación del consentimiento por representación tiene como límite común la salvaguarda del *interés superior del menor*. La LO 1/1996, en su artículo 2, 2.º concreta este interés superior en la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

En el caso que se analiza, el menor no contaba con la madurez a que se refiere el art. 9.3 c) de la Ley 41/2002 y por consiguiente no podía responsabilizarse del acto de consentir con exclusión de sus padres. El menor no cuenta con la capacidad emocional e intelectual necesarias para prestar el consentimiento a la vacunación por sí misma, de forma independiente.

Por otro lado, los órganos judiciales tampoco pusieron en cuestión la asunción de los progenitores de la asunción del consentimiento por representación, que no podía tacharse de injustificada dada la evidente complejidad científico-médica del asunto médico a tratar. De hecho, se infería razonablemente que el menor, de once años, no contaba con la capacidad intelectiva ni los elementos de juicio científico-técnicos precisos para emitir un consentimiento informado y autónomo por sí mismo.

No obstante, sentado todo lo anterior, cabe señalar que en la toma de decisión no sólo interviene quien ejerce la patria potestad, sino que además intervienen los facultativos. Así, tanto los representantes legales como los profesionales de la salud influyen en el proceso decisorio. Esto implica que los facultativos, con base en factores médicos y en la evidencia científica, tienen la responsabilidad de salvaguardar la salud de la persona. En definitiva, deben velar por el interés superior del niño y por otro, tienen tanto que informarle sobre la situación, como escucharle y tener en cuenta su opinión en el proceso decisorio.

b) El consentimiento por representación de personas con discapacidad

Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento.

En todo caso, la prestación del *consentimiento por representación* será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. [15]

Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.[16]

c) El consentimiento por representación de personas mayores residentes en Centros de Mayores y la vacunación.

Las vacunas que se administran en España, están autorizadas por la Agencia Europea del Medicamento y la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios, y son sometidas a un continuo seguimiento. Se han elaborado con las máximas garantías de calidad, seguridad y eficacia y que por ello mismo los beneficios de su administración de las mismas superan notoriamente los riesgos derivados de la misma constatados hasta el momento.

La administración de la vacuna supone, desde la perspectiva del interés individual y protección para la vida y salud del mismo, un beneficio incontestable, mucho mayor que los riesgos que supondría la no administración de la misma, teniendo en cuenta que si bien no se trata de una persona que por sus patologías esté en un grupo de riesgo, sí lo está por estar en régimen cerrado en una residencia, rodeado de decenas de internos, y con el tráfico de personas diversas, personal, médicos, familiares.., lógico en una residencia.

Para proceder a vacunar a un residente deben tener en cuenta las siguientes premisas generales:

— De acuerdo con los informes médicos obrantes en autos no existe contraindicación para la administración de la vacuna.
— Se recomienda su administración en dichos informes dado que el paciente tiene un alto riesgo al estar en régimen cerrado en una residencia con una población de alto riesgo.
— Es un hecho notorio los altos índices de infección y mortalidad a consecuencia de la epidemia de COVID en las residencias.

— De acuerdo con el artículo 9.6 de la citada ley estatal de autonomía del paciente, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente.

Y, además, ponderar el caso es la individual del paciente, es decir la identificación de la mayor protección y del mejor beneficio de la salud del residente, debiendo quedar al margen cualquier otra consideración.

No obstante, las alegaciones genéricas de familiares relativas a que la vacuna no es del todo segura, que no se ha podido determinar la existencia de efectos adversos, que existen medicamentos alternativos y que tal vacuna se halla en fase experimental por lo que considera que puede perjudicar más que beneficiar, podrían tener alguna discusión en la fase inicial de la vacunación, están hoy en día ampliamente superados y carecen de fundamento alguno.

Por eso la jurisprudencia sigue la línea de autorizar la administración de la vacuna, de acuerdo también con el informe del Ministerio Fiscal, cuando los familiares se niegan a ponerla.[17] La propia jurisprudencia es la que últimamente ha señalado que "en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad cualquiera de los dos padres podrá acudir a la autoridad judicial, quien atribuirá la facultad de decidir a uno de los dos progenitores. La cuestión es pues jurídicamente simple: si ante el desacuerdo de los padres respecto de la administración de esta concreta vacuna, la decisión adoptada judicialmente de asignar la facultad de decidir al padre, favorable a su administración, se ajusta o no al interés preponderante del menor, que no se discute que sea el criterio que ha de guiar la decisión".[18]

C. Edad, madurez suficiente e inexistencia de riesgo para la vida

El menor mayor de doce años debe recibir una información clara y accesible en función de la edad y la madurez para que el niño pueda formarse una visión propia sobre su situación y aportar así su punto de vista. De esta forma, a pesar de las diferencias evidentes en la madurez de las personas según la edad, el niño debe ser informado y con base en lo anterior, se presentarán distintos niveles de participación y consulta en el caso concreto.

Pero es que, aun teniendo madurez suficiente, y que la misma se hubiera constatado por el equipo médico, no cabría tampoco su consentimiento sin la representación de sus padres porque al tener menos de doce años la propia ley no lo permite. La vigente LAP exige tener una edad igual o por encima del umbral de los 12 años y, además, la concurrencia de dos requisitos adicionales, que son la madurez suficiente del menor, y que la decisión se adopte en relación con actos médicos cuya realización no comporte grave riesgo para su vida o salud.

El Comité de los Derechos del Niño a través de al menos tres Observaciones Generales recomienda a los Estados la conveniencia de no imponer ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y asimismo, al derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que le afectan. De ahí la importancia de crear un entorno basado en la confianza, puesto que la salud y el desarrollo de los adolescentes, están condicionados por el entorno que les rodea. En coherencia con ello, el Comité insiste en que, antes de que los padres den su consentimiento, es necesario que el menor de edad tenga la oportunidad de opinar y que estas opiniones sean tenidas en cuenta debidamente. [19]

D. Menores mayores de doce años. presión emocional de sus progenitores

Pero puede que *los menores, mayores de doce años, estén sujetos a presión emocional por parte de sus progenitores*. Así vemos, que los supuestos que han llegado a los Tribunales impidiendo la vacunación de menores, son supuesto de conflictos entre los progenitores que afectan a los menores. Y así lo ha puesto de manifiesto el AAP de Valencia de 12 de diciembre de 2022[20], en un supuesto de un menor que aceptó la vacuna del papiloma, y en relación a la vacuna contra el Covid-19, mostró sus dudas, y dijo que prefería esperar. El Tribunal hace hincapié en que *no es posible valorar la voluntad de la menor sin tener en cuenta el conflicto en que se encuentran sumidos sus progenitores y el impacto emocional que tiene en la hija*, que está inmersa en un conflicto de lealtades como se desprende del informe del Equipo Psicosocial emitido con ocasión del último procedimiento de modificación de medidas.

Por ello el Tribunal, a fin de resolver el conflicto entre los dos representantes tiene en cuenta, no sólo los informes de la pediatra doctora Sonsoles y de las dos médicos forenses, sino la aceptación por la menor de la vacuna contra el papiloma, y la poco categórica manifestación en relación con la vacuna contra el Covid-19. Argumentos que conducen a la Audiencia, reconociendo la especial dificultad de la menor desde el punto de vista emocional para comprender el alcance de la vacunación, a permitir que el consentimiento se emita por representación.

IV. TRÁMITE DE AUDIENCIA DEL MENOR. SU AUSENCIA

La Ley exige la necesidad de ser oído el menor en los procedimientos que directamente les afectan, [21] cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años y así lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional[22] y del Tribunal Supremo[23] en varias ocasiones.

En el caso de autos, las dos resoluciones judiciales impugnadas fueron dictadas sin escuchar previamente al menor, pero el TC indica que esta omisión no reviste trascendencia suficiente para estimar el recurso de amparo, y la anulación de las resoluciones recurridas. Y ello porque *la decisión sobre la vacunación pasaba por efectuar una compleja ponderación de los riesgos y beneficios de la misma y requería, para un adecuado análisis, de la capacidad de comprender y someter a juicio crítico documentos médico-científicos contrapuestos que, a su vez, utilizaban argumentos técnicos, propios de la medicina, la farmacología y la estadística aplicada, notablemente sofisticados e intrincados.*

V. LA OMISIÓN DE INFORMACIÓN PREVIA A LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

A. Consentimiento informado sobre la composición, riesgos y consecuencias de la administración de la vacuna

Partimos de la premisa esencial de que la omisión o deficiente prestación del consentimiento informado es causa de responsabilidad profesional, aun a pesar de haber cumplido con el resto de las obligaciones médicas y de cuidados al paciente conforme a la buena praxis.

Ha sido el TS el que ha señalado, en sentencia de 5 de marzo de 2018 también promulga la importancia de que la información suministrada sea lo suficientemente completa: "la información al paciente ha de ser puntual, correcta, veraz, leal, continuada, precisa y exhaustiva, es decir, que para la comprensión del destinatario se integre con los conocimientos a su alcance para poder entenderla debidamente y también ha de tratarse de información suficiente que permita contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que los servicios médicos le recomiendan o proponen."[24]

El consentimiento informado debe entregarse a los progenitores por escrito sobre la composición, riesgos y consecuencias de la administración de la vacuna. Pero en el caso de autos se alega que no se hizo. Sin embargo, parece ser que tales afirmaciones no son ciertas ya que del expediente judicial se desprende que los dos progenitores de la menor contaban con tal información desde un momento anterior incluso a la iniciación del procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Y así lo prueba el hecho de que, del escrito de iniciación del expediente presentado por el padre de la menor, justifica su pretensión de vacunarla atendiendo precisamente a la finalidad, naturaleza, riesgos y consecuencias de la intervención pretendida, que obviamente conoce.

Y, ocurre lo mismo con la madre que se negó en su escrito de oposición a prestar dicho consentimiento, alegando una amplia variedad de argumentos basa-

dos en estudios e informes que le eran conocidos y que aportó con dicho escrito de oposición.

B. La ausencia de consentimiento informado, el daño causado y la doctrina del TEDH

Traemos a colación en este momento otro problema relativo a la ausencia de consentimiento informado, la causación del daño al paciente, y la responsabilidad civil patrimonial derivado de tales hechos. La importancia del supuesto se centra en que ha llegado a conocimiento del TEDH, quien se ha pronunciado dando origen a la sentencia de 8 de marzo de 2022, por la que se resolvió el caso Reyes Jiménez contra España, donde se condena al Estado español, por no justificar la razón por la que no se obtuvo el consentimiento informado de forma previa a una intervención quirúrgica, de forma contraria a lo dispuesto por la propia legislación española.[25]

Los hechos fueron los siguientes. Tras la intervención quirúrgica de la que se había obtenido el pertinente consentimiento informado por escrito de los padres del menor, se necesita una segunda intervención para retirar los restos del tumor no extirpados, operación para la cual no se recabó el consentimiento parental por escrito, al recabarse el mismo de forma verbal por el médico al cargo, indicándoles que los riesgos eran los mismos que para la primera intervención. En esta segunda operación, debido a una complicación, se tuvo que someter al menor a una tercera cirugía. Para esta sí que se obtuvo el consentimiento por escrito. Sin embargo, desafortunadamente el estado de salud físico y neurológico del niño se deterioró brusca e irremediablemente.

Los padres decidieron interponer una reclamación por responsabilidad patrimonial, alegando la existencia de una mala praxis médica, unido a que no se les había informado adecuadamente, en concreto, que no habían prestado el consentimiento por escrito respecto de la segunda intervención. Tras varios periplos por los tribunales españoles, [26] acuden ante el TEDH, alegando que el Estado español había vulnerado el artículo 8 CEDH, relativo al derecho a la *protección de la vida privada al no recibir información completa y adecuada sobre las operaciones quirúrgicas realizadas a su hijo* y que, por tanto, no habían podido dar su consentimiento libre e informado por escrito, tal y como exige la legislación nacional.

El TEDH supedita la validez del consentimiento informado a dos extremos, el primero, consistente en la comunicación del médico al paciente de los riesgos de la intervención; y el segundo, que el paciente comprenda los riesgos que asume con la operación, conformando así el consentimiento informado.

En lo relativo a su forma, el TEDH nos remite a nuestro derecho interno, en concreto al artículo 8.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que indica que el consentimiento se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. Además, en el artículo 8.3 se establece claramente que el consentimiento escrito será necesario para cada una de las actuaciones especificadas previamente. Tan solo se establecen algunas excepciones a este requisito formal, como serían la existencia de un riesgo para la salud pública, o de un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo sin que sea posible conseguir su autorización, ni la de sus familiares o personas vinculadas de hecho a él.

A raíz de lo expuesto, el TEDH concluye que *el hecho de que en el expediente constara el testimonio del médico al cargo afirmando que la familia había sido informada, no puede bastar, per se, para concluir inequívocamente que los padres del paciente habían sido debidamente informados y que consintieron la operación*. En consecuencia, las autoridades nacionales fueron incapaces de justificar el incumplimiento de la obligación de obtener el consentimiento informado por escrito respecto de la segunda intervención, tal y como establecía la ley española y por tanto consideró que el Estado español sí que vulneró el artículo 8 CEDH.

En resumen, la omisión de la información es el fundamento del daño a la salud de la paciente, ya que se vulnera un derecho humano la *protección de la vida (art. 8 CEDH)*

VI. CONCLUSIONES

El nacimiento de una persona genera un vínculo jurídico con sus progenitores del que dimana un haz de derechos y obligaciones. Los progenitores deben hacerse cargo de la protección del menor debiendo velar por ellos a nivel personal y patrimonial. Dentro de esta protección los progenitores deben tomar decisiones que influirán en la vida del menor por lo que la patria potestad debe ser ejercida en interés del menor.

En este momento analizamos un supuesto específico por el que el interés del menor colisiona con la pretensión de alguno de los progenitores, en este caso el juzgador adopta resoluciones en favor del interés del menor. En el supuesto que venimos hablando respecto de la vacunación de los menores de la covid 19 nos encontramos con otro elemento especial y es la postura de la administración sanitaria como consecuencia del estado actual.

El desacuerdo de algunos progenitores respecto de la vacunación no ha nacido de la covid 19 sino que estos casos ya habían sido analizados por la jurisprudencia con anterioridad habiendo resuelto estos asuntos de forma unánime salvaguardando el interés superior del menor.

Dentro de esta colisión nos planteamos también la vulneración de determinados derechos. En primer lugar, el Derecho a la Libertad Personal que como ya ha analizado el Tribunal Constitucional, se entiende que el tratamiento médico obligatorio no vulnera este derecho. En segundo lugar, el Derecho a la Integridad Física que puede ser vulnerado en el caso de que se prive por los profesionales de determinada información que influya en el derecho del paciente a decidir y consentir. Es decir, hay que analizar el consentimiento informado para poder determinar si se vulnera el Derecho a la Integridad Física y Moral.

Como indica el Tribunal Constitucional, la administración de una vacuna requerirá para su constitucionalidad del consentimiento libre, válido e informado de la persona afectada. Existen algunos supuestos en los que puede ser constitucional dicha vacuna a pesar de que falte el consentimiento o el mismo no pueda obtenerse y será en aquellos casos en los que se imponga esa medida por la ley, que la misma sea autorizada por resolución judicial, que se dirija a un fin constitucionalmente legítimo y que respete el principio de proporcionalidad por derivarse de ellas más beneficios o ventajas que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

En el caso de los menores se hace uso del consentimiento por quien ejerce la representación legal con carácter general y la patria potestad en particular. El consentimiento debe otorgarse teniendo en cuenta el deber de velar por el menor y ejercido en favor del interés superior del menor. Ese consentimiento debe prestarse de forma adecuada a las circunstancias y proporcionado a las necesidades que haya de atender siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. Este consentimiento por representación puede darse siempre y cuando el menor no sea capaz intelectual ni emocionalmente y en cualquier caso debe escucharse su opinión. También se plantea el consentimiento por representación de personas con discapacidad, para este caso se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, accesibles y comprensibles.

En el caso del consentimiento por representación de personas mayores residentes en Centros de Mayores en el caso de la vacuna de la covid 19 se debe tener en cuenta que la administración de la vacuna supone un beneficio mucho mayor que los riesgos que supondría la no administración de la misma. Se deben tener en consideración determinadas cuestiones para poder vacunar a un residente y estas son que no exista contraindicación, que prevalezca su administración puesto que tiene alto riesgo y que la decisión se tome siempre atendiendo al mayor

beneficio para la vida o salud del paciente. En el caso de que los hijos de estos residentes se nieguen a prestar el consentimiento por representación, la jurisprudencia sigue la línea de autorizar la administración de la vacuna. Esta línea es la misma que se sigue para el caso de los menores, por lo que se considera que la suministración de la vacuna es una actuación en favor del interés del menor y actualmente no se discute que sea el criterio que ha de guiar la decisión judicial.

Otra cuestión a tener en cuenta es si el menor tiene madurez suficiente para tomar una decisión, para ello deberá recibir una información clara y accesible con el objeto de formarse una visión propia sobre su situación y aportar así su punto de vista. Esto no quiere decir que no sea necesaria la representación de los padres pues para el supuesto de que el menor no supere la edad de 12 años, seguirá siendo necesaria la intervención de los progenitores. La LAP exige tener una edad igual o superior a los 12 años y dos requisitos adicionales que son la madurez suficiente del menor y que la decisión que se adopte no comporte grave riesgo para su vida o salud. En estos supuestos también debe valorarse por el tribunal si los menores, aunque sean mayores de 12 años, están sujetos a presión emocional por sus progenitores.

Como hemos visto el consentimiento informado es clave en esta cuestión. Hasta ahora hemos analizado quién debe prestar el consentimiento informado, pero es especialmente importante cómo se presta ese consentimiento. La información al paciente ha de ser puntual, correcta, veraz, leal, continuada, precisa y exhaustiva. En relación de la vacuna de la covid 19, el consentimiento informado debe entregarse a los progenitores por escrito sobre la composición, riesgos y consecuencias de la administración de la dosis.

El consentimiento informado debe prestarse en cualquier caso puesto que la ausencia de comunicación del médico al paciente de los riesgos de la intervención y la no comprensión por parte del paciente de esos riesgos que asume, puede provocar daños al paciente e incluso derivar en responsabilidad civil. A su vez, se exige que el consentimiento se preste para todas y cada una de las intervenciones que vayan a llevarse a cabo. La omisión de la información vulnera un derecho humano la protección de la vida.

VII. BIBLIOGRAFÍA

LOMAS HERNÁNDEZ, Vicente: "Discrepancia de los progenitores acerca de la necesidad y conveniencia de vacunar a su hija menor contra la COVID-19 (STC 148/2023, 6 de noviembre de 2023)", en *Diario LA LEY*, N.º 10425, Sección Comentarios de jurisprudencia, 15 de enero de 2024, LA LEY.

VIII. ÍNDICE DE AUTOS, SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO AUDIENCIAS Y JUZGADOS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- TEDH, Sección Tercera, de 8 de marzo de 2022. Número Recurso: 57020/2018. Ecli: ECLI:CE:ECHR:2022:0308JUD005702018
- STC, Pleno, S 38/2023, 20 de abril de 2023 (Rec. 3214/2022).
- STC, Sala: Segunda de 28 de marzo de 2011 Fecha publicación: 28/04/2011. Número Sentencia: 37/2011 Número Recurso: 3574/2008. Ecli: ECLI:ES:TC:2011:37
- STSJ de Madrid, Sección: Décima, de 5 de marzo de 2018. Número Sentencia: 145/2018 Número Recurso: 792/2016. Ponente: Miguel Ángel García Alonso. Numroj: STSJ M 2221/2018. Ecli: ES:TSJM:2018:2221
- STSJ de Andalucía sede en Granada, Sección: Primera, de 22 de julio de 2013. Número Sentencia: 2393/2013 Número Recurso: 667/2012. Ponente: María Luisa Martín Morales.
- AAP de La Coruña, Sección: Sexta, de 10 de enero de 2023. Número Sentencia: 1/2023 Número Recurso: 314/2022. Ponente: Ana Belén Sánchez González. Numroj: AAP C 127/2023. Ecli: ES:APC:2023:127A
- AAP de Santander, Sección: Segunda, de 20 de noviembre de 2022. Número Sentencia: 167/2022. Número Recurso: 520/2022. Ponente: Milagros Martínez Rionda. Numroj: AAP S 900/2022. Ecli: ES:APS:2022:900.ª
- APP de Valencia, Sección: Décima, de 20 de mayo de 2022. Número Sentencia: 299/2022 Número Recurso: 247/2022. Ponente: Mercedes Miñana Arnao. Numroj: AAP V 496/2022. Ecli: ES:APV:2022:496A
- APP de Valencia, Sección: Décima, de 20 de abril de 2022. Número Sentencia: 241/2022 Número Recurso: 1530/2021. Ponente: Mercedes Miñana Arnao. Numroj: AAP V 373/2022. Ecli: ES:APV:2022:373A
- AAP de Santander, Sección: Segunda, de 11 de abril de 2022. Número Sentencia: 55/2022 Número Recurso: 207/2022. Ponente: Miguel Carlos Fernández Díez. Numroj: AAP S 162/2022. Ecli: ES:APS:2022:162A
- AAP de Las Palmas. Tipo resolución: Auto Sección: Tercera, de 1 de abril de 2022. Número Sentencia: 104/2022 Número Recurso: 329/2022. Ponente: José Antonio Morales Mateo. Numroj: AAP GC 10/2022. Ecli: ES:APGC:2022:10.ª
- AAP de Pontevedra, Sección: Tercera, de 31 de marzo de 2022. Número Sentencia: 70/2022 Número Recurso: 138/2022. Ponente: Francisco Javier Romero Costas. Numroj: AAP PO 612/2022. Ecli: ES:APPO:2022:612A

- AAP de Valladolid, Sección: Primera, de 17 de febrero de 2022. Número Sentencia: 33/2022 Número Recurso: 45/2022. Ponente: Emma Galcerán Solsona. Numroj: AAP VA 46/2022. Ecli: ES:APVA:2022:46.ª
- AAP de Jaén, Sección: Primera, de 16 de diciembre de 2021. Número Sentencia: 314/2021 Número Recurso: 1264/2021. Ponente: Nuria Osuna Cimiano. Numroj: AAP J 1078/2021. Ecli: ES:APJ:2021:1078A
- AAP de Santander, Sección: Segunda, de 14 de diciembre de 2021. Número Sentencia: 245/2021 Número Recurso: 789/2021. Ponente: Javier De La Hoz De La Escalera Numroj: AAP S 1200/2021. Ecli: ES:APS:2021:1200.ª . A
- AAP de Orense, Sección: Primera, de 22 de noviembre de 2021. Número Sentencia: 191/2021 Número Recurso: 805/2021. Ponente: Maria Jose Gonzalez Movilla. Numroj: AAP OU 711:2021. Ecli: ES:APOU:2021:711A
- AAP de Sevilla, Sección: Segunda, de 13 de octubre de 2021. Número Sentencia: 330/2021 Número Recurso: 8435/2021. Ponente: Rafael Márquez Romero. Numroj: AAP SE 780/2021. Ecli: ES:APSE:2021:780A
- AAP de Castellón, Sección: Segunda, de 15 de enero de 2021. Número Sentencia: 2/2021 Número Recurso: 191/2020. Ponente: Horacio Badenes Puentes. Numroj: AAP CS 76/2021. Ecli: ES:APCS:2021:76A

IX. LEGISLACIÓN CITADA

- Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- LO 1/1996 de 15 de enero de 1996, de protección jurídica del menor, modificación del CC y de la LEC.
- Ley 41/2002 de 14 de noviembre de 2002. (autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica)
- Comité de los Derechos del Niño, Observación General n.º 4 (2003), La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño., CRC/GC/2003/4, Julio 2003.
- Comité de los Derechos del Niño, Observación General n.º 15 (2013), Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud., CRC/C/GC/12., 20 de julio de 2009.
- Comité de los Derechos del Niño, Observación General n.º 14 (2013), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial., CRC/C/GC/14., 29 de mayo de 2013.
- Ley catalana, llei 21/2000 de 29 de diciembre sobre los derechos de información concernientes a la salud y autonomía del paciente y la documentación clínica

NOTAS

[1] AAP de Castellón, Sección: Segunda, de 15 de enero de 2021. Número Sentencia: 2/2021 Número Recurso: 191/2020. Ponente: Horacio Badenes Puentes. Numroj: AAP CS 76/2021. Ecli: ES:APCS:2021:76A

[2] AAP de La Coruña, Sección: Sexta, de 10 de enero de 2023. Número Sentencia: 1/2023 Número Recurso: 314/2022. Ponente: Ana Belén Sánchez González. Numroj: AAP C 127/2023. Ecli: ES:APC:2023:127A

[3] STSJ de Andalucía sede en Granada, Sección: Primera, de 22 de julio de 2013. Número Sentencia: 2393/2013 Número Recurso: 667/2012. Ponente: María Luisa Martín Morales. Se resuelve por el TSJ el recurso de apelación tiene por objeto el auto de fecha 24/11/2010 dictado por el juzgado de lo contencioso administrativo número 5 de la localidad, por el que se acordó autorizar la vacunación forzosa de los 35 niños que constan en el listado de la delegación provincial de la consejería de salud de 22/11/2010, bien en el colegio público Gómez Moreno, bien en el centro de salud, bien en el domicilio de los menores que consta en el referido listado, señalándose que debe efectuarse por personal sanitario especializado, sin que pueda, en ningún caso, constituir, por la forma de realizarla, un trato inhumano o degradante, pudiendo la autoridad sanitaria requerir el auxilio de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado.

[4] AAP de Santander, Sección: Segunda, de 11 de abril de 2022. Número Sentencia: 55/2022 Número Recurso: 207/2022. Ponente: Miguel Carlos Fernández Díez. Numroj: AAP S 162/2022. Ecli: ES:APS:2022:162A

[5] AAP de Valladolid, Sección: Primera, de 17 de febrero de 2022. Número Sentencia: 33/2022 Número Recurso: 45/2022. Ponente: Emma Galcerán Solsona. Numroj: AAP VA 46/2022. Ecli: ES:APVA:2022:46A

[6] APP de Valencia, Sección: Décima, de 20 de abril de 2022. Número Sentencia: 241/2022 Número Recurso: 1530/2021. Ponente: Mercedes Miñana Arnao. Numroj: AAP V 373/2022. Ecli: ES:APV:2022:373A

[7] APP de Valencia, Sección: Décima, de 20 de mayo de 2022. Número Sentencia: 299/2022 Número Recurso: 247/2022. Ponente: Mercedes Miñana Arnao. Numroj: AAP V 496/2022. Ecli: ES:APV:2022:496A

[8] AAP de Pontevedra, Sección: Tercera, de 31 de marzo de 2022. Número Sentencia: 70/2022 Número Recurso: 138/2022. Ponente: Francisco Javier Romero Costas. Numroj: AAP PO 612/2022. Ecli: ES:APPO:2022:612A

[9] AAP de Barcelona, Sección: Decimoctava, de 12 de enero de 2022. Número Sentencia: 4/2022 Número Recurso: 1071/2021. Ponente: María Dolores Viñas Maestre. Numroj: AAP B 145/2022. Ecli: ES:APB:2022:145A

[10] AAP de Jaén, Sección: Primera, de 16 de diciembre de 2021. Número Sentencia: 314/2021 Número Recurso: 1264/2021. Ponente: Nuria Osuna Cimiano. Numroj: AAP J 1078/2021. Ecli: ES:APJ:2021:1078A

[11] AAP de Orense, Sección: Primera, de 22 de noviembre de 2021. Número Sentencia: 191/2021 Número Recurso: 805/2021. Ponente: Maria Jose Gonzalez Movilla. Numroj: AAP OU 711:2021. Ecli: ES:APOU:2021:711A

[12] AAP de Sevilla, Sección: Segunda, de 13 de octubre de 2021. Número Sentencia: 330/2021 Número Recurso: 8435/2021. Ponente: Rafael Márquez Romero. Numroj: AAP SE 780/2021. Ecli: ES:APSE:2021:780A

[13] STC, Sala: Segunda de 28 de marzo de 2011 Fecha publicación: 28/04/2011. Número Sentencia: 37/2011 Número Recurso: 3574/2008. Ecli: ECLI:ES:TC:2011:37. En la que se re-

suelve que se ha lesionado el derecho fundamental del actor a la integridad física y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) a causa de la respuesta obtenida a su queja en la vía judicial, ya que, como tenemos declarado, los defectos de la respuesta judicial dada a las pretensiones que tienen que ver con vulneración de derechos fundamentales sustantivos representan en sí mismos una lesión de estos derechos (por todas, SSTC 138/2000, de 29 de mayo, FJ 5, y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 8). Por consiguiente, procede otorgar el amparo solicitado, con anulación de las resoluciones judiciales y retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al del dictado de su Sentencia por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Bilbao, para que éste pronuncie otra nueva que resulte respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

[14] STC, Pleno, S 38/2023, 20 de abril de 2023 (Rec. 3214/2022).

[15] AAP de Santander, Sección: Segunda, de 14 de diciembre de 2021. Número Sentencia: 245/2021 Número Recurso: 789/2021. Ponente: Javier De La Hoz De La Escalera Numroj: AAP S 1200/2021. Ecli: ES:APS:2021:1200.ª . a

[16] AAP de Santander, Sección: Segunda, de 20 de noviembre de 2022. Número Sentencia: 167/2022. Número Recurso: 520/2022. Ponente: Milagros Martínez Rionda. Numroj: AAP S 900/2022. Ecli: ES:APS:2022:900A

[17] La persona a vacunar tiene en este momento 85 años, residente en un Centro de Mayores y de los informes médicos, de la residencia y de la clínica médico forense con los antecedentes médicos del paciente y la clínica actual no existe justificación suficiente para que no pueda recibir la vacunación contra el COVID, concluyendo que por su edad y estado de salud sería un riesgo grave para la integridad física de la paciente no proceder a su vacunación. AAP de Las Palmas. Tipo resolución: Auto Sección: Tercera, de 1 de abril de 2022. Número Sentencia: 104/2022 Número Recurso: 329/2022. Ponente: José Antonio Morales Mateo. Numroj: AAP GC 10/2022. Ecli: ES:APGC:2022:10.ª

[18] AAP de La Coruña, Sección: Sexta, de 10 de enero de 2023. Número Sentencia: 1/2023 Número Recurso: 314/2022. Ponente: Ana Belén Sánchez González. Numroj: AAP C 127/2023. Ecli: ES:APC:2023:127A

[19] Comité de los Derechos del Niño, Observación General n.º 4 (2003), La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño., CRC/GC/2003/4, Julio 2003. Comité de los Derechos del Niño, Observación General n.º 15 (2013), Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud., CRC/C/GC/12., 20 de julio de 2009. Comité de los Derechos del Niño, Observación General n.º 14 (2013), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial., CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.

[20] AAP de Valencia Sección: Décima, de 12 de diciembre de 2022. Número Sentencia: 617/2022 Número Recurso: 1229/2022. Ponente: Carlos Esparza Olcina. Numroj: AAP V 2220/2022. Ecli: ES:APV:2022:2220.ª

[21] Así se establece en:

El art. 92.6 del Código Civil regula la audiencia de los menores por el juez, cuando tengan suficiente juicio y el juez lo estime necesario.

El art. 770.1.4.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) establece que "se les oirá, si tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, si fueren mayores de 12 años".

El art. 777.5 de la LEC tiene una redacción similar a la del Código Civil, es decir, amplía las facultades del juez para oír o no al menor.

El art. 9 de la Ley de Protección Jurídica del Menor establece: Derecho a ser oído.

"1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.

2. Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente.

3. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos".

[22] El derecho del menor a ser «oído y escuchado» es norma de orden público, indisponible y por tanto, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos. (STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5).

Su relevancia constitucional está recogida en diversas resoluciones del Tribunal Constitucional, que han estimado vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de los menores en supuestos de procesos judiciales en que no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal (SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 5; en el mismo sentido, SSTC 71/2004, de 19 de abril, FJ 7; 152/2005, de 6 de junio, FFJJ 3 y 4, y 17/2006, de 30 de enero, FJ 5).

[23] Sentencia del Tribunal Supremo 87/2022 de 2 de febrero, reiterando la doctrina de la sala al disponer que la exploración de la menor solo cabe denegarla de forma motivada bien por no resultar necesaria al carecer de la suficiente madurez, bien por no resultar conveniente, precisamente, en su propio interés.

Como el tribunal de instancia había omitido la práctica de la exploración y también hizo lo propio la Audiencia, el Tribunal Supremo consideró vulnerado el derecho del menor a ser oído y por tanto el derecho a la tutela judicial efectiva. Estimó así el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, anulando la sentencia y retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a su dictado, para que antes de resolver sobre la guarda y custodia pudiese ser oído el menor.

[24] STSJ de Madrid, Sección: Décima, de 5 de marzo de 2018. Número Sentencia: 145/2018 Número Recurso: 792/2016. Ponente: Miguel Ángel García Alonso. Numroj: STSJ M 2221/2018. Ecli: ES:TSJM:2018:2221

[25] TEDH, Sección Tercera, de 8 de marzo de 2022. Número Recurso: 57020/2018. Ecli: ECLI:CE:ECHR:2022:0308JUD005702018

[26] Ante la falta de respuesta de la Consejería de Sanidad, los padres interpusieron un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, el cual fue desestimado por considerar que, en relación con la segunda intervención, en el expediente administrativo constaba el testimonio del doctor al cargo de la misma. Según éste, él personalmente había informado, de manera verbal, sobre esta segunda operación, a los padres y había obtenido de ellos su consentimiento, también oral.

Además, los magistrados entendieron que la reintervención era necesaria, no existiendo alternativa terapéutica. Los demandantes recurrieron ante el Tribunal Supremo, el cual desestimó la casación basándose en los mismos argumentos que el Tribunal Superior de Justicia, e insistiendo en que el consentimiento verbal es tan válido como el escrito, si se puede probar. Así mismo, acudieron al Tribunal Constitucional, el cual les denegó el recurso de amparo por falta de relevancia constitucional.

1.2. Derecho de Familia

La renta vitalicia como instrumento económico de protección para las personas mayores y discapacitadas.

Life annuity as an economic instrument of protection for elderly and disabled people.

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

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

RESUMEN. Una sociedad española cada vez más envejecida, una situación de crisis económica con una tendencia inflacionista de los precios que implica una pérdida del poder adquisitivo, un incremento del valor de la vivienda unida al hecho que España es un país de propietarios y que la cuantía de la pensión de jubilación y en su caso, por discapacidad no llegan en este contexto a cubrir las necesidades vitales y los gastos aparejados al envejecimiento determina la búsqueda de nuevas formas de ahorro y financiación que complementen tales pensiones. Entre estos instrumentos podemos destacar la hipoteca inversa, la venta de la nuda propiedad, la venta con alquiler garantizado, el seguro de rentas vitalicias, el contrato de alimentos y la renta vitalicia entre otros. El presente estudio por razone de espacio que va a centrar en el análisis de la renta vitalicia en todo lo que implica su dimensión jurídica.

ABSTRACT: An increasingly aging Spanish society, a situation of economic crisis with an inflationary trend in prices that implies a loss of purchasing power, an increase in the value of housing combined with the fact that Spain is a country of homeowners

and that the amount of The retirement pension and, where applicable, disability pension do not cover vital needs in this context and the expenses associated with aging determine the search for new forms of savings and financing that complement such pensions. Among these instruments we can highlight the reverse mortgage, the sale of the bare property, the sale with guaranteed rent, the annuity insurance, the alimony contract and the annuity among others. This study, due to space, will focus on the analysis of the annuity in everything that its legal dimension implies.

PALABRAS CLAVES. Renta vitalicia, pensión, bienes muebles e inmuebles, personas mayores, personas con discapacidad, capital o renta, beneficiario o pensionista, tercero, aleatoriedad, entidades crediticias y aseguradoras.

KEY WORDS: Life annuity, pension, movable and immovable property, elderly people, people with disabilities, capital or income, beneficiary or pensioner, third party, randomness, credit institutions and insurance companies.

SUMARIO. I. CONSIDERACIONES PREVIAS.…II. RENTA VITALICIA. 1. Concepto y antecedentes historicos de la renta vitalicia. 2. Naturaleza jurídica de la renta vitalicia. 3. Caracteres de la renta vitalicia. *A. La aleatoriedad. B. Unilateralidad o bilateralidad en el contrato de renta vitalicia. C. Onerosidad y gratuidad. D. Negocio de ejecución periódica y de atribución patrimonial. E. Contrato típico o atípico.* 4. Finalidad. 5. Régimen jurídico de la renta vitalicia. *A. Elementos personales.* a) Constituyente o acreedor de la renta. b) Deudor de la renta o titular pasivo de la relación. c) Beneficiario de la renta. d) La vida módulo. Su función en la renta vitalicia. *B. Elementos reales. El objeto del contrato de renta vitalicia.* a) Capital. b) La pensión o renta. *C. Elementos formales.* 6. Contenido. *A. Obligaciones del constituyente de la renta.* a) Entrega del capital. b) Obligación de saneamiento. c) Otras obligaciones. *B. Obligaciones del deudor de la renta.* a) Pago de la pensión o renta. b) Prestación de garantías para asegurar el cumplimiento de la obligación de pago. 7. Efectos del contrato de renta vitalicia. *A. La irresolubilidad del contrato por incumplimiento. B. Efectos de la extinción de la vida contemplada. C. La muerte del pensionista o deudor.* 8. La renta vitalicia gratuita. 9. La extinción de la renta vitalicia.—III. TRATAMIENTO FISCAL DE LA RENTA VITALICIA.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

En el actual Estado de Bienestar, el sistema público de pensiones se muestra insuficiente para cubrir el coste que representa la dependencia y la discapacidad

y, a lo que hay que añadir el progresivo envejecimiento de la población; de ahí que, se tenga que recurrir a instrumentos privados de previsión y provisión de recursos para paliar tales deficiencias. Algunos de tales instrumentos son negocios patrimoniales de Derecho privado no especialmente diseñados para ello, pero que pueden ser utilizados para dicha finalidad, así donaciones con cláusula de reversión, disposiciones de bienes con la reserva de la facultad de disponer, usufructos, derechos de uso y habitación, sustituciones fideicomisarias, etc. Y otros, en cambio, no están pensados específicamente para la asistencia y protección de personas mayores, dependientes y discapaces, como son, esencialmente, el contrato de alimentos, los patrimonios protegidos, el acogimiento familiar de personas mayores, las situaciones convivenciales de ayuda mutua, el mandato o apoderamiento preventivo, la hipoteca inversa, el seguro privado de dependencia, la venta con alquiler garantizado, la venta de la nuda propiedad, el seguro de renta vitalicia, y la renta vitalicia.

Por otra parte, procede señalar que, una de las características que definen la sociedad española es la de ser un país de propietarios de vivienda. Además la inmensa mayoría de los pensionistas tienen completamente pagada la vivienda familiar, siendo uno de sus miembros al menos de 65 años y algunos también tienen una segunda vivienda en propiedad y libre de cargas; además que en la realidad actual nos encontramos ante una situación económica con una tendencia inflacionista que conlleva un incremento progresivo de los precios y una cuantía de las pensiones que no cubren las necesidades vitales de las personas mayores y las personas con discapacidad a lo que hay que añadir los gastos ordinarios y sobre todo extraordinarios que se derivan tanto del envejecimiento como de la propia discapacidad, pues, la situación económica descrita les golpea más directamente. Es, por ello, que actualmente se busquen nuevas formas de ahorro, financiación y previsión que palien en parte los efectos económicos adversos en que se ven inmersos está parte mayoritaria de la población española y permiten adaptarse a las concretas necesidades de quienes las contratan.

Son varias las figuras financieras que permiten al propietario utilizar un bien inmueble (*vgr.* la vivienda) para completar su pensión y hemos aludido a alguna de ellas en líneas precedentes. Nos vamos a referir a estas brevemente, pues, un análisis exhaustivo de todas ellas representaría una investigación ambiciosa y necesaria; sin embargo, por limitaciones de espacio nuestro estudio se va a centrar únicamente en la renta vitalicia, sin por supuesto, dejar de asumir el reto propuesto de un análisis en profundidad de aquellas[1].

Nos referimos, en primer lugar, a la venta con alquiler garantizado o *sale and leaseback* que representa aquella operación que permite al propietario de la vivienda venderla obteniendo una cantidad de dinero con dicha venta y simultáneamente quedarse como arrendatario por el tiempo pactado. Suele optarse por esta

figura cuando el vendedor es de edad avanzada y se quiere obtener la mayor cantidad de dinero por la venta de la vivienda. En este supuesto, las figuras de vendedor y comprador propias de cualquier contrato de compraventa se transforman automáticamente en inquilino o arrendador. Se vende el 100% de la propiedad al comprador y, por tanto, se percibe el precio total convenido por esa operación. La compraventa que se realiza del inmueble es una venta convencional que suele ir acompañada de un descuento respecto del precio de mercado (el que acuerden comprador y vendedor) y algunas veces con el aplazamiento de una parte del precio (por los plazos y cuantía acordada por las partes). Tanto el contrato de compraventa como el arrendamiento se formalizan en la misma escritura.

El comprador de la vivienda se convierte de forma automática en arrendador y el vendedor en inquilino que abonará mensualmente la renta de alquiler pactada: el importe de dicha renta se establece en base a las condiciones que tenga el mercado en cada momento para una vivienda de similar ubicación y características que la suya.

El cálculo del precio de la venta se hará mediante tasación de la vivienda a través de un análisis comparativo de los valores de la zona, la estimación de la proyección que a futuro pueda tener el inmueble, la revisión de la situación legal de la finca, el cálculo de costes ordinarios y extraordinarios del inmueble (ITE, reformas necesarias, mejoras en la vivienda), tributos (IBI, plusvalía y tasa de residuos urbanos). En todo caso, la rentabilidad media que puede obtener el inversor (comprador) que, además, arrienda es entre un 4% y 6%.

Ahora bien, se pueden diferenciar varios tipos de *sale and leaseback* en función del plazo del alquiler que quiera fijar el vendedor: a) Modalidad vitalicia: se garantiza que el vendedor (inquilino) puede permanecer en la vivienda como arrendatario hasta su fallecimiento o cuando este decida dar por finalizado el arriendo; b) Modalidad temporal: se pacta por un plazo determinado, atendiendo a la normativa de arrendamientos urbanos existente en cuanto a lo referente a la duración del arriendo y prórrogas forzosas y legales.

En este contexto, tiene como ventajas que se puede vender la vivienda sin renunciar a su uso; liberarse de importantes gastos generados por la vivienda (IBI; cuotas de la comunidad de propietarios, seguro de vivienda); además se recibe una cantidad por la venta que permite hacer frente a las necesidades económicas que tenga la persona del vendedor y le permite, asimismo, si los tuviera, cancelar posibles hipotecas, deudas, embargos u otros gastos imprevistos o necesarios a futuro. Fiscalmente para los mayores de 65 años, la transmisión de la vivienda está totalmente exenta de tributación en la declaración de la renta (IRPF).

En segundo lugar, a la venta de la nuda propiedad: en esta operación la persona mayor recibe una cantidad de dinero a cambio de la venta de la nuda propiedad de su vivienda, reservándose a la vez el derecho de usufructo durante toda

la vida que, es lo más habitual, o durante un determinado periodo de tiempo[2]. Se puede acordar el percibo de la cantidad total de la venta en un solo pago; o una renta mensual de carácter vitalicio o temporal. También se puede optar por renunciar al uso y disfrute de la vivienda, con el fin de obtener un importante incremento de la renta a percibir mensualmente que, le permita costear la residencia o centro de mayores que elija. Si la operación consiste en que la persona vende la nuda propiedad y mantiene el usufructo vitalicio o temporal a cambio de una única cantidad al inicio de la operación, resulta lógico que el comprador adquiera la vivienda con un descuento en función del número de años teóricos de la operación. Esto es, cuando más mayor sea la persona, la venta de la nuda propiedad conllevará un descuento menor. Si la operación consiste en vender la nuda propiedad y mantener el usufructo vitalicio a cambio de percibir una renta vitalicia de por vida[3]. El importe de la mensualidad depende del valor de la vivienda y de la esperanza de vida teórica. Cuanto más mayor sea y más valor tenga la vivienda, mayor cantidad de renta mensual se puede percibir. En fin, si la operación consiste en la venta de la nuda propiedad, manteniendo el usufructo vitalicio, pero a cambio de percibir una renta mensual en un plazo determinado. Por supuesto, el importe de la renta mensual será mucho mayor que en las operaciones anteriores, teniendo presente la temporalidad.

Esta operación en cualquiera de sus modalidades suele llevarse a cabo por personas mayores sin descendientes o ascendientes, esto es, sin legitimarios, propietarios de una vivienda libre de cargas y, se formaliza ante notario en escritura pública y se procede a su inscripción en el Registro de la Propiedad. En la escritura se puede establecer una condición resolutoria como garantía en caso de impago de las rentas, permitiendo a la persona mayor recuperar la titularidad de la vivienda sin tener que devolver las cantidades ya percibidas. Tiene como ventajas, por una parte, que le permite al vendedor el recibir una renta durante toda la vida o temporalmente; mantener el uso y disfrute de su vivienda en las mismas condiciones en la que venía utilizando como propietario. Con ello rentabiliza su patrimonio inmobiliario, sin tener que renunciar a la ventaja de seguir viviendo su casa; por otro lado, dejará de abonar los gastos del inmueble (IBI, las cuotas de la comunidad, el seguro de vivienda); y, finalmente, esta operación tiene un excelente tratamiento fiscal, ya que los mayores de 70 años tienen exento de tributación el 92% de las cantidades mensuales que perciben a través de este producto. Además, si operamos sobre la vivienda habitual, al ser el vendedor mayor de 65 años, la venta de la nuda propiedad de su vivienda no genera incremento patrimonial que haya que declarar en el IRPF.

En tercer lugar, la hipoteca inversa es un crédito con garantía hipotecaria destinado a personas mayores de 65 años propietarias de una vivienda, a través de una entidad financiera que paga a éstas una renta mensual con la particulari-

dad que la persona mayor no tiene que devolver en vida las cantidades recibidas, ni los intereses como ocurre en una hipoteca normal, sino que la deuda que genera este producto financiero queda aplazada hasta su fallecimiento. Por tanto, con carácter general como requisitos necesarios para contratar una hipoteca inversa es tener más de 65 años y ser propietario de una vivienda. Puede ser contratada por uno o dos titulares. La cuota mensual a percibir dependerá de la edad de la persona mayor que contrate y del valor de la vivienda conforme tasación oficial. De forma que, cuánto mayores sean los contratantes, mayor será la renta mensual a percibir. Supone la concesión de un crédito hipotecario a interés fijo que permite, como hemos indicado, el cobro de una cantidad mensual de por vida. Se regula en la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de regulación del mercado hipotecario y de las hipotecas inversas y en la Orden EHA/289/2011, de 28 de octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios[4].

En la actualidad existen dos modalidades de hipoteca inversa, la vitalicia y la temporal: la primera supone que se cobra una cantidad mensual hasta el fallecimiento del contratante. En algunos casos, el préstamo hipotecario se complementa con un seguro de rentas vitalicias que entra en funcionamiento en caso que la persona mayor sobreviva al plazo de concesión del crédito. Con ello se garantiza que el cobro de la cantidad fijada se percibirá mientras viva la persona mayor. En todo caso, se puede solicitar un anticipo del capital o disposición inicial; y la segunda se cobra una cantidad mensual durante un plazo fijado por el Banco en función de la edad del cliente. También en este supuesto se puede solicitar una cantidad inicial a la firma de la escritura.

Como ventajas esta operación financiera tiene las siguientes: se mantiene la propiedad de la vivienda; se recibe una renta mensual mientras viva que, es lo normal; se puede solicitar una cantidad inicial con la que poder cubrir algún gasto imprevisto; se puede cancelar la hipoteca en cualquier momento; se puede arrendar la vivienda, si no se va a hacer uso de la misma (ingreso en una residencia); y, tiene también importantes beneficios fiscales ya que están exentas de tributación, es decir, no se tiene que pagar nada en la declaración de la renta por las cantidades mensuales que se perciban.

Ahora bien, como cualquier crédito se formaliza ante notario en escritura pública y se inscribe en el Registro de la Propiedad.

Al fallecimiento del titular de la vivienda, los herederos reciben una propiedad con una carga hipotecaria y pueden: quedarse con la vivienda haciendo frente a la deuda hipotecaria, teniendo en cuenta que las entidades diseñan este producto para que puedan disfrutar del diferencial que existe entre la deuda y el valor de la vivienda, siéndoles favorable y permitiéndoles cancelar el crédito sin complicaciones; o no quedarse con la vivienda, ni, por ende, reembolsar los

débitos vencidos y que el banco haga efectiva la garantía y obtenga el recobro del crédito, ejecutando la hipoteca.

Por otra parte, conviene señalar que, la diferencia entre la hipoteca inversa y una hipoteca tradicional es que el titular no tiene que pagar en vida nada al banco y la deuda acumulada solo puede ser exigida por la entidad financiera 12 meses después del fallecimiento del último titular.

En último lugar, se puede acordar un seguro de rentas vitalicias que es aquel que permite recibir una cantidad periódicamente por el beneficiario y de por vida. Para contratarlo hay que abonar una prima única al inicio de la operación. Permite al asegurado cobrar una cantidad mensual con independencia de lo que viva. En este tipo de seguro, está implícito el riesgo de la longevidad. Lo que supone que, el beneficiario del seguro cuanto más viva, más beneficio obtendrá del seguro. Ahora bien, puede darse el caso que el beneficiario del seguro o asegurado fallezca prematuramente; en previsión de dicho hecho incierto se puede agregar diversas prestaciones que cubran la contingencia del fallecimiento. Así se puede convenir la reversión, cuando se paga la renta de forma vitalicia a una tercera persona. Pese al fallecimiento del contratante, se puede convenir que se siga abonando al tercero la renta íntegra, o un porcentaje de la misma; o bien pactar un contraseguro o capital de fallecimiento que, en caso de fallecimiento del titular o del último de los titulares, si hay dos, se abonará a los beneficiarios designados un único capital que, se calculará atendiendo a la prima pagada y las rentas cobradas hasta el fallecimiento; o, en fin, se pacta el pago de la renta en un periodo cierto (normalmente 5 o 10 años) y si se fallece antes de cumplir esos plazos, el beneficiario designado seguirá cobrando la renta hasta la finalización del plazo pactado.

Al igual que, los demás productos financieros expuestos tienen una buena fiscalidad. Los importes mensuales que se reciben en concepto de renta vitalicia están sujetos al impuesto de IRPF como rendimiento del capital inmobiliario; si bien, queda sujeto a tributación en función de la edad (así si la edad del preceptor es entre 66 y 69 años el porcentaje a pagar es de un 20%; si tiene 70 años o más es de un 8%), y se le aplica un 19% de retención[5].

II. LA RENTA VITALICIA

1. Concepto y antecedentes históricos de la renta vitalicia.

Como hemos manifestado al inicio de nuestra exposición como complemento del actual sistema público de pensiones y junto a productos de notable acogida como seguro de vida, o enfermedad, planes de pensiones, seguros privados de dependencia, la renta vitalicia se configura como un atractivo instrumento priva-

do de previsión y provisión de fondos vitalicios —bien provenientes de la familia o de un tercero— para la protección de personas mayores, dependientes, discapacitados, máxime si se pacta con carácter gratuito, *inter vivos o mortis causa*, y con cláusula de inembargabilidad del artículo 1807 del Código Civil.

Su regulación legal se encuentra inmutablemente recogida a lo largo de los tiempos en el Código Civil, en el Libro IV Obligaciones y contratos, Título XII De los contratos aleatorios o de suerte, Capítulo IV De la renta vitalicia, artículos 1802 a 1808, lo que le dota de una indudable tradición jurídica como tal mecanismo de previsión en forma de prestación periódica vitalicia.

Su origen remoto para una parte de la doctrina se encuentra en el Derecho romano, que ofreciendo un concepto único y unitario de la relación de renta vitalicia, se consideraba la misma como el pago en contraprestación a la cosa o cosas entregadas, de una determinada cantidad de dinero o de cosas fungibles, siendo diversas las fuentes generatrices de la misma, así en el contrato innominado *do ut des*, eficaz solo para la constitución onerosa, la *stipulatio quad vivam* que podía ser a título oneroso o gratuito, y el *legatum per damnatione in singulos annos* y la *donatio*, que sólo podían ser a título gratuito, teniendo el *legatum* además, la particularidad de fragmentarse en un conjunto de legados, de los que el derecho a cobro del primero que, era puro y simple, lo adquiría el legatario desde la muerte del testador; siendo los restantes condicionales —condición suspensiva— al estar sometidos a la existencia del beneficiario titular de la renta, esto es, a la sobrevivencia del mismo, al vencimiento de las sucesivas anualidades, evitando con ello la nulidad de un legado *ad diem*, y convirtiéndolo en sumatorio de legados válidos, condicionales todos respecto del primero[6].

La duración de la renta venía determinada, bien por la vida del acreedor, o por la del deudor, sin hacer mención en las fuentes romanas a la vida de un tercero extraño a la situación como módulo de la relación. Por otra parte, la disciplina de la relación venía referida al tipo de fuente de la que surgía la relación, así como a su naturaleza onerosa o gratuita en los términos expuestos. En cuando al objeto de la prestación, la pensión periódica a pagar podía consistir lo mismo en una cantidad de dinero, que en la entrega de una determinada cosa fungible. Los plazos de la pensión no se consideraban como fruto de un capital, sino como capital mismo o prestación principal autónoma cuyo reparto era periódico, en concreto, en anualidades. Finalmente, el derecho a percibir la renta tenía un carácter personal.

La institución adquirió un notable impulso en la Edad Media. Mientras, los glosadores mantuvieron la sistemática romana, considerando como fuente capaz de dar lugar a la relación de renta vitalicia a título gratuito a la *stipulatio quod vivam* y al legado de renta; el *"contractus vitalicius"*, fuente más generalizada de la renta, fue objeto de una profunda transformación como consecuencia del desa-

rrollo del instituto del "precario eclesiástico". Mediante su celebración se cedía un capital la propiedad de una cosa o conjunto de cosas muebles o inmuebles o de un capital en dinero a una persona jurídica de Derecho eclesiástico. El cesionario se obligaba a pagar al cedente una pensión anual durante la vida de éste; hasta la muerte del pensionista que, en ocasiones conservaba la posesión precaria de los bienes, no se operaba la definitiva adquisición del dominio de éstos por el pagador de la renta. Si el capital consistía en una suma de dinero, se hablaba de "compra renta"; y si estaba integrado por otros bienes (muebles o inmuebles), se empleaba el término de contrato innominado en su modalidad de *"do ut des"*. Se constituía por razones de previsión, al objeto de procurar la manutención o el sustento del constituyente. Los bienes transferidos tenían que ser suficientes para cubrir el pago de la renta. Finalmente, por un lado, con la finalidad de mantener la equivalencia de las prestaciones de las partes y de proteger al constituyente de la renta se establecía de forma imperativa la cuantía de las pensiones a percibir, a la par que, se disponía, precisamente, para amparar a quienes debían de pagar la renta, de unos límites máximos de renta, alejando así al contrato de prácticas usuarias; y, por otro, ante la necesidad de protección de los legitimarios, se disponían ciertos límites a la enajenación de bienes para la constitución de rentas vitalicias[7].

Sobre las bases expuestas, con el fin de dotar de una regulación a la institución, y para evitar posibles abusos por parte de quienes recibían el capital ("gentes de la iglesia"), se dictaron numerosas disposiciones. Así, hay que destacar un Capítulo de Carlos el Calvo en el año 846 que mandó fijar la cuantía de las rentas en el doble del interés o rédito de los bienes cedidos si quedaban en la posesión precaria del cedente y en el triple para el caso contrario[8].

Con posterioridad, ante la pérdida del carácter de manutención y alimenticio de la renta, acercándose más a una actividad especulativa traducida en la existencia de rentas muy elevadas con respecto al interés nominal del dinero o de los réditos y rentas de los bienes cedidos, que se traducía en prácticas usuarias, se reaccionó de nuevo, dictando nuevas disposiciones. La mayoría partieron de los propios Papas como Nicolás V, a instancia de Alfonso I, rey de Aragón y de Nápoles, que en la Bula *"Sollicitudo Officii"*, de 30 de septiembre de 1451 declaró que el contrato de renta vitalicia estaba excluido de la usura siempre que mantuviera ciertos límites. Otras, dimanaron de los monarcas, siendo confirmadas por los Papas. Así el propio Alfonso I para Nápoles, en su pragmática *"De censibus"*, de 20 de octubre del mismo año de 1451, que fue confirmada por los Papas Martino V, Calixto III y Pío V estableciéndose que los censos se podían imponer solo sobre un fundo libre, es decir, no gravado por otro censo con unos límites claramente determinados.

En esta dirección de intervención legislativa, si bien, tratando, además, de poner remedio al perjuicio de las legítimas expectativas de los herederos de que percibía la renta durante toda su vida y enajenaba sus propios bienes, en Francia un Edicto de Luis XIV del año 1661 fija "unos tipos de rentas que han de respetarse obligatoriamente, bajo sanción de nulidad, confiscación del capital o bienes entregados y multa elevada. Se trataba de poner límite a *"l'avarice des gens d'eglise"*"[9].

La revolución francesa mantuvo la institución no considerando que fuese una supervivencia feudal, dotando de un régimen típico y propio al contrato aleatorio y oneroso de renta vitalicia con una función previsora y de reciprocidad del riesgo para las partes que intervenían en la renta, que pasa al Código de Napoleón —pese a ser su redacción duramente combatida tanto con argumentos de orden moral como de consideraciones de carácter económico y social—; y a la generalidad de los Códigos continentales, entre los que se encuentra el nuestro. Frente a todo ello, como señala QUIÑONERO CERVANTES prevaleció la apreciación de su función previsora, así como la aleatoriedad y reciprocidad del riesgo para ambas partes que intervenía en la relación de renta[10].

Paralelamente en España, en el marco de este proceso evolutivo de la institución, se conocieron algunas figuras semejantes a la renta vitalicia, así el fundo vitalicio, el fundo muerto o perdido; pero sobre todo, en el siglo XIII una institución ampliamente utilizada, tanto por las entidades públicas como privadas, como vehículo para procurar un capital a cambio de una pensión conocida con el nombre de *censo vitalicio o violario* —como se denominaba en Cataluña—, próximo al censo consignativo; si bien, diferenciado del mismo por su temporalidad y es considerado por parte de la doctrina como el precedente de la renta vitalicia con la que comparte notas comunes[11].

Este censo vitalicio fue regulado durante la Edad Moderna por nuestras Leyes recopiladas, de la que son muestra tanto la Ley IV como la Ley VI del Título XV del Libro X de la Novísima Recopilación, que reproduce una pragmática de Felipe II, dada en Madrid, en el año 1583.

A pesar de considerarse por una decisión de la Rota de Roma en 1649, los censos vitalicios personales como ilegales por contravenir la Bulla Piana, los intérpretes posteriores apostaron por su validez, amparándose en el *alea* como elemento esencial del contrato. Así, DE LUCA en su *Theatrum veritatis et iustitiae* crea la categoría contratos aleatorios, al que pertenece el censo vitalicio.

Aunque para CADARSO "el punto de arranque de la regulación de la renta vitalicia se encuentra en el Proyecto de 1851"[12], —que de sobra es conocido la influencia en su contenido del *Code* Civil—, el primero de los precedentes legales en el proceso codificatorio español, lo encontramos en el Proyecto de Código Civil de 1836 formada su Comisión de redacción por D. José Ayuso,

D. Eugenio Tapia y D. Tomás María Vizmanos, que prescinde en su regulación del censo vitalicio por su temporalidad y en el Título XV "De los contratos que dependen de un suceso incierto", Capítulo II "Del contrato de renta vitalicia", Sección 1.ª "De la naturaleza de este contrato y de las condiciones que requiere para su validez", de los artículos 1678 a 1694, se da una novedosa regulación a la renta vitalicia. El primero de ellos sobre la base de un tratamiento unitario de la materia, dispone al respecto que *"la renta vitalicia puede constituirse por título oneroso o por título puramente lucrativo. El primer caso se realiza mediante la entrega y percepción de una suma de dinero o de algunos bienes estimables, ya sean muebles o ya sean inmuebles. El segundo caso se verifica mediante una donación o un legado".* Si la renta vitalicia se constituye por título oneroso, requiere el otorgamiento de escritura pública; si es por título gratuito basta con que se observen las formalidades que prescribe la Ley para las donaciones o legados (artículo 1679). Puede constituirse o por la vida del que suministra el capital o precio de ella, o por la vida del que debe percibirla o, en fin, por la vida de un tercero que no tenga derecho ni interés alguno en la renta, pero no por la del que ha de satisfacerla (artículos 1682 y 1683). Asimismo, se admite expresamente la constitución a favor de tercero (artículo 1684). Ha de existir una proporción entre el capital y la renta vitalicia, cuya fijación queda al arbitrio de las partes, de no existir tal proporción, la renta vitalicia así constituida es nula. Termina, la regulación de la renta vitalicia, con la sección 2.ª "De los efectos de este contrato entre las personas contratantes" (artículos 1689 a 1694) relativos al otorgamiento de garantías por parte del prestador de la renta; de la exigencia de cumplimiento de las rentas no pagadas mediante el embargo y, la venta de bienes del deudor sin que quepa resolución. No incluyendo otros efectos frente a terceros que los previstos en el artículo 1684, ya que no señala nada sobre cláusula de inembargabilidad de las rentas.

Inspirado en el Código francés, el Proyecto de GARCÍA GOYENA de 1851 también opta por un tratamiento unitario de la institución, dentro del Título XV "De los contratos aleatorio o de suerte", Capitulo IV "De la renta vitalicia", si bien dedicando a la definición de la renta vitalicia y su constitución dos preceptos. Referido al contrato de renta vitalicia onerosa y conectado con la idea de la aleatoriedad que preside la esencia de esta institución, señala en el artículo 1703 que *"la constitución de la renta vitalicia es un contrato aleatorio, cuando el deudor queda obligado a pagar una pensión o rédito anual, durante la vida de una o más personas determinadas, por un capital en bienes muebles e inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión, la cual se extingue con la muerte del pensionista"*; por su parte, como complemento del anterior, precisa, el artículo 1704 que *"También puede uno constituir la renta vitalicia gratuitamente por donación o testamento sobre sus propios bienes, rete-*

niendo su dominio para sí o para su heredero, en cuyo caso estará sujeta la respectivos en los títulos I y IV de este Libro". Al igual que con el proyecto de 1836 puede constituirse la renta sobre la vida del que entrega o pone el capital, sobre la de un tercero, o sobre la vida de varias personas. También puede constituirse a favor de aquella o aquellas personas sobre cuya vida se otorga, o a favor de otra u otras personas distintas (artículo 1705). Es nula la renta constituida sobre la vida de una persona muerta a la fecha de otorgamiento o que en el mismo tiempo se haya padeciendo una enfermedad que le causa la muerte dentro de los veinte días siguientes a aquel otorgamiento (artículo 1706). En caso, de que no se paguen las rentas por parte del deudor, podrá el acreedor exigir judicialmente a aquel el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras (artículo 1709). Si lo que no ha hecho el deudor de las rentas, es otorgar las garantías estipuladas, se podrá rescindir el contrato. Finalmente, y a diferencia del Proyecto de 1836, dispone el artículo 1711 que solamente el que constituye a título gratuito una renta sobre sus bienes puede convenir una cláusula de inembargabilidad de las de tales rentas.

El Anteproyecto de 1885-1888 de ALONSO MARTÍNEZ manteniendo la tendencia legal e histórica de tratar unitariamente la institución, se limita a reproducir el Proyecto Isabelino en lo concerniente a la renta vitalicia, dedicando para ello el Capítulo IV "De la renta vitalicia", del Título "De los contratos aleatorios o de suerte", del Libro IV (Cuaderno 2.º) De las obligaciones (continuación), artículos 15 a 23 a su regulación. El artículo 16 y 17 reproducen respectivamente los artículos 1703 y 1704 del Proyecto de 1851, aunque con las remisiones adecuadas el primero de los citados al nuevo articulado, esto es, a los "Títulos 2.º y 3.º, del Libro 3.º de este Código"; el 18 y 19, los artículos 1706 y 1708, y, el 22 el artículo 1711.

El Código Civil sin tener en cuenta a la hora de proceder a la regulación de la institución, el precedente inmediato de los artículos 16 y 17 del Anteproyecto, y, en consecuencia, sin adoptar el tradicional tratamiento unitario de la materia, se regula en los artículos 1802 a 1808 del Código Civil. El primero de ellos, también partiendo de la aleatoriedad que caracteriza el contrato de renta vitalicia señala al respecto que *"obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión"* ofrece un concepto de renta vitalicia, referido únicamente a la constituida a título oneroso. Por otra parte, procede señalar que, la totalidad de los preceptos que el Código Civil dedica a tal figura se refieren a tal modalidad onerosa de renta vitalicia a excepción del artículo 1807 que alude a la constituida a título gratuito.

Dos modalidades de renta vitalicia, onerosa, la más habitual, cuya forma de constitución es el contrato y, la gratuita que bien *inter vivos*, mediante donación

directa o indirecta, o contratos a favor de tercero; o *mortis causa*, a través del testamento —legado de renta del artículo 880 del Código Civil— pueden dar originen a aquella[13]. A estas fuentes debemos añadir otras que permiten, igualmente, la constitución de la renta vitalicia, así, el seguro de vida, una disposición legal, —siendo en el ámbito del Derecho civil, una de las posibilidades la prevista en los artículos 839 y 953 del Código Civil que faculta a los herederos a transformar el usufructo correspondiente al cónyuge viudo legitimario en una renta vitalicia—[14]; o la contenida en el artículo 157 de la LH, según el cual el remanente de los bienes gravados con hipoteca constituida en garantía de rentas o prestaciones periódicas asume la obligación personal de satisfacer la renta o prestaciones hasta el vencimiento completo de la obligación garantizada-; y, en el campo de derecho laboral los supuestos de accidente de trabajo, enfermedades profesionales, invalidez y vejez; o, finalmente, puede ser una sentencia judicial la que permita crear una situación jurídica de renta vitalicia; supuestos de reparación de daños, indemnizaciones derivadas del resarcimiento del ilícito civil o penal[15].

Pese a que el tratamiento legal que ofrece el Código Civil incide especialmente en el contrato oneroso de renta vitalicia, y a que son diversas las fuentes de las que tal relación obligatoria puede surgir, cada una dotadas de una especificidad determinada, la doctrina dominante coincide en afirmar que, aun existiendo esa diversidad de fuentes, se puede ofrecer una conceptuación genérica de la renta vitalicia que abarque y comprenda los distintos supuestos de la misma, —pues, todos presentan siempre unas características comunes que permiten un tratamiento unitario— y, que, a su vez, respete los matices singulares que cada una de aquellas fuentes puede desarrollar[16]. En esta línea, opera el presente estudio, si bien, siempre teniendo en cuenta que casi la totalidad de la normativa de la renta vitalicia se refiere a su modalidad onerosa, y que, en consecuencia, el desarrollo que hagamos de la materia va a operar sobre la base de tal modalidad.

Pues bien, en este contexto, la doctrina española opta a la hora de ofrecer un concepto de la renta vitalicia, bien por una definición amplia de la misma, así, BELTRÁN DE HEREDIA representa el primer autor en dedicar una monografía a esta institución, define la renta vitalicia como "una relación obligatoria duradera por medio de la cual una persona (deudor) se obliga a pagar a otra (acreedor) una prestación periódica, consistente en dinero o en especie, durante el tiempo de duración de la denominada *"vida contemplada"*". Esta vida que se toma en consideración continúa el autor, "puede ser la del acreedor (que es la hipótesis más frecuente), la del deudor, o la de una tercera persona ajena por completo a la relación. Además, puede tratarse de una persona singular o de varias personas; en este segundo caso, sólo la muerte de la última de ellas determinará la extinción de la relación jurídica[17]"; o para LACRUZ BERDEJO el contrato de renta vitalicia representa "una relación de obligación en virtud de la cual un sujeto deudor,

viene a entregar a otro, persona natural, pensionista una cantidad periódica durante la vida de ésta o teniendo como límite la vida de otra persona natural"[18]; o bien, centran la definición en una de las modalidades de renta, en concreto en la onerosa, así, para QUIÑONES CERVANTES el contrato oneroso de renta vitalicia "es aquél por el cual un sujeto se obliga a pagar a otro una pensión periódica, una renta, en contraprestación de un capital o de un bien mueble o inmueble que se le transmite"[19]; en esta línea para BADENAS CARPIO la renta vitalicia es "el contrato mediante el cual una persona, a cambio de la enajenación de un bien mueble o inmueble, se obliga a efectuar una determinada prestación periódica, consistente en una cantidad de dinero, durante la vida de una o más personas"[20]; o, en fin, en uno de los caracteres como es la aleatoriedad que lo define, así ALBALADEJO GARCÍA dispone que "el contrato de renta vitalicia es aquel por el que una parte, a cambio de una cosa, cuya propiedad se le transmite, se obliga a pagar a la otra una pensión durante la vida de una o más determinadas"[21].

2. Naturaleza jurídica de la renta vitalicia.

Cuando hablamos de la naturaleza de la renta se plantean una doble cuestión. Por un lado, se ha generado en el seno de la doctrina científica un intenso debate en torno al carácter personal o real del derecho que corresponde al preceptor de la renta o pensión, al que ha contribuido de manera especial la imprecisa y poco afortunada redacción del último inciso del artículo 1802 del Código Civil al determinar que el dominio de los bienes se transfiere al pagador de la renta *desde luego con la carga de la pensión.*

Y, por otro, se ha, igualmente, discutido por esta misma doctrina, el carácter consensual o real del contrato de renta vitalicia.

De ambas cuestiones nos vamos a ocupar en este apartado.

En nuestro Derecho histórico, quizá fruto de una tradición censal, se consideraba reales los derechos a percibir rentas constituidas sobre inmuebles, incluidas las vitalicias. Y, en este sentido, para quienes propugnan la eficacia real del contrato de renta vitalicia, el preceptor de la renta adquirirá un derecho de naturaleza real y no meramente personal[22], que asegura el puntual y sucesivo cumplimiento por el deudor, sin posibilidad —y sin necesidad— de que se establezca un pacto comisorio; y, asimismo, el dominio de la finca se transfiere con la carga de la renta; de forma que, tal carga trasciende en todas y cada una de las enajenaciones que se efectúen en la propia finca[23]. El acreedor frente al deudor, señala BELTRÁN DE HEREDIA, tiene una acción personal, derivada del contrato para exigir el pago de las anualidades vencidas, y, al mismo tiempo, puede ejercitar una acción real frente a terceros poseedores del inmueble sobre el que se hubiera

constituido la renta. Ambas acciones, continúa el citado autor, pueden acumularse en el caso de que el bien inmueble entregado estuviese en poder y posesión del propio deudor de la renta, entonces la acción real tendría la consideración de principal, quedando las personas con un valor simplemente subsidiario[24].

En esta línea, argumenta DEL MORAL que "la renta vitalicia es un derecho real *in faciendo*, similar al censo, pues otorga al pensionista ante el impago de las pensiones, sin necesidad de ningún otro pacto o garantía, un derecho de realización de valor de los bienes transmitidos, con el mismo rango, entidad o naturaleza que la hipoteca que regula el artículo 157 de la Ley Hipotecaria. Tal afirmación la funda el autor a continuación: "a) Gramaticalmente en que, las expresiones "*carga"* del artículo 1802; y, *"sobre sus bienes"* del artículo 1807, atribuyen a la renta vitalicia el carácter de gravamen real; b) Desde un punto de vista lógico y sistemático, la no admisión de la naturaleza real de la renta vitalicia, implicaría un desamparo a conciencia del interés patrimonial del pensionista, abandonándolo a la buena voluntad del deudor de la renta, a diferencia de los negocios de tracto duradero en los que el legislador vigoriza la posición del *tradens* poniendo a su servicio enérgicos poderes reales. Es un imperativo del dogma cambista de la nivelación patrimonial; c) Históricamente, en el origen de la renta vitalicia localizado en el censo vitalicio, lo que en lógica consecuencia determina que aquella debe tener la misma naturaleza que corresponde a éste"[25].

Desde tales razonamientos, la transferencia de la finca a cambio de renta supone en sí misma por imperativo legal (artículo 1802 del Código Civil) un gravamen real hipotecario de la especie contenida en el artículo 157 de la Ley Hipotecaria. De ahí que, la hipoteca de renta de carácter voluntario quede como "módulo" de garantía para las prestaciones periódicas de índole distinta a la renta vitalicia onerosa y aleatoria[26]; y que, la facultad del rentista de solicitar medidas de aseguramiento de las rentas adeudadas, prevista en el inciso final del artículo 1805 del Código Civil, se aplique solo a los supuestos de entrega de un capital en dinero o cosa mueble[27].

Por otra parte, también como participe de la teoría de la eficacia real, RODRÍGUEZ LÓPEZ atribuye a la renta la naturaleza de una obligación *ob rem*, señalando: "1) El titular de los bienes transmitidos a cambio de renta (con o sin pacto resolutorio por impago de las pensiones) será en todo caso deudor personal de las pensiones que venzan mientras se conserven en dicha titularidad. Si los bienes fuesen después enajenados, su adquirente asumirá la expresada deuda; 2) Cuando en garantía de la obligación de pago de la renta vitalicia se constituye hipoteca sobre determinados inmuebles sea o no los mismos que fueron objeto de transmisión a cambio de la renta, la obligación personal de pago de las pensiones o prestaciones periódicas seguirá quien ostente la titularidad de los mismos". Y, añade "en la renta vitalicia la obligación personal se adhiere al que sea titular de

los bienes en cada momento, se transmite con éstos, y, ello lo es por causas intrínsecas y derivadas de la naturaleza del contrato; de ahí que, pueda afirmarse que estamos en presencia de una obligación *propter rem* cuando el artículo 1802 del Código Civil emplea la palabra *carga*. Todo ello, sucede de manera natural, pues, en la constitución de la renta vitalicia no hay necesidad de constituir hipoteca, al ser la eficacia real un efecto característico de la institución[28].

Frente a estas posiciones, el sentir mayoritario de la doctrina[29] como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo[30], y de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (antes Dirección General de los Registros y del Notariado)[31] se inclinan por el carácter personal del derecho del titular de la renta vitalicia, esto es, apuestan por su carácter obligacional, generador de meros derechos de crédito. En apoyo de su posición se argumenta que: 1) La palabra *carga* empleada en el último inciso del artículo 1802, —frecuentemente utilizada sin un valor técnico y depurado en otros preceptos del Código Civil, como los artículos 452, 504 y 633 entre otros—, no significa "carga real" o de "derecho real", sino que el deudor queda obligado al pago de la pensión o réditos en contraprestación a los bienes entregados por el acreedor[32]. Entenderlo de otra manera supondría que esa "carga", constituiría derecho y gravamen real sobre bienes muebles, que, como precisa BELTRÁN DE HEREDIA "sería inconcebible, máxime si se trata de una especie de aquellos de tanta importancia como el dinero"[33]; 2) La dificultad que el carácter real supondría para el tráfico jurídico[34]; 3) La necesidad para dotar de eficacia real la relación jurídica de renta que las partes pacten de manera expresa cualquier tipo de garantía para asegurar las pensiones periódicas (artículo 1805 del Código Civil), pues, si la renta tuviera naturaleza real, la propia garantía que la misma representa, haría innecesario la estipulación de cualquier medida precautoria. Y, por supuesto, no tendría razón de ser la posibilidad de excluir del embargo no sólo los bienes sobre los que gravita la renta, sino también esa misma renta como derecho personal del pensionista (artículo 1807). El pago de la pensión en los términos pactados puede ser garantizada con hipoteca sobre los bienes transmitidos o sobre otros diferentes, sin que tal gravamen suponga variación en el régimen aplicable a dicha garantía; asimismo, ni modificación del carácter y efectos de la renta vitalicia. La aparente y pretendida contradicción entre el artículo 1802 y 1805 del Código Civil, sólo reafirma la naturaleza personal del derecho de renta; 4) El carácter de bien mueble que el artículo 336 del Código Civil atribuye a las rentas o pensiones vitalicias o hereditarias "siempre que no graven con carga real una cosa inmueble"; y el de fruto civil que tiene el importe de las rentas o pensiones (artículo 335.3 del Código Civil); 5) Y, por último, frente al origen histórico de la renta vitalicia concretado en el censo de tal carácter, el silencio del Código Civil al no incluirse regulación ninguna del mismo dentro de los censos, y dotar de una específica a la renta, donde se prescinde de tal antece-

dente, supone que el legislador ha optado por sustituir la naturaleza real propia de los censos, y atribuir al pensionista un simple derecho personal[35]. La pretendida analogía de la renta vitalicia con el censo, es "más aparente que real""[36].

En suma, en lógica adhesión a la última de las posiciones expuestas, en la relación jurídica de renta vitalicia cualquiera que sea su fuente de constitución, el titular de la pensión pactada tiene un derecho de naturaleza personal a exigir su pago periódicamente al deudor en los plazos convenidos y mientras viva la persona cuya vida se toma como módulo. Que se pacte inicialmente una garantía personal o real que refuerce la posición del acreedor de la renta en su derecho a percibir la pensión, o que se convenga tal aseguramiento, ante el eventual incumplimiento por el deudor de su obligación de pago respecto de futuras pensiones, no varía la naturaleza de tal derecho; como tampoco el hecho de constituir a título gratuito una renta vitalicia, y excluir la pensión del embargo de las obligaciones del pensionista. No estamos ante un gravamen real del capital, sino ante lo que en toda la relación obligatoria supone binomio deuda-responsabilidad, quien asume una deuda (pago periódico de la renta) responde con todo su patrimonio (artículo 1911 del Código Civil).

Otras de las cuestiones planteadas en torno a la naturaleza de la renta vitalicia es sí el contrato de renta tiene carácter consensual o real. Es sabido que los contratos consensuales son aquellos que se perfeccionan con el mero consentimiento; y los contratos reales, serían aquellos que, o bien exigen para su perfección la entrega de la cosa (*datio rei*) en lo que representa la fase formativa del negocio (contrato real *quod constitutionem*); o bien, posee un efecto traslativo constitutivo, modificativo o extintivo de los derechos reales (contrato real *quod effectum*)[37].

Aunque, la regla general en nuestro sistema jurídico-civil es la consensualidad de los contratos (artículo 1258 del Código Civil), nada obsta para que, como excepción a tal regla, el Código Civil disponga como requisito esencial para la perfección de algunos contratos, la entrega de la cosa. Como señala DE CASTRO, siguiendo una tradición secular que "el Código Civil considera contratos reales el préstamo y el depósito; lo que se armoniza con el haberlos caracterizado de esencialmente (el comodato) o de naturalmente (simple préstamo y depósito) gratuitos (artículos 1740, 1760). Esta construcción del tipo en la Ley como contrato real o formal no implica que se niegue la posibilidad de negocios atípicos de préstamo y de depósito. Cabe la existencia de un contrato de donación de uso o de custodia, plenamente eficaz con tal que conste por escrito el consentimiento de las partes; y un simple préstamo y depósito oneroso, en el que se dota de validez al consentimiento sobre el objeto y causa, siempre y cuando haya mutua promesa de prestaciones. Resulta, pues, reducida la exigencia de entrega o recepción de la cosa por ser un requisito de forma, para los préstamos y depósitos

gratuitos contraídos verbalmente. Lo que no parece contrario, sino conforme al sentir común, que regularmente estima tales ofrecimientos o peticiones hechas meramente de palabra como origen de obligaciones sociales o de cortesía cuyo cumplimiento no cabe que sea exigido judicialmente"[38].

En este contexto, la doctrina española más tradicional, a la par que consideran que del contrato de renta vitalicia solo nace una obligación para una de las partes (deudor) que consiste en el pago de la renta o pensión, sostienen su carácter real, al exigir como requisito para su existencia la entrega del capital[39]. Los efectos del contrato, pues, no nacerán, sino a partir de tal entrega, no existiendo hasta ese momento más que un precontrato o una simple promesa de renta[40]. La obligación de pagar la pensión, por ende, no surge hasta que se haya hecho entrega del capital[41]. Por tanto, la perfección del contrato no depende del mero consentimiento, sino del acto de entrega de la cosa (capital). Tal carácter real del contrato se apoya en la dicción del artículo 1802 del Código Civil, cuando señala en su inciso final que el *"dominio se transfiere, desde luego con la carga de la pensión"*. Con ello, se exige, por los partidarios de tal calificación, como requisito para la existencia misma del contrato que el capital se transfiera *"desde luego"*[42]. Esta expresión tiene su origen en la preocupación medieval de represión de la usura, que hizo equiparar el censo vitalicio al censo consignativo. En la regulación de éste era normal la necesidad de entrega de capital de presente, generalmente ante notario. De ahí que, la Ley 6.ª, Título XV, Libro X de la Novísima Recopilación, sobre tales premisas, dispusiera que el contrato de renta vitalicia era inexistente, en tanto en cuanto el escribano (notario) no diere fe de haberse realizado la entrega de capital[43].

Ahora bien, partiendo de la supresión de toda referencia en el Código Civil al censo vitalicio; cómo afirma JORDANO BAREA[44] "la categoría de contratos reales no obedece a ninguna razón especial, sino a un mero residuo histórico impuesto por el peso de la tradición"; y, por otra parte, la expresión *"desde luego"* del artículo 1802 es, como dice GOMA SALCEDO "un cabo suelto que ha dejado el Código al realizar la acertada operación de transformar el censo en contrato"[45]; "o una reminiscencia del sistema anterior; o, en fin, un intento poco afortunado de los redactores del Código Civil por señalar que la transmisión del dominio tiene lugar sin aplazamiento a ningún momento posterior" como afirma GUILARTE ZAPATERO[46].

La doctrina española[47], al igual que la extranjera, se inclinan por atribuir al contrato de renta vitalicia, naturaleza consensual, sosteniendo que, por el mero acuerdo se produce su perfección y nacen las obligaciones recíprocas para ambas partes. Así, por una parte, se ha de transmitir el dominio del capital (bienes muebles e inmuebles), mediante su oportuna entrega; y de otra, se ha de pagar las pensiones o rentas en la cuantía y plazos convenidos. Las razones, algunas ya apuntadas, que

se aducen para defender tal carácter son: "1) La regla general consagrada en el artículo 1258 del Código Civil, que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; 2) Su analogía con el contrato de compraventa; 3) La distinción entre los contratos reales y consensuales está superada en la doctrina más reciente; 4) La diversa redacción de los artículos que el Código Civil dedica a los contratos considerados como nominados y típicamente reales y la expresión utilizada por el artículo 1802 (*"desde luego"*). Así, el artículo 1740 al definir el contrato de préstamo, utiliza la expresión "entrega"; el artículo 1758 referente al depósito, la de "recibir" la cosa; y, el artículo 1863, en sede de prenda, dice expresamente que "para constituir el contrato" es preciso que "se ponga en posesión de la cosa al acreedor o a un tercero". Expresiones todas ellas bien diferentes de la expresión *"desde luego"*; 5) La entrega de la cosa en el Derecho moderno no sustituye al consentimiento, ni condiciona la perfección del contrato, sino que representa un simple presupuesto y título justificativo de la obligación de devolver[48]"; 6) Como dice DEL MORAL "el pago de la renta es "siempre" un cumplimiento o pago de una obligación previa. De otra manera sería.... una entrega sin causa"[49].

La atribución de tal consensualidad se predica cualquiera que haya sido el título constitución de la renta vitalicia, pues, si no plantea dudas tal atribución en el contrato oneroso de renta vitalicia, menos aún en la renta vitalicia gratuita.

En suma, el contrato de renta vitalicia es consensual, se perfecciona por el mero acuerdo de las partes, sin que la entrega de capital en bienes muebles o inmuebles, constituya requisito indispensable para su perfección, sino presupuesto de su eficacia, de su ejecución o cumplimiento. La transmisión del dominio de los bienes muebles o inmuebles que constituyen el capital en contraprestación a la pensión o renta convenida, ha de insistirse, debe siempre tener lugar, pues de no materializarse, no cabe hablar de renta vitalicia. La entrega del capital como el pago de la renta puede convenirse que sea simultánea, pero también es posible, dentro del margen de autonomía que concede el artículo 1255 del Código Civil que se pacte diferir la entrega del capital a un momento determinado y posterior al pago de la pensión; o que la propia entrega preceda al pago de la misma.

En todo caso, se puede someter a condición suspensiva o resolutoria[50]; y su cumplimiento puede ser asegurado por las garantías admitidas en Derecho, en especial la hipoteca que puede gravar los bienes inmuebles constitutivos del capital (artículo 157 de la LH)[51].

3. Caracteres de la renta vitalicia.

Frente a quienes, en los términos vistos, califican el contrato de renta vitalicia como principal, real, unilateral y aleatorio[52]; la mayoría de la doctrina y juris-

prudencia se inclinan, por además de mantener la aleatoriedad como un carácter definitorio de aquel, por considerarlo de tracto sucesivo, nominado, típico, de atribución patrimonial, de duración y ejecución periódica, bilateral, consensual, y oneroso y sinalagmático, o gratuito, mediante donación, según que se haya optado por la entrega o no del capital como correspectivo de la pensión[53].

A todos ellos, nos vamos a referir a continuación.

A. La aleatoriedad.

La renta vitalicia es un contrato aleatorio, tal como dispone el artículo 1802 del Código Civil y el Título II donde está incluido dedicado a los contratos aleatorios o de suerte. Tal aleatoriedad consiste en la incertidumbre que representa para las partes contratantes el término final del vínculo obligatorio, esto es, lo que durará la obligación de pagar la renta en cuanto depende de un elemento objetivamente incierto como es el tiempo exacto que durará la vida que se toma como módulo para medir la duración de la relación jurídica de renta vitalicia[54]. Tal "alea" afecta, asimismo, al resultado final, esto es, a las pérdidas o ganancias que obtendrán, puesto que no se sabe cuál será el número total de anualidades que el deudor tendrá que satisfacer y, si el capital entregado será superior o inferior a las rentas que aquel debe abonar[55]. Las partes contratantes han querido y aceptado el riesgo que supone el negocio en sí y su resultado —sino no se habrían vinculado contractualmente—, y habrán probablemente calculado, si bien, de una forma aproximativa, las ganancias o eventuales pérdidas que obtendrán. Todo depende del término final del contrato, que se concreta en la duración de la persona cuya vida se contempla. La existencia del elemento de la aleatoriedad es, pues, esencial en este contrato y común para ambas partes desde el momento de celebración del contrato.

En tal sentido, debe tener lugar lo que se denomina equivalencia del riesgo entre las partes en el momento de estipulación del negocio; en consecuencia, debe existir igual posibilidad de pérdida o de ganancia a la conclusión del mismo, pues ambas desconocen cuándo va a producirse el término final de aquel dependiente del momento de la muerte de la persona cuya vida se ha contemplado como módulo de la relación[56]. No debemos olvidar que a tal incertidumbre aparece vinculada la aleatoriedad en la renta vitalicia; y que en lógica consecuencia, el resultado económico no puede ser más o menos oneroso solo para una de las partes[57].

Precisamente, si existe una falta de reciprocidad en la asunción del riesgo de ganancia y de pérdida, así, cuando la renta o pensión que haya de entregarse, sea igual o inferior a los frutos o intereses que produce el bien o capital entregado;

en tal supuesto, como señala BADENAS CARPIO "nos hallamos ante la falta de alea subjetivo, el negocio existe, pues posee causa, pero ésta ya no será onerosa, sino gratuita[58]. Podrá ser eficaz como donación indirecta, o como donación onerosa o modal. Pero si, de la indagación de la voluntad de las partes resulta que está excluido cualquier *animus donandi*, deberá concluirse que tal exclusión del riesgo comporta la anulabilidad del negocio por error, dolo o falsedad de causa[59]; o su rescisión por lesión, pues, el perjuicio que experimenta una de las partes no es consecuencia de la aleatoriedad propia, sino de factores ajenos al contrato, no previstos ni queridos por los interesados"[60].

Ahora bien, si se diera el caso que la persona cuya vida sirve como módulo, estaba fallecida a la fecha de perfección del contrato o padecía una enfermedad que llegue a causarle la muerte dentro de los veinte días siguientes a aquella fecha (artículo 1804 del Código Civil) y la renta vitalicia ha sido estipulada sobre tal vida; nos encontramos en tal supuesto, como indica, de nuevo, BADENAS CARPIO, ante una falta de aleatoriedad objetiva, que tiene como consecuencia la nulidad del contrato por ausencia del elemento causal del negocio[61].

Distinto de la aleatoriedad como elemento esencial del contrato de renta vitalicia, es la condicionalidad, a la que puede someterse como cualquier otro negocio jurídico. Si media una condición como elemento accidental, según sea suspensiva o resolutoria, la propia existencia del contrato de renta vitalicia o, en su caso, la resolución de su productividad queda pendiente de que tenga lugar el evento condicional[62].

La alea que, representa la extinción de la vida tomada como módulo, no afecta, en cambio, a la eficacia del contrato, a diferencia de la condición, sino al resultado económico final de mayor o menor pérdida o ganancia[63].

Por último, señalar que la aleatoriedad de la renta vitalicia produce la inaplicabilidad de la rescisión por lesión, únicamente, y en los términos vistos, cuando el perjuicio (lesión) que experimente una de las partes tenga su origen en el elemento propio y típico del negocio, es decir, en la mayor o menor duración de la vida tomada como módulo[64].

B. Unilateralidad o bilateralidad en el contrato de renta vitalicia

Como apuntamos en líneas precedentes, quienes se mostraban partidarios del carácter real del contrato afirmaban, asimismo, su unilateralidad. Para ello, argumentaban que, una vez perfecto el contrato con la entrega de bienes que constituye el capital por parte del acreedor, aquel no produce más obligaciones que para el deudor de la renta; pues, como dispone, además, el artículo 1802 Código Civil este contrato *"obliga al deudor"*, sin mencionar ninguna obligación

para el pensionista; y, asimismo, el artículo 1805 del citado cuerpo legal niega expresamente la resolución por falta de pago de las pensiones[65]. Como observa LACRUZ BERDEJO para quienes defienden tal carácter, "la entrega de bienes incorporada al acto de celebración del contrato no sería, entonces una "prestación", sino un elemento constitutivo de la relación"[66].

Tal opinión en la actualidad aparece revisada por la generalidad de la doctrina[67], afirmando el carácter bilateral del contrato de renta vitalicia constituido a título oneroso, puesto que nacen obligaciones recíprocas para ambas partes. Una, se obliga a transmitir el capital y otra, a pagar la pensión o renta, sin que la circunstancia de que una de las obligaciones deba cumplirse con posterioridad sea argumento para desconocer tal carácter[68], ni asimismo, el hecho que el artículo 1805 del Código Civil niegue la resolución del contrato por falta de pago de las rentas (y, por tanto, la aplicación del artículo 1124 del Código Civil), pues, de optarse por la unilateralidad, tal precepto resultaría innecesario[69]. Por otra parte, como afirma BELTRÁN DE HEREDIA[70], si se considerase como única obligación a cumplir la que asume el deudor de pagar las pensiones, habría de llegarse a la conclusión que la entrega del capital o se hace sin causa[71], o supondría un acto de donación a título gratuito, en que la causa sería la pura liberalidad del constituyente". En todo caso, precisa "la entrega de la cosa no es un momento extra ni precontractual, sino un derivado necesario y obligatorio del contrato". A estos argumentos, añade DE AZURZA Y OSCOZ que "el hecho de que una (obligación) sea actual, presente, efectuada en tracto único, mientras que la otra, la renta, sea parcialmente futura, de tracto sucesivo, no es obstáculo para ello (para la bilateralidad) como tampoco lo es, por lo menos en términos insuperables, el que la paridad entre ambas prestaciones sea más o menos problemática, lo que supone la intervención de un elemento la alea"[72].

Ahora bien, mientras la bilateralidad se atribuye como característica del contrato de renta vitalicia onerosa; la renta constituida a título gratuito entre el que será deudor de la misma y el beneficiario constituye, si se conviene *inter vivos*, una donación que como tal, supone un contrato que necesita de oferta del donante y aceptación del donatario (dos declaraciones de voluntad-contrato bilateral)[73]; pero, al excluirse la reciprocidad por parte del beneficiario, pues sólo origina una obligación, la de entregar la pensión por parte del deudor, esto es, obligación para una sola de las partes, es un negocio jurídico unilateral, a menos que estemos ante una donación onerosa[74]. Si, aquella renta constituida a título gratuito, se conviene *mortis causa*, podrá serlo a través de un negocio jurídico unilateral como el testamento[75].

Coincidimos con GUILARTE ZAPATERO en que resulta poco convincente desde un punto vista técnico, el que se pretenda explicar cómo hace SCAEVOLA, el contrato de renta vitalicia, como unilateral o bilateral, según el momento

que de su existencia se tome como referencia. Así será bilateral en el instante de su otorgamiento o constitución, pues sobre ambas partes pesa alguna obligación, concretamente, ceder el dominio del capital para una y el pago de las rentas o pensiones para otra; mientras que en un momento posterior será ya unilateral[76].

C Onerosidad y gratuidad.

Relacionado con la causa (artículo 1274 del Código Civil) y con las posibles fuentes de constitución de la relación contractual de renta tiene el carácter oneroso o gratuito, que se le puede atribuir a la misma[77].

El supuesto más habitual de constitución y como anticipamos, en líneas precedentes, dedica más preceptos a su regulación nuestro Código Civil, es a la renta vitalicia onerosa en que la prestación de cada parte tiene su causa en la contraprestación de la otra. En lógica consecuencia, una de las partes se obliga a pagar una pensión periódica; mientras que, a lo que se obliga la otra es a entregar un capital como contraprestación precisamente a la pensión o renta que se recibe, lo que le califica también de signalagmático.

La onerosidad del contrato de renta vitalicia supone la atribución de las normas de tal categoría contractual en defecto de las que específicamente le resultan aplicables. De ahí, la obligación de saneamiento, como veremos, de quien entrega el capital, como corresponde a todo contrato oneroso transmisivo de titularidad; y, la eventual aplicación del artículo 1124 del Código Civil, pese a lo que dispone el artículo 1805 del citado cuerpo legal, si así lo pactan las partes.

Asimismo, tal onerosidad elimina todo posible perjuicio a la legítima de los herederos forzosos del constituyente, pese a que el capital transmitido vacíe el patrimonio de éste. Y aunque, además, como señala LA CRUZ BERDEJO, se hubiese celebrado con esa idea por ambas partes, parece que la acción de los legitimarios contra el deudor de la renta, habrá de ser de daños[78].

Por otra parte, la renta vitalicia puede constituirse mediante un negocio a título gratuito, como así lo prevé de manera escueta el artículo 1807 del Código Civil. Y puede definirse, en palabras de BADENAS CARPIO, "como aquel contrato en cuya virtud una persona (donante-deudor) con ánimo de liberalidad se empobrece en parte de su patrimonio mediante la entrega periódica de renta a favor de otra (donatario-acreedor) que acepta el beneficio —con el que se enriquece— durante el tiempo de vida de la persona que se contempla en el contrato"[79].

A las rentas vitalicias pactadas con este carácter le serán aplicables el régimen general de las donaciones, no sólo en cuanto a los requisitos de forma y capacidad, sino también todo lo relativo a sus efectos, limitaciones, colación, revocación y reducción; o, el de los legados cuando tengan su fuente en uno de ellos.

En cuanto a su constitución puede acontecer de diversas maneras: como donación pura, *"inter vivos"*, al amparo del artículo 618 del Código Civil o *"mortis causa"*, de conformidad con el artículo 620 del citado cuerpo legal; como donación indirecta, cuando existe, en los términos vistos, una manifiesta desproporción entre las prestaciones de los contratantes; o como *negotium mixtum cum donationem*, que reviste al mismo tiempo los caracteres de onerosa y gratuita[80]; o por último, es posible que la renta vitalicia se constituya onerosamente entregando el capital a quien recíprocamente asume la obligación de pagar la renta, pero estableciendo como beneficiario y, por tanto, preceptor de la renta a un tercero distinto del constituyente. Se trata de un contrato a favor de tercero sometido a la norma del artículo 1257.2 del Código Civil, y que requiere para su eficacia la aceptación de tal tercero.

Ahora bien, relacionado con la aleatoriedad como elemento esencial del contrato de renta vitalicia, que como expusimos, genera en ambas partes la incertidumbre al tiempo de formalizarse el contrato tanto de su duración como del resultado económico final; por el contrario, no plantea dudas en la doctrina su aplicación como tal carácter, cuando estamos ante un contrato de renta vitalicia oneroso, pues, se coincide en afirmar que el alea (riesgo de pérdida o ganancia y duración de la obligación) es compartida por ambos contratantes. Además, de resultar favorecido el binomio aleatoriedad-onerosidad precisamente por la propia definición de contrato aleatorio del artículo 1790 del Código Civil.

Pero que sucede cuando la renta se constituye a título gratuito, se entiende, sin embargo, que tal carácter no opera en el supuesto debatido, pues, tal alea (riesgo) no existe, ni es compartida, una de las partes (donatario) no pierde nunca, solamente gana. Hay incertidumbre para el donatario "en cuanto al *quantum* de la ganancia dependiente de la duración del contrato, pero no de la ganancia en sí misma"[81].

Frente a esta posición, GUILARTE ZAPATERO señala que "habrá más o menos riesgos, pero el alea existirá siempre, incluso en la renta a título gratuito cualquiera que sea su modalidad concurre la aleatoriedad del resultado, que afectará económicamente a quien sea el deudor de la misma, donante o un tercero, y al propio beneficiario, si no es su vida la tomada en consideración como medida de la renta, que experimentará con mayor o menor extensión las consecuencias de la liberalidad". Ciertamente, añade "en la renta vitalicia a título oneroso, la aleatoriedad ofrece una mayor relevancia o eficiencia causal que en la gratuita, donde aquélla aparece, acaso desplazada o en un segundo plano respecto de la mera liberalidad"[82]. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ RAMOS para quien "el negocio jurídico gratuito de renta vitalicia no es aleatorio por estar donde está, sino por ser lo que es. Y no por gratuito, por vitalicio (...). Parece fácil negar tal hipótesis, aferrándose al argumento recurrente y solitario del "beneficio neto

conocido"; es decir, negando para esta renta vitalicia al ser gratuita para quien la recibe, la existencia *per se* de un margen de ganancias, porque, en todo caso, gana el rentista, tanto si la muerte de la vida módulo sobreviene de súbito, como si se dilata un siglo (...). El negocio jurídico de renta vitalicia es aleatorio, sea gratuita u onerosa. Son aleatorios, sin duda, los negocios de renta de los artículos 99 y 839 del Código Civil, por mediar "un equivalente" que se conmuta para mejor o peor fortuna de las partes; así como las rentas destinadas a fines asistenciales, pero no fijadas sobre la vida del que la necesita, sino sobre la vida de un tercero, o del que la paga. Y porque es inadmisible que dentro de los gratuitos unos lo sean y otros no"[83].

En este contexto, nadie duda que el contrato oneroso puede ser aleatorio, pero hemos de convenir, también con DE CASTRO que, aun definiendo como lo hace el artículo 1790 del Código Civil al contrato aleatorio como "si fuera más típicamente oneroso que el mismo contrato oneroso definido en el 1274 del citado cuerpo legal parece imposible aceptar que todos los contratos aleatorios resulten sometidos al régimen propio de la causa onerosa"[84]. Por otra parte, la aleatoriedad implica que las partes desconocen el *quantum* de la prestación final al tiempo del otorgamiento del contrato; que tal cuantía depende de cuando tenga lugar la muerte de la vida que se toma como módulo; y de una voluntad común de los interesados de asumir ese riesgo. Y, si bien, es cierto que en la renta gratuita se desconoce la duración del contrato, como el *quantum* final de la renta o pensión a recibir; lo que está claro es que no existe una voluntad reciproca de asumir el riesgo de la extensión y duración incierta de la relación obligatoria de renta. El alea no tiene valor de elemento esencial del negocio. En los supuestos citados, de pensión por desequilibrio económico del artículo 99 del Código Civil y de la cuota legitimaria viudal estamos ante supuestos de rentas vitalicias legales o *ex lege*. Como consecuencia del ejercicio de la autonomía de la voluntad nuestro ordenamiento posibilita que se conmuten por una renta vitalicia las pensiones indicadas. En ambos casos, existe una asunción de riesgo recíproco por las partes que participan en tal negocio, esto es, el *ex* cónyuge deudor de la pensión o los herederos, por un lado, y el cónyuge separado o supérstite, por otro, respectivamente, pues, está claro que, si se ha tomado como vida módulo, la del cónyuge separado o supérstite respectivamente dependiendo de cuanto dure la misma, unos u otros ganarán o perderán.

Por su parte, como señala RODRÍGUEZ MORATA "no existe obstáculo alguno en nuestro Derecho a que las partes libremente acuerden celebrar un contrato de renta vitalicia "*parcialmente gratuito*", bien conviniendo una renta reducida (el simple interés legal, por ejemplo) cuando la cosa entregada produzca un rendimiento superior; o bien, fijando una renta elevada frente a un rendimiento inferior. Si éste fuera la verdadera intención de las partes, el contrato será válido

y eficaz, desenvolviéndose como una especie de "donación onerosa o remuneración o modal", o simplemente "indirecta", para la que aquella intención habrá de expresarse en la forma categórica de un "*animus donandi*" con respecto al contratante que hiciese dejación de su derecho en la relación"[85].

D. Negocio de ejecución periódica y de atribución patrimonial

Finalmente, la renta vitalicia es un negocio "de duración" o "de tracto sucesivo", pues, la entrega de la renta o pensión no tiene lugar en un solo acto y mediante un solo pago, sino que precisa de una ejecución periódica.

Pese a que se proyecta a lo largo del tiempo mediante el pago de pensiones periódicas en un número indeterminado, existe unanimidad en la doctrina para considerar que el negocio de constitución de la renta es único y no da lugar a una pluralidad de negocios[86]. Igualmente, coinciden en afirmar que, como negocio de duración y ejecución periódica, implica una sola obligación general y única; si bien, dividida en "otras particulares cuantas sean las prestaciones periódicas"[87]; y participan "por una parte, de la naturaleza de contrato sometido a término final incierto; y, por otra, se encuentran afectadas por un término de carácter cierto y periódico que determina sus respectivos pagos"[88].

Y, asimismo, es un negocio de atribución patrimonial en cuanto supone un incremento del patrimonio del rentista (acreedor de la renta), que recibe por un plazo indeterminado la pensión o renta en dinero o en cosas fungibles según se haya convenido.

E. Contrato típico o atípico

Se trata de un contrato típico con una regulación específica (artículos 1802 a 1808 del Código Civil) y, la renta vitalicia es la descrita en el primero de los preceptos señalados. En todo caso, como precisa LACRUZ BERDEJO "al amparo de la autonomía de la voluntad se puede pactar el pago de una renta consistente en cualesquiera bienes, durante cualquier espacio de tiempo, a trueque de cualquier contraposición o sin ella"[89].

4. Finalidad de la renta vitalicia

La doctrina coincide en afirmar como finalidad de esta institución la de proporcionar al preceptor de la renta unos ingresos fijos a los efectos de su subsistencia, lo que resulta particularmente atractivo para quienes carecen de ellos, o, si los tiene son escasos en su cuantía[90].

Resulta como tal instrumento privado de provisión de fondos especialmente apto para personas de edad avanzada, discapaces o dependientes, sobre todo cuando se conviene a título gratuito, mediante donación.

Aunque el supuesto más frecuente de constitución sea mediante un contrato oneroso, en que se cede como capital un inmueble (habitualmente, la vivienda familiar), a cambio de una pensión. Normalmente, tal inmueble es propiedad de ambos cónyuges bajo el régimen de gananciales, y se contrata la renta para los dos como beneficiarios de la misma, pactando, a su vez, en caso de fallecimiento de cualquiera de ellos que, proceda la reversibilidad en el sobreviviente.

5. Constitución de la renta vitalicia

A. Elementos personales

En la renta vitalicia son dos las partes contratantes —que no son dos personas, pues en cada parte pueden haber una o varias personas, como veremos—: el titular del lado activo, que el Código Civil denomina una veces "preceptor de renta" (artículo 1805) y otras "pensionista" (artículo 1807); y al que la doctrina llama, igualmente, de forma desigual "constituyente de la renta", "beneficiario", "acreedor de la renta", "rentista"[91], "contratante de la renta"[92], "vitaliziato"[93], e incluso, por influencia francesa "credirrentista"[94]. El más utilizado es el de constituyente de la renta[95] o acreedor de la renta[96], por lo que nos inclinamos por tales expresiones. Es la persona que transmite el capital, en dinero o bienes muebles o inmuebles, bien en su propio beneficio, bien en el de un tercero, a cambio de una pensión o renta; es, por ello, el constituyente del derecho a percibir la renta sin que sea en todos los casos el titular de ese derecho; y, del otro lado, aquel que ocupa la posición pasiva, el deudor de la renta o pensión que, es al que se refiere expresamente el artículo 1802 del Código Civil, adquiere la propiedad del capital en bienes mueble o inmuebles, y está obligado en su contraprestación, al pago de la pensión o renta pactada. Asimismo, recibe diversas denominaciones, "debirrentista"[97], "vitalizante"[98], siendo la más utilizada la de deudor de la renta o pensión.

Además, de estos sujetos, pueden intervenir un tercero, que bien puede recibir la pensión o renta convenida como beneficiario con lo que estaremos ante un contrato a favor de tercero (artículo 1257.2 Código Civil) requiriéndose su aceptación; o puede ser ese tercero el titular de la "vida módulo" al que se refiere el citado artículo 1802, cuya duración se tiene en cuenta para fijar la que corresponde a la renta vitalicia.

La situación más habitual es la del acreedor que es beneficiario de la renta y, además, su vida se toma como módulo para determinar la vigencia de la renta.

Pero, igualmente, puede tomarse como tal módulo, la del deudor mismo, o la de un tercero, o la de varias personas determinadas (artículo 1803 del Código Civil).

Desde tal perspectiva, son cuatros los sujetos que pueden intervenir en el negocio de renta vitalicia, además de las partes contractuales, el pensionista o beneficiario de la pensión, y la persona o personas sobre cuya vida se determina la duración de tal negocio; y, asimismo, diversas las hipótesis en que pueden presentarse los elementos personales de la relación jurídica de renta vitalicia. De forma sintética, GUILARTE ZAPATERO señala las siguientes:

"A) Renta constituida a favor de la persona que transmite el capital a quien habrá de pagarse la pensión mientras viva con la variante que también puede ser la vida del deudor la tomada como módulo. En ambos casos, solo intervendrán como elementos personales de la relación, los sujetos que celebran el contrato, asumiendo la vida de uno de ellos la función de servir de medida de duración de la renta; B) Renta constituida a favor de varias personas que aparecen como sujetos del contrato y a quienes habrá de pagarse la pensión conjunta o sucesivamente, mientras viva la última de ellas; C) Renta constituida a favor de uno o varios constituyentes, tomado como vida módulo la de un tercero o de varias personas ajenas a la relación; y, D) Renta constituida a favor de una o varias personas extrañas al contrato, que admite la doble variante, según que la vida contemplada sea la del propio beneficiario o de los beneficiarios, o la de persona o personas distintas, ya se trate del deudor de la renta, del constituyente de la misma o de un extraño"[99].

Ahora bien, en este contexto, coincide la doctrina en afirmar que las partes del negocio de renta vitalicia: deudor y acreedor de la misma, pueden ser tanto persona física como jurídica; y, que deberán gozar tales sujetos de plena capacidad jurídica, ante el carácter dispositivo y aleatorio que caracteriza a este negocio que, produce para los sujetos intervinientes evidentes repercusiones patrimoniales. Supone la realización, en la mayoría de los casos, de actos de disposición que exceden, de los límites de una simple administración[100]. Tratándose de personas físicas podrá actuar por sí o por medio de representante, debidamente autorizado en la forma establecida en el artículo 1259 del Código Civil, precisando en tal caso, de mandato expreso tal como dispone el artículo 1713.2 del citado cuerpo legal[101]. Si son personas jurídicas, salvo que exista disposición estatuaria que expresamente lo prohíba, su actuación se llevará a cabo por sus órganos legales de representación[102]. Asimismo, se indica que la posición de tales partes podrá ser cedida *inter vivos*, como transmitida *mortis causa*, salvo que para este último caso se haya tomado como vida módulo la del propio deudor, o la del acreedor.

Sin embargo, solo podrá ser persona física, la persona sobre cuya vida se fija la duración del negocio de renta vitalicia para evitar situaciones de perpetuidad.

Sobre las bases generales expuestas, atendiendo a la compleja estructura personal de esta institución, corresponde, a continuación, particularizar nuestro análisis en cada uno de los posibles sujetos intervinientes.

a) Constituyente o acreedor de la renta.

Como hemos señalado, es el sujeto que entrega el capital (los bienes muebles o inmuebles); y, por tanto, el que adquiere, en principio, el derecho a la pensión, bien para sí o para un tercero. Es, en esencia, la persona que ostenta la titularidad del derecho de crédito a la renta o pensión. Aunque no se refiere expresamente a tal sujeto el artículo 1802 del Código Civil, si lo hace de quien precisamente ostenta la titularidad pasiva, y se compromete y queda obligado a pagar la pensión a cambio de la percepción del capital.

Generalmente, el que constituye la renta lo hace en su propio beneficio y su vida sirve de modulo, es decir, representa la contingencia de la que depende la prestación del obligado. Coincide en un mismo sujeto, el acreedor/beneficiario y persona cuya vida se toma como módulo[103].

Puede ser una sola persona (física o jurídica) o ser varias, el acreedor o constituyente de la renta[104]. Puede actuar la persona física por sí mismo o mediante apoderado[105]. Lo más frecuente es que la relación jurídica de renta vitalicia se presente con un solo sujeto en el lado activo y pasivo respectivamente. Pero de no pactarse así, en el supuesto de titularidad plural en la parte activa, puede convenirse que tal constitución de más de un sujeto acreedor tenga lugar bien de forma simultánea o sucesiva. En el primer supuesto, los preceptores de la pensión disfrutarán al propio tiempo de la misma, resultando de aplicación las reglas de comunidad, mancomunidad y solidaridad. De tratarse de matrimonio, cuyo régimen sea el de sociedad de gananciales, la entrega de un bien o capital ganancial a cambio de la pensión, salvo pacto en contrario, puede determinar que la renta se entienda dividida en partes iguales entre ambos (artículo 393 del Código Civil). De establecerse la concurrencia en forma de mancomunidad simple, se presume dividido el crédito en tantas partes iguales como sean los acreedores, tal como establece el artículo 1138 del Código Civil. Así, de un negocio único, se derivan varias relaciones de renta (tantas como acreedores haya)[106]. Cada uno de éstos tiene solo derecho a exigir individualmente su propia cuota de renta; y, el deudor, salvo pacto en contrario, estará obligado a pagar de manera exclusiva a cada acreedor la parte de la pensión que a cada uno corresponda. En principio, las cuotas se presumen iguales, salvo que se disponga otra cosa en el título. De convenirse expresamente la solidaridad (artículo 1137 último inciso) cada uno de los acreedores podrá exigir la totalidad del importe de la pensión o renta al

deudor o deudores (artículo 1142); y, éste o éstos, cumplir con la entrega de aquel a cualquiera de los acreedores, liberándose así de su obligación frente a todos los demás; correspondiendo, no obstante, en virtud de las reglas que presiden la solidaridad activa, al acreedor que ha recibido el importe de la renta, su división y entrega a los restantes acreedores. En sus relaciones internas, precisamente, cada acreedor tiene derecho a la cuota-parte de la renta que se ha fijado en el título constitutivo que, en principio, será por partes iguales, a salvo que la obligación de renta se haya estipulado en otros términos, así por ejemplo, en interés exclusivo de un solo acreedor[107].

En todo caso, al deudor que se le reclama el importe total de la renta o pensión, no podrá valerse de la excepción personal que, corresponde a otro acreedor solidario distinto del reclamante.

De no especificarse de forma expresa en la relación jurídica de renta, cuáles son las reglas que han de presidir esta vinculación plural de acreedores, resultara de aplicación las normas propias de la mancomunidad simple, atendiendo precisamente a lo que constituye la norma general en caso de pluralidad de acreedores y de deudores [108].

Ahora bien, si tal titularidad plural se conviene de manera sucesiva, el preceptor de la renta únicamente será aquél que en cada período le corresponda percibir aquella, siguiendo el orden establecido. Entrará en el disfrute de la renta o bien, una vez desaparecido el precedente, o bien porque se convenga un plazo para el disfrute de la renta, que, una vez finalizado, corresponde el percibo de aquella al siguiente. Por supuesto, la sucesión resultará operativa, mientras no fallezca la persona o personas sobre cuya vida o vidas han sido tomadas como módulo de la relación, sean ésta o éstas, las del propio o propios beneficiarios o las de un tercero o terceros extraños.

En todo caso, la designación sucesiva de varias personas como acreedores y a la vez como beneficiarias de la pensión, la doctrina considera aplicable el límite impuesto en los artículos 781 y 789 del Código Civil[109].

En este contexto, puede plantearse que sucede, cuando constituida la renta a favor de distintos beneficiarios que entran de forma simultánea en el disfrute de la misma, uno de ellos fallece o renuncia a su derecho. La doctrina se encuentra dividida, para unos autores, al igual que dispone el artículo 1874 del Código Civil italiano de 1942 y el artículo 1241 del Código Civil portugués tendrá lugar el derecho de acrecer entre los beneficiarios. Así, la parte de la renta correspondiente al acreedor premuerto acrece a los restantes y su derecho no se transmite a sus herederos, salvo pacto en contrario[110]; para otros, se transmitirá el percibo de la parte de la renta a sus herederos, argumentando para ello que, si conforme disponen las reglas de nuestro Código Civil, cuando hay una pluralidad de acreedores o deudores se entiende dividido el crédito y la deuda en tantas partes como acree-

dores y deudores haya, surgiendo, por tanto, del vínculo contractual único, una serie de relaciones crediticias distintas y separadas; de forma que, cada uno de los acreedores y deudores tiene una parte perfectamente independizada de la que corresponde a los demás, sin posibilidad de mezcla ni confusión, pues, resultaría contrario a tal regla el que "subsistiera el crédito del acreedor premuerto porque en los términos expuestos, desde un principio se contempló individualizado y lo lógico es que pase a sus herederos"[111].

Tal planteamiento que resulta lógico cuando se ha pactado la mancomunidad. Admite dudas cuando se aplican las normas de la solidaridad y las partes no han convenido nada al respecto. Pues, existe un solo derecho de crédito con varios titulares, pudiendo cualquiera de ellos, —sin perjuicio de su responsabilidad frente a los demás— ejercitarlo frente al deudor por su totalidad y parece que fallecido uno de ellos, los restantes podrían invocar el derecho de acrecer por su parte del crédito. Sin embargo, esta apariencia, en palabras del profesor BELTRÁN DE HEREDIA "queda desvirtuada por la regulación positiva de la solidaridad en nuestro Código Civil al encontrarnos en el mismo con una serie de preceptos que, aunque dictados fundamentalmente para el caso de solidaridad pasiva, tienen un valor general, que demuestran la concepción legislativa favorable a la autonomía e independencia de los créditos de los diversos acreedores solidarios: así los artículos 1140, 1144 1145 y 1148 del Código Civil. En virtud de esta independencia y autonomía, la duda debe resolverse en el mismo sentido que cuando se trata de mancomunidad simple"[112].

En similares términos, se pronuncia para el Derecho italiano, ANDREOLI, para quien "desde un punto de vista racional, hay que entender el artículo 1874, como únicamente referible a la renta que se haya pactado conjuntamente, —un solo acto formal de renta, singularmente debido a una pluralidad de acreedores—, y no a la hipótesis en la que formalmente una pluralidad de acreedores son titulares parciarios, pues, es inconciliable con el acrecimiento, la existencia de una serie de relaciones de renta separadas y distintas, que desde su origen están perfectamente delimitadas. Todo ello, sin perjuicio de que las partes manifiesten una voluntad contraria al acrecimiento, lo que supone una derogación de tal norma. No hay, por tanto, una renta constituida a favor de varias personas, como expresamente requiere el citado artículo 1874 para que se produzca el derecho de acrecer, en la hipótesis de una pluralidad de acreedores titulares —mancomunadamente— de distintos créditos de rentas parciales, sino la constitución contextual, en un único acto formal —el contrato— de varias rentas vitalicias singularmente debidas a favor de distintos acreedores"[113].

Junto a las opiniones expuestas, no faltan quienes, en la doctrina francesa trasladan la decisión sobre esta cuestión al Juez. Si, en principio, todo depende de la voluntad de las partes; en caso de duda, el juez deberá actuar y decidir según los términos del acto de constitución de la renta o de las circunstancias del caso[114].

De forma que, a falta de una disposición concreta de aquéllas favorable al acrecimiento, parece como mejor opción, en este supuesto de pluralidad de acreedores, que la premoriencia de cualquiera de ellos conlleve la transmisión de su cuota a quienes serán sus herederos, pues, de otra forma se perjudicaría los intereses de éstos[115].

Sobre tales bases, no obstante, matiza QUIÑONERO CERVANTES que "cuando se hace designación conjunta de beneficiarios y se concreta no sólo las personas, sino también la atribución cuantitativa de la renta correspondiente a cada una de ellas, solo es posible el acrecimiento, cuando hubiese sido pactado de manera expresa; si la designación sólo se hace en cuanto a cuáles sean las personas beneficiarias, pero la atribución de renta es conjunta, el acrecimiento se producirá como consecuencia del principio *concursu partes fiunt*", pero la intención del constituyente es designar como beneficiarios en el *"totum"* del derecho de renta.[116]

En todo caso, de no disponerse expresamente en el negocio jurídico de renta que en caso de fallecimiento del constituyente su parte acrece a los demás, —pacto que será habitual entre cónyuges, si ambos son los acreedores de la renta—; y, asimismo, en el caso no haberse convenido nada al respecto como no se puede deducir claramente cuál es la intención del constituyente la cuota del premuerto pasa a los herederos[117].

Precisamente, con relación a la renta constituida a favor de un matrimonio, y pese a que como el Código Civil español no contiene mención expresa, una parte de la doctrina española[118] se muestra partidaria de posibilitar en este supuesto, la reversión de la renta a favor del beneficiario sobreviviente. Máxime, cuando, además se ha tomado como módulo para determinar la duración del contrato de renta la vida de ambos cónyuges. No obstante, al igual que ocurre con el acrecimiento, resultaría conveniente la inclusión de cláusulas de reversibilidad en los contratos de renta vitalicia para asegurarse que la pensión será satisfecha en su totalidad al cónyuge sobreviviente y, que no se verá disminuida como consecuencia de fallecimiento de uno de los acreedores.

De cualquier forma, la extinción o reducción parcial de la renta por fallecimiento de uno de los acreedores-constituyentes sólo tendrá lugar, si se dispuso expresamente por las partes.

Por otro lado, como señalamos, es posible la concurrencia de sujetos en el lado activo sea también sucesiva. Cada uno de los acreedores percibirá la renta en el orden establecido transmitiéndose de uno a otros a partir del fallecimiento del anterior en grado de sucesión; obviamente, no se plantean problemas de acrecimiento ni de transmisión del derecho a la pensión a los herederos. Esta situación se mantendrá, asimismo, mientras viva la persona cuya vida se ha tomado como módulo, que, como hemos indicado, puede ser la de los acreedores, y dependerá si se ha convenido que a la muerte de alguno de ellos se extingue la

renta o solamente con la del último; o, en fin, puede ser aquella la de un tercero o terceros extraños o la del propio deudor.

El acreedor puede ser, cualquier persona, incluso un no nacido o un no concebido en el momento de convenirse la renta. Tanto para este último supuesto como para la designación sucesiva de varias personas como acreedoras y a la vez, beneficiarias de la pensión la doctrina estima de aplicación como límite de lo dispuesto en los artículos 781 y 789 del Código Civil cuando la renta se ha constituido a título gratuito[119]; no así para cuando se ha convenido a título oneroso, pues, "la finalidad perseguida por el legislador de limitar la duración del derecho (en este caso, percibo de la renta) se consigue aquí con la vinculación a la vida en consideración a la cual se constituye la relación"[120].

En todo caso, en el negocio de renta vitalicia, el límite que marca el citado artículo 781 del Código Civil puede referirse a las varias personas de cuya existencia depende la duración de la obligación de pago de la pensión[121].

Por último, como apuntamos, igualmente, en líneas precedentes, puede que el acreedor o titular originario de la renta no coincida con el actual, porque o bien ha tenido lugar la transmisión *inter vivos* de su crédito; o bien, como consecuencia de su muerte y mientras viva la persona cuya vida se ha tomado como módulo su crédito se ha transmitido *mortis causa* a sus herederos y, como tal derecho es renunciable[122]. Y, como señala RODRÍGUEZ MORATA "es posible el cambio de personas en la posición activa (acreedor de la renta) utilizando el mecanismo de la cesión de crédito. Del mismo modo es posible la sustitución de la persona del deudor, si bien en este caso resulta necesario el consentimiento del acreedor"[123].

b) Deudor de la renta o titular pasivo de la relación

Es quien, como expusimos, recibe el capital y se obliga a pagar periódicamente al acreedor-beneficiario la pensión o renta pactada durante la vida de la persona designada en el contrato como módulo, a cambio de un capital en bienes muebles o inmuebles tal como dispone el artículo 1802 del Código Civil[124]. Esta posición de deudor puede variar de diversas formas: bien, por sustitución *inter vivos* del deudor mediante el mecanismo de la novación subjetiva pasiva para lo que necesitará del consentimiento del acreedor (artículo 1205 Código Civil), siendo éste el constituyente de la renta que puede o no coincidir con el beneficiario; bien, por sucesión *mortis causa*, en caso de fallecimiento de aquél, siempre que por supuesto permanezca viva la persona cuya vida se tomó como módulo. Los herederos suceden al causante en su posición y continúan en la titularidad pasiva de la relación contractual, hasta el término final de ésta que coincide con la muerte de la persona módulo; o bien, por disposición legal (artículo 157 de la

Ley Hipotecaria). La ejecución de la hipoteca constituida en garantía del cumplimiento de la obligación de pago de la renta por parte del acreedor ante el impago de aquella, plantea la problemática que, ahora apuntamos, de si el adquiriente de los bienes gravados se convierte automáticamente en deudor personal de las pensiones o, por el contrario, se precisa la asunción expresa de la obligación de pagar la renta para que tal efecto tenga lugar.

Al igual que, en el lado activo, puede ser varios los sujetos deudores, siéndoles de aplicación en el cumplimiento de sus obligaciones las reglas de los artículos 1137 y siguientes del Código Civil. Se presume como regla general la mancomunidad, salvo que se haya pactado expresamente que la obligación sea solidaria.

De forma que, la concurrencia plural de deudores se regirá por las reglas de la mancomunidad simple, presumiéndose dividida la deuda en tantas partes iguales como deudores haya, siendo las deudas distintas las unas de las otras (artículo 1138 del Código Civil). Si, por el contrario, se conviene expresamente la solidaridad el acreedor o acreedores están facultados para exigir a cualquiera de los deudores el importe íntegro de la deuda, esto es, el pago total de la pensión.

Si bien, la reclamación entablada contra un deudor no exime de las que posteriormente se dirijan contra los demás deudores, mientras no resulte cobrada la deuda por completo (artículo 1144 del Código Civil); y, cada deudor solidario podrá utilizar todas las excepciones que deriven de la naturaleza de la obligación y las que sean personales, pero no podrá oponer las excepciones que corresponden a los demás, que sólo podrán servirse en la parte de la deuda de la que fueran responsables (artículo 1148 del Código Civil).

De tener lugar el fallecimiento de cualquiera de los codeudores su parte no acrece a los demás, sino que se transmite a los herederos, que responderán frente al acreedor. Aquellos pueden aceptar a beneficio de inventario, siéndoles de aplicación las normas contenidas los artículos 1010 y siguientes del Código Civil[125]. Pero, si como consecuencia de tal aceptación, satisfecha la deuda en su totalidad por uno de los deudores, éste al reclamar a los demás la parte de la deuda que les corresponde; si uno parte no puede pagarla, como acertadamente expone BELTRÁN DE HEREDIA, los restantes coherederos deberán asumir esa parte de la deuda, prorrateándola entre ellos, lo que evidentemente supone un acrecimiento de su parte de la deuda[126].

c) El pensionista o beneficiario de la renta

El supuesto normal, como tantas veces hemos reiterado, es que el constituyente de la renta, sea además el beneficiario de la pensión, el sujeto que percibe la renta, e incluso la persona cuya vida sirve como módulo para determinar el término final incierto del contrato de renta vitalicia. Asimismo, puede darse el

caso que, los beneficiarios sean una pluralidad de sujetos, en cuyo caso la renta vitalicia puede ser constituida simultánea o sucesivamente a favor de cada uno de ellos, siendo trasladable aquí, lo visto, con relación a la pluralidad de acreedores y la problemática en torno al acrecimiento o no de las porciones de renta en caso de premoriencia de uno de ellos por parte de los sobrevivientes para evitar reiteraciones[127].

Por otra parte, el beneficiario puede ser una persona distinta al constituyente, y encontrarnos con lo que la doctrina denomina contrato o estipulación a favor de tercero (artículo 1257.2 del Código Civil)[128]. Precisamente, el artículo 1803.2 del Código Civil dispone que la renta vitalicia se puede constituir *a favor de otra u otras personas*. En este supuesto, quien recibe el capital asume la obligación de pagar la renta a persona distinta del constituyente, resultando indiferente que se deba satisfacer la pensión durante la vida del beneficiario, deudor o la del propio constituyente de la renta o de un tercero. En este contrato de renta a favor de tercero, los sujetos que lo conforman son: el promitente —deudor de las rentas— es el obligado a efectuar la prestación a favor del tercero; el promisario o estipulante —constituyente o acreedor de la renta— es el que acepta la promesa; y el tercero o beneficiario —pensionista o beneficiario de la renta— es el que adquiere el derecho a la prestación del promitente.

Generalmente, nuestra doctrina, establece como posibles modalidades de renta vitalicia a favor de terceros: "a) Como carga accesoria de un contrato principal oneroso, como es la venta de un inmueble en el que una parte del precio se conviene que constituya una renta vitalicia a favor de un tercero; b) Asimismo, como una carga accesoria que acompañe a un contrato gratuito, se conviene la entrega de un bien, imponiéndole al deudor la carga de pagar la renta a un tercero distinto del donante, c) La renta surge de forma directa de un contrato principal en cuya virtud se constituye aquélla a favor de persona ajena a la relación contractual propiamente dicha"[129].

De todas las hipótesis citadas, la más habitual es la de constituir la renta vitalicia a favor de un tercero mediante donación en el que resultarán aplicables las normas relativas a la misma, en cuanto a capacidad, objeto, revocación, nulidad, etc.. La relación entre estipulante y promitente en este caso, tendrá carácter gratuito; la del estipulante con un tercero podrá tener también este carácter, pero en otros casos, podrá ser *"solvendi causa"*; si, por ejemplo, el estipulante pretende satisfacer una deuda pendiente con el tercero[130].

En los otros dos supuestos de renta vitalicia onerosa la relación entre estipulante y promitente tiene un evidente carácter oneroso; pero la relación de aquel con el tercero, igualmente, puede ser en unos casos *"solvendi causa"* y en otros *"donandi causa"*, pues, la parte del precio o la integridad del mismo que se en-

trega al tercero, puede ser para satisfacer una deuda pendiente con el mismo o por simple liberalidad[131].

Ahora bien, cualquiera que sea la modalidad por la que se opte para que el tercero beneficiario adquiera de modo definitivo e irrevocable su derecho a la pensión, es necesario que acepte la estipulación de la renta que para él se ha convenido, pese a que el mencionado artículo 1803.2 del Código Civil guarde silencio sobre este extremo; resultando de aplicación lo dispuesto en el, asimismo, citado artículo 1257.2 del citado cuerpo legal. No se especifica si tal aceptación ha de hacerse de forma expresa o tácita, siendo admisibles ambas formas; en todo caso, esta declaración de aceptación ha de ser recepticia y, deberá dirigirse al obligado[132]. En cuanto al plazo para manifestar la aceptación existe coincidencia en afirmar que cualquier momento es hábil, siempre que sea previo a la revocación del estipulante[133]. Por otra parte, dicha aceptación deberá realizarse como es natural por el propio tercero, salvo que carezca de capacidad (menores de edad no emancipados), en cuyo caso deberán hacerlo sus legítimos representantes; o de haberse constituido a favor de persona concebida pero aún no nacida, por las personas que legítimamente le representaría si se hubiera verificado su nacimiento, ya que la renta así constituida representa una donación, entrando en juego el artículo 627 del Código Civil. No obstante, conviene precisar que, en este caso, la renta queda condicionada al nacimiento, suspendiéndose sus efectos hasta ese momento. En el caso de personas con discapacidad tiene plena capacidad jurídica para emitir tal declaración, al igual que, si tiene medidas de apoyo nombradas de carácter asistencial. Si las medidas de apoyo son representativas (curatela representativa) deberá el apoyo contar con autorización judicial (artículo 287 del Código Civil).

Producida la aceptación, ésta no influye en la perfección del contrato, sino en la adquisición definitiva o consolidación del derecho a percibir las pensiones en la cuantía y plazos pactados y, mientras viva la persona cuya vida se ha tomado como módulo de la relación; asimismo, determina la imposibilidad que tiene el estipulante o, en su caso, sus herederos de revocar la estipulación convenida[134].

Este derecho propio y autónomo del que goza el tercero, se transmite a los herederos siempre que aquel premuera a la persona cuya vida se ha designado como módulo de la relación; y le autoriza para reclamar judicialmente el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras en los términos establecidos en el artículo 1805 del Código Civil.

En tanto no tenga lugar la aceptación por el tercero, el estipulante o sus herederos pueden en cualquier momento proceder a la revocación del contrato. Se trata de un acto unilateral recepticio, que ha de dirigirse al promitente y al tercero[135] y con eficacia retroactiva; de suerte que, el tercero-beneficiario deberá restituir las pensiones que eventualmente haya podido recibir[136].

Precisamente, si estamos ante un contrato de renta vitalicia en favor de tercero a título gratuito, sometido al término inicial de la muerte del estipulante; de forma que, este tercero, bien no percibirá las pensiones hasta que tenga lugar tal muerte, o bien el promitente no está obligado a pagarlas hasta ese momento, nos encontramos ante una donación *mortis causa*, al que resultan aplicables las reglas establecidas para la sucesión testamentaria (artículo 620 del Código Civil), pudiendo, en consecuencia, ser revocada por el estipulante mediante una disposición testamentaria, aunque la aceptación del beneficiario-tercero haya tenido lugar[137].

Por otra parte, de constituirse la renta a favor de distintos terceros, cada uno puede, salvo pacto en contrario, aceptar o renunciar a la estipulación. De optar por esta última, la parte del renunciante no acrece a los demás, sino que corresponde al estipulante[138], aunque no faltan quienes ante la renuncia por parte del tercero entienden que, el promitente queda liberado de la renta; o, estiman que el contrato deviene nulo al frustrarse la finalidad del mismo, consistente en el beneficio del tercero[139].

Entre estos terceros-beneficiarios puede, en los términos expuestos, encontrarse un concebido y no nacido (artículo 29 del Código Civil "para todos los efectos que le sean favorables"); y, asimismo, un *"concepturus"*, quedando condicionada la renta, además de, a la verificación de su nacimiento, a que tal concepción tenga lugar; si bien, "con las limitaciones que se establecen para la validez de las donaciones y de las sustituciones en el Derecho positivo" (artículo 785 del Código Civil)[140].

Finalmente, no cabe confundir la renta constituida a favor del tercero con la renta constituida por el representante legal o voluntario en nombre del representado, pues, como precisa la doctrina, la representación y el contrato a favor de tercero son términos incompatibles. Así, se indica que no estamos ante una renta a favor de tercero, cuando el padre en nombre de su hijo constituye con su dinero una renta a favor de éste; ni cuando alguien dona dinero a otra para que con el mismo constituya en su propio nombre una renta vitalicia, pues, en tales supuestos el futuro beneficiario de las pensiones adquiere tal derecho por su directa intervención y no por la que le hagan otras contratantes[141].

d) La vida módulo. Su función en la renta vitalicia.

El artículo 1802 del Código Civil señala que *"el contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor...durante la vida de uno o más personas determinadas"*; y, el artículo 1803 del citado cuerpo legal añade que *"puede constituirse*

la renta sobre la vida del que da el capital, sobre la de un tercero o sobre la vida de varias personas".

Además, de las partes contractuales, del beneficiario, —si no coincide con el constituyente de la renta o acreedor—, tales preceptos contemplan la intervención de otro sujeto o sujetos, aquel o aquellos cuya vida va a tomarse en consideración para fijar la duración de la renta vitalicia.

El supuesto normal será aquel en que coincide el constituyente o acreedor de la renta con el beneficiario de la pensión y, cuya vida se toma, precisamente, como módulo para determinar la duración de la relación jurídica de renta. En muchos casos, será un matrimonio el que constituya la renta a su favor, tomando como módulo la vida de ambos cónyuges.

Esta vida módulo o vida contemplada —denominaciones que emplea indistintamente la doctrina española como la extranjera—[142], sea la del constituyente o la acreedor de la renta (pensionista o beneficiario), la del deudor, la del constituyente, si es distinto del acreedor, o la de un tercero o terceros, o la de varios representa elemento esencial de tal relación obligatoria de renta, —de suerte que su falta o la invalidez de su designación, puedan causar la nulidad del negocio—[143]; y, también dota a la misma de la aleatoriedad que caracteriza a este negocio, al desconocerse el término final del contrato como la cantidad de pensiones que se va a pagar, pues, se hace depender de un hecho incierto, como es la duración de la vida de una persona o personas (artículo 1790 del Código Civil)[144]. En todo caso, si la duración de la renta se determina en relación con la vida de varias personas conjuntamente, precisa MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ que "hay que entender, salvo que del contrato resulte otra cosa, que la renta durará hasta que fallezca el último"[145]. Y, en todo caso, quedan excluidas de este parámetro de fijación de la duración de la pensión las personas jurídicas[146].

De ahí que, aquella vida módulo cumpla una doble función: de un parte, sirve de término inicial y final de los efectos del contrato; y, de otra, proporciona la incertidumbre en orden a su duración[147]. Incertidumbre en la extinción del término final, que representa, además, el sostén causal del negocio constitutivo de la renta vitalicia.

Asimismo, en consonancia con lo expuesto, tal vida módulo representa una medida objetiva, pues, permite fijar la extensión de la renta vitalicia en el tiempo y, en consecuencia, su extinción[148]. Se trata, en esencia, de un término en sentido técnico (*certus an, incertus quando* —cierto en su producción, pero incierto en el momento en que tendrá lugar—) y no de una condición[149], pese a que hay quien sostiene que dada la incertidumbre a la que se somete la duración del contrato encaja más en un "negocio jurídico condicional"[150]. Cuanto más larga sea la vida contemplada, mayor será el desembolso total a efectuar por el deudor de la renta.

Ahora bien, distinto de este término final de la renta, —considerado unitariamente en el negocio de renta— es el que se conviene como plazo para el pago periódico de las pensiones (mensual, semestral, anual), mientras viva el titular de la vida módulo. De forma que, producida la muerte de éste, la última prestación periódica actuará con inmediata eficacia extintiva[151]. Desde tal perspectiva, la duración de la vida módulo no sólo fija aquel término final de la renta, sino que también marca el de los diferentes vencimientos periódicos[152].

En este contexto, para la validez del negocio de renta, además, de la designación de la persona o personas cuya vida se toma como módulo, —ya sea del que da el capital, o la de un tercero o la de varias personas— es necesario que éstas estén determinadas, tal como dispone el artículo 1802 del Código Civil, bien de forma directa, bien a través de circunstancias inequívocas que permitan su identificación[153]. Y hay quien, añade, la necesidad, asimismo, de su existencia en el momento de celebrar el contrato, argumentando que, así se contiene en el espíritu de la norma[154] y, que con ello se evitan la constitución de rentas perpetuas[155]. Con lo que desde tal planteamiento no sería posible tomar como módulo la vida de un *nasciturus*. No obstante, existiendo suficientes circunstancias que permitan su identificación respetando los límites que marcan los artículos 781 y 785.3 del Código Civil, y, teniendo presente, también, lo que dispone tanto el artículo 1804 del citado cuerpo legal que solo sanciona con nulidad la renta vitalicia cuando la vida contemplada corresponde a la de un fallecido o enfermo como el artículo 29 del mismo cuerpo legal —que se le tiene por nacido *"para todos los efectos que le sean favorables"* (máxime, si, además, es acreedor de la renta), condicionado, por supuesto, todo ello, a que se verifique el nacimiento— no parece disparatado admitir que los contratantes constituyan la renta tomando como módulo tal vida futura (del concebido y no nacido) en el momento del otorgamiento del contrato de renta vitalicia[156]. Lo que resulta obvio, es que se disponga o no expresamente en una norma legal (artículo 1802 del Código Civil) la determinación y existencia de los beneficiarios de la renta, es siempre necesaria, pues, no podrá crearse una obligación sin acreedor. Tratándose de la vida módulo la determinación de la persona, igualmente, resulta esencial, aunque no tanto su existencia, que puede condicionarse suspensivamente a su nacimiento[157].

En principio, en los términos indicados, las partes pueden designarse como vida que sirve de módulo la del constituyente de la pensión, la del beneficiario de la misma, o la de cualquier tercero o terceros extraños a la relación de renta; pues, es posible el nombramiento de una pluralidad de sujetos. Y, asimismo, aunque el Código Civil guarda silencio en este punto, las partes pueden señalar como vida módulo, la del deudor, coincidiendo en esto tanto la doctrina española como la extranjera[158].

Ahora bien, esta designación no puede dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes, ni a la de un tercero; de ahí que, deba convenirse de mutuo acuerdo, al igual que, cualquier cambio que se quiera hacer en la persona cuya vida inicialmente se ha tomado como módulo[159].

En el caso de que las partes no hayan hecho ninguna designación, se entiende por cierto sector doctrinal que, tal falta da lugar a la nulidad del negocio, partiendo del carácter esencial y relevante que la vida módulo tiene en la estructura del negocio de renta[160]; sin embargo, para otro sector se considera que, aun no existiendo tal designación, la renta está válidamente concluida, siendo la vida que sirve de módulo, la del constituyente de la renta, máxime, si además, coincide con la del beneficiario por estimar que ésta representa la hipótesis normal y, se atiende al principio de conservación del negocio[161].

Lo cierto es que, a falta de una norma legal expresa en nuestro ordenamiento, como la que se contiene en el parágrafo 759 del BGB[162], donde para este supuesto se entiende constituida la renta sobre la vida del acreedor, representando ésta la mejor solución, pues, salvo que sea otra presumiblemente la voluntad de las partes está claro que el negocio de renta se ha válidamente constituido y, que se ha hecho tomando como módulo la vida del constituyente que, en la mayoría de los casos es, además, el beneficiario de la renta, pues, de ser otra la intención de las partes se hubiera convenido así expresamente.

No obstante, esta amplia facultad de elección de los interesados para designar la vida que ha de servir como módulo de la relación tiene, sin embargo, dos importantes limitaciones: una, que no puede designarse a personas jurídicas, atendiendo a los criterios que presiden lo relativo a la duración y causas de extinción de las mismas; y, otra, la señalada en el artículo 1804 del Código Civil que considera nula la renta constituida sobre la vida de una persona muerta a la fecha del otorgamiento del contrato o, que se halle padeciendo una enfermedad que le cause la muerte dentro de los veinte días siguientes a aquella fecha. Y que ha de ponerse en relación con lo que dispone el artículo 1808 del citado cuerpo legal según el cual "no puede reclamarse una renta sin justificar la existencia de la persona sobre cuya vida esté constituida".

Respecto del primer límite, aunque tal exclusión no está prevista de manera expresa en ningún precepto, las especialidades típicas de las personas jurídicas en materia de extinción colisionan con la reglamentación propia de la renta vitalicia. Pueden tener una duración indefinida, que conduciría a la posibilidad de rentas perpetuas "incompatibles de suyo con la aleatoriedad del contrato (artículo 1802 del Código Civil) y con su naturaleza temporal que el legislador quiso imprimir expresa y concretamente"[163].

En cuanto al segundo, tiene su fundamento, tal como hemos expuesto en líneas precedentes, en el hecho que la vida módulo o vida contemplada constituye

un elemento esencial en la estructura del negocio de renta vitalicia; sirve para fijar el término inicial y final de sus efectos; y le confiere un carácter aleatorio al ser incierta tanto su duración como el resultado económico que tendrá para las partes. El que se designe a una persona ya muerta en el momento de celebrarse el contrato o con una enfermedad que, le causa la muerte antes de que transcurran veinte días de aquella fecha como sujeto cuya vida se toma como módulo de la relación de renta supone que el negocio desde el origen carece de la base o presupuesto objetivo sobre el que fijar la extensión temporal más o menos duradera del negocio de renta; y, asimismo, hace desparecer el alea, el riesgo, querido por los interesados y que está en la base causal del negocio. De ahí que, se entienda que el legislador opte por esta fórmula[164].

Este artículo 1804 del Código Civil tiene su antecedente en el artículo 1706 del Proyecto de 1851 y coincide en su redacción con lo que disponen los artículos 1974 y 1975 del *Code* Civil francés; difiere, sin embargo, de la contenida en el artículo 1876 del *Codice Civile* de 1942, pues, aunque admite también aquella limitación, solo lo hace para el caso de muerte.

Esta norma tiene carácter imperativo; por lo que, nada puede pactar las partes contrario a su contenido. Consiguientemente, hecha una designación del sujeto-módulo en los términos expuestos o, conviniendo las partes en contra de lo dispuesto en la norma, da lugar a la nulidad absoluta y radical del contrato. Nulidad que, como señalan DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS "se debe al defecto de aleatoriedad. Aquí no hay incertidumbre sobre la duración de la vida contemplada"[165].

Es irrelevante, por tanto, en orden a la aplicación de la norma que la vida módulo sea la del beneficiario; sea el propio constituyente de la renta; o que sea la de un tercero; o incluso la del propio deudor; o sea, en fin, una pluralidad de personas, así como que, la renta se haya constituido a título oneroso o gratuito el resultado final siempre va a ser el mismo la nulidad del contrato. Aunque no falta autores para quienes la falta de aleatoriedad y consecuente deficiencia causal que caracteriza a la renta gratuita, justifican que tal nulidad solo alcance al contrato oneroso de renta vitalicia[166].

A la muerte se equipara la declaración de fallecimiento, no así a la de ausencia, que simplemente faculta al deudor para suspender o aplazar el pago de lo convenido, ya que el pensionista o preceptor de la renta no puede justificar la existencia de la persona sobre cuya vida está construida (artículo 1808 del Código Civil). Con relación a la enfermedad, como observa BELTRÁN DE HEREDIA parece que "es empleada por nuestro Código en un sentido técnico de forma patológica, clínicamente definida con independencia de que el pronóstico mortal sea para largo o breve período de tiempo: no lo es el parto, aunque produzca la muerte antes de veinte días, porque ni es una enfermedad propiamente hablando,

ni por sí mismo es susceptible de ocasionar la muerte. Tampoco lo es la vejez, por muy avanzada que sea la edad, ya que tampoco es una enfermedad en sí misma considerada"[167]. A lo que hay que añadir que "tampoco lo será el accidente, ni el suicidio, a no ser que sea consecuencia de una enfermedad psíquica"[168].

En todo caso, del espíritu de la norma se desprende que cuando el legislador habla de enfermedad, ha de tratarse de una dolencia patológica, sea física o psíquica, capaz de causar la muerte en el breve espacio que indica el precepto[169]. Por tanto, debe existir la pertinente relación de causalidad entre aquella y la muerte; y, asimismo, ésta debe tener lugar en los veinte días siguientes a la fecha de otorgamiento, —sin que el día de conclusión del contrato deba comprenderse en ese plazo—[170], pues, sí la muerte se produce también como consecuencia de una enfermedad existente a la celebración del contrato, pero que tiene lugar transcurrido el plazo indicado el contrato no es nulo, seguirá siendo válido a pesar de la muerte. Al igual que lo será, en el caso que la muerte sobrevenga dentro de los veinte días, pero por causa distinta de la enfermedad.

Por otra parte, este límite del artículo 1804 del Código Civil, como hemos apuntado, ha de relacionarse con lo dispuesto en el artículo 1808 del citado cuerpo legal, que coincide en su contenido con el artículo 1983 del *Code* Civil francés.

Si, como tantas veces hemos reiterado, la persona cuya vida se toma como módulo constituye un elemento esencial en la constitución de la relación jurídica de renta y, sirve para fijar su término final, la desaparición de aquella tiene como consecuencia la extinción de tal relación y, por tanto, de la obligación de pago de las pensiones por parte del deudor. Si se diera el caso que éste desconociera tal hecho y siguiera pagando la renta o pensión, nos encontraríamos ante un pago o cobro indebido de las mismas. Para evitar que tal situación se produzca, se impone en esta disposición al acreedor de la renta que, justifique en cada vencimiento que la persona designada como módulo de la relación vive en el momento de vencer la correspondiente pensión periódica. Circunstancia que determinará la legitimidad del crédito y la obligación de satisfacerlo[171]. En todo caso, conviene aclarar que, la mencionada justificación no tiene que tener lugar cada vez que venza un plazo, sino que, corresponde al deudor de la renta decidir cuándo le conviene solicitar tal justificación; y, asimismo, no es preciso acreditar que la persona de cuya vida módulo se trata, vive en el momento de la reclamación, sino que lo estuviera cuando debía efectuarse el pago, esto es, al nacimiento de la obligación. De modo que, si la persona ha fallecido con posterioridad a este momento, aunque no viviese cuando se le reclama, el deudor vendrá obligado a pagar la pensión en los términos que dispone el artículo 1806 del Código Civil, esto es, se pagará en proporción a los días que hubiera vivido en el año que muere; y si se satisface por plazos anticipados, se pagará, entonces, el importe total

del plazo que hubiera empezado a correr a su muerte. Con ello se persigue, únicamente, que se pague lo realmente debido como son las cantidades devengadas hasta el momento mismo del fallecimiento de la persona designada[172]. De forma que, acreditada la procedencia del pago por el acreedor, éste podrá reclamar al deudor lo debido. Por lo mismo, si el deudor paga uno o más vencimientos sin deberlos, puede repetir lo pagado, aunque en su momento no exigirse la justificación de la existencia de la persona sobre cuya vida estaba construida la relación de renta vitalicia.

Si se diera el caso que el acreedor de la renta no pudiera acreditar la existencia de la persona titular de la vida módulo, como exige el artículo 1808 del Código Civil, el deudor puede negarse a pagar, aunque esto no significa que la relación jurídica de renta se haya extinguido. Así, en el caso que se la declararse ausente, queda el pago de las pensiones devengadas tras tal declaración en suspenso; pudiendo si se llegara a extinguir la obligación de renta por su muerte, reclamarse las nacidas con anterioridad a dicho momento. Efectivamente, no puede reclamarse la renta sin justificar la existencia de la persona sobre cuya vida se ha constituido. Representa, como señala MARTÍNEZ VELENCOSO "una carga del acreedor que ha de cumplirse en el momento de la reclamación o posteriormente". Si bien, añade "el acreedor puede renunciar a dicha justificación"[173].

No ocurre lo mismo, si la persona titular de la vida módulo ha sido objeto de declaración de fallecimiento, pues, tal situación produce la extinción de renta vitalicia, y, por ende, de la obligación de pagar.

Finalmente, en cuanto a la forma de acreditar la existencia de la persona cuya vida se toma como módulo, coincide la doctrina en afirmar que valen cualquiera de los medios admitidos en Derecho; si bien, la prueba más adecuada es una certificación del Registro Civil (fe de vida)[174], sólo necesaria como precisa QUIÑONERO CERVANTES "en los casos en que reclame la persona distinta del acreedor de la renta, cuando sea este mismo el titular de la vida módulo, y en aquello en que lo sea un tercero"[175].

Ahora bien, hemos hecho referencia a que la vida módulo puede ser la de un tercero, cuyo consentimiento o aceptación no se precisa, como tampoco su conocimiento, y que no forma parte de la relación contractual existente entre las partes (constituyente y deudor de la renta)

Igualmente, hemos señalado que puede corresponder a una pluralidad de personas, entre las que puede encontrarse un *nasciturus*; siempre que sean determinadas mediante la adecuada identificación; y, con las limitaciones contenidas en los artículos 781 y 785.3.º del Código Civil para el no nacido que, de conformidad con la doctrina dominante, permiten sólo dos llamamientos; lo que en nuestro caso representa dos designaciones[176]. De forma que, resulta válida la constitución de una renta vitalicia sobre la vida de varias personas vivas al tiem-

po de celebrarse el contrato y, sucesivamente, sobre dos pendientes de nacer (hijo y nieto de alguna de ellas).

Pero que sucede, si cualquier de las personas sobre las que se constituye la vida módulo fallece, se entiende extinguida la renta. La doctrina, acertadamente, considera que tal extinción no tendrá lugar, en tanto, no fallezca la última de las personas designadas; de forma que, el deudor de la pensión vendrá obligado a pagarla periódicamente hasta que se verifique el último fallecimiento[177]. Asimismo, tal fallecimiento no disminuye la cuantía de la pensión, pues, la parte del fallecido se deberá pagar a los herederos[178].

Y, si tal fallecimiento tiene lugar, en cambio, con anterioridad al contrato o, es consecuencia de una enfermedad que le ocasiona la muerte antes del transcurso de los veinte días desde la fecha del otorgamiento de aquel, como dispone el citado artículo 1804 del Código Civil, algunos autores entienden que la renta debe ser válida, fundamentando su posición en que en dicho supuesto la función de medir la extensión temporal se cumple, atendiendo a la vida de las otras personas designadas; por lo que no falta el elemento esencial de este contrato[179]; por el contrario, para otros, a los que nos adherimos, sostienen la nulidad, pues, la falta de una de las vidas módulo representa una alteración del contrato favorable al deudor con la consiguiente disminución del riesgo o aleatoriedad para él y con evidente perjuicio para el acreedor, que de haber conocido tal circunstancia no hubiera celebrado el contrato o, lo hubiera hecho en otras condiciones[180].

Por último, precisar con relación a la vida módulo o vida contemplada, por un lado, que la doctrina parece admitir que, aunque la renta vitalicia por su carácter aleatorio dependa de un término cierto, pero indeterminado en el cuándo, como es la duración de aquella vida módulo, no existe inconveniente en que las partes voluntariamente sometan la eficacia de tal contrato a un acontecimiento también incierto como es una condición suspensiva o resolutoria[181]. Y, por otra que, no es posible fijar un plazo máximo de duración de la renta sin la referencia objetiva a una vida módulo, pues, estaríamos ante un término final cierto incompatible con la propia esencia aleatoria de este contrato[182].

B. Elementos reales. El objeto del contrato de renta vitalicia.

Hay que distinguir conforme al artículo 1802 del Código Civil dentro del objeto de renta vitalicia entre la pensión o renta y el capital, que dan lugar en el contrato oneroso de renta al nacimiento de dos obligaciones principales; por una parte, la obligación del deudor de pagar aquella pensión o renta anual durante la vida de una o más personas determinadas; y, por otra, la de constituyente de la renta como es la transmitir el dominio de un capital en bienes muebles o inmue-

bles. Y, en la renta a título gratuito, únicamente a la de entrega de la pensión o rédito anual.

Trataremos ambas prestaciones por separado.

a) El capital.

Como señala el citado precepto habrá de consistir en bienes muebles e inmuebles cuyo dominio se transfiere desde luego, con la carga de la pensión[183]. Igualmente, puede ser una suma de dinero, o incluso una cantidad determinada de cosas fungibles[184]. Se trata de una fórmula amplia la contenida en este artículo 1802 del Código Civil que contrasta con la existente en el Derecho anterior al Código, que impedía la constitución de la renta sobre cosas que no fuesen dinero. Para evitar tales restricciones en el caso de entrega de bienes inmuebles, se procedía a su venta y se entregaba como capital el dinero obtenido con la misma[185].

Aunque el Código Civil habla de transmisión de dominio, la duda que se plantea, es si también podrá constituir el capital de la renta, los derechos reales limitados sobre cosa ajena (nuda propiedad, usufructo), o incluso derechos personales, la transferencia de acciones de una sociedad, la cesión de crédito, etc.. La tendencia doctrinal mayoritaria se muestra favorable a tal posibilidad[186], pese a que no faltan quienes la niegan, sobre la base fundamental del tenor literal del artículo 1802 del Código Civil que exige únicamente la transferencia del dominio sobre bienes muebles o inmuebles[187].

Es cierto que, el citado cuerpo legal requiere tal transferencia, pero, asimismo, hemos de señalar que, el artículo 334.10 considera como bienes inmuebles *"las concesiones administrativas de obras públicas, y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles"*; y, el artículo 336 como bienes muebles "*las rentas o pensiones, sean vitalicias o hereditarias, afectas a una persona o familia, siempre que no graven con carga real una cosa inmueble, los oficios enajenados, los contratos sobre servicio públicos y las células y títulos representativos de préstamos hipotecarios"*; al igual que, el artículo 392 del citado cuerpo legal que, permite que estos bienes o derechos puedan ser objeto de propiedad o dominio, al decir que *"hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o derecho...."*; lo que, nos conduce a la opción comúnmente compartida que comprendidos en el concepto de *bien* los derechos reales sobre cosa ajena, también éstos pueden ser objeto de transmisión, aparte del pleno dominio (artículo 348 del Código Civil) y, por tanto, servir para constituir el capital de la renta vitalicia[188].

En lógica consecuencia, comprendidos en el concepto de bien tales derechos lo único que exige el artículo 1802 del Código Civil es que efectivamente se

transmita la propiedad de un bien mediante la correspondiente entrega, ya consista en dinero, en bienes muebles, inmuebles o en derechos reales sobre cosa ajena, siempre que éstos tengan la condición de transmisibles[189]. Así, el capital de una renta puede ser, entre otros, un derecho de usufructo, servidumbre, enfiteusis.

Por tanto, no existirá ningún tipo de inconveniente para que, por ejemplo, un usufructuario, dueño de su derecho, constituya una renta vitalicia con el mismo como capital, transfiriendo su posesión (titularidad del usufructo) a una persona (deudor) a cambio de una renta o pensión que ésta se comprometa a pagar.

En todo caso, que el capital de una renta sea la transmisión de un derecho real limitado sobre cosa ajena como el usufructo determina que las particularidades propias de éste puedan influir en la configuración de aquel, como la que señala el artículo 480 del Código Civil que, autoriza la enajenación del derecho de usufructo, aunque sea a título gratuito; o, su temporalidad, al extinguirse por la muerte del usufructuario (artículo 513.1.º del citado cuerpo legal).

Precisamente, tal causa de extinción determina para BELTRÁN DE HEREDIA que la "vida contemplada" deba ser la del propio constituyente-usufructuario[190]. Lo que supone desde tal planteamiento, que no sería posible para este supuesto —aunque si para las servidumbres o para la enfiteusis, donde no existe aquella temporalidad— que, la vida sobre la que se determina la duración del contrato de renta vitalicia fuera la de un tercero o, incluso, la del propio deudor.

En este contexto, de darse la posibilidad que la vida de un tercero se tomará como módulo, la muerte de aquel extinguiría la renta; lo mismo que, si la vida módulo fuera la del constituyente, pues, con su muerte, igualmente, tendría lugar tal extinción como viene siendo la regla general. Ahora bien, en el primer caso, muerto el tercero, el usufructo se mantendría vigente en manos del deudor, mientras viviese el usufructuario, aunque ya no estaría obligado al pago de la renta; pero, si falleciera el constituyente y no el tercero, el usufructo se extinguiría, si bien, el deudor seguiría estando obligado al pago de la renta, eso sí, a los herederos de aquel, mientras viviese el tercero; en cambio, si estuviéramos en el segundo caso, la muerte del constituyente-usufructuario determinaría no sólo la extinción del usufructo, sino también del pago de la renta.

En todos los supuestos descritos juega la aleatoriedad propia de este contrato, la especialidad del usufructo derivado de su carácter temporal determina únicamente que si la vida módulo es la del tercero, a tal riesgo típico habría que añadirse, también, la incertidumbre del momento en que tendría lugar la extinción del usufructo (el de la muerte del constituyente-usufructuario). No sería necesario excepcionar lo que constituye regla en la renta a la hora de fijar la vida módulo para adaptarlo al usufructo, máxime cuando son las partes las que desde el origen conforman la propia estructura de la renta. De no querer aumentar aún

más el riesgo, pueden pactarse que la vida del constituyente-usufructuario sea la que sirva de módulo para la duración del contrato de renta[191].

Por tanto, puede ser objeto de transmisión toda clase de bienes muebles e inmuebles, así como los derechos reales que pueden ser constituido sobre los mismos; de la misma manera que también puede ser capital, el dinero, una cesión de créditos, la condonación de una deuda de la que era acreedor el constituyente, o, incluso, el pago de unos servicios, siempre que se trate de títulos de los que pueda disponer libremente el constituyente de la renta[192]. Y, puede, asimismo darse el caso que el constituyente de la renta pueda reservase el usufructo, entregando como capital la nuda propiedad[193].

b) La pensión o renta.

La pensión o renta constituye un derecho sustantivo o independiente, y no una prestación accesoria, como pueden ser los intereses de un capital[194]. Las partes tienen plena libertad para fijar tanto la cuantía como la modalidad de la pensión. Quedan atrás los debates en la doctrina, sobre si la cuantía de la pensión debía o no someterse a un límite, es decir, la posibilidad de fijar un "tipo pensión", como ocurría con el interés del dinero[195].

En todo caso, como señala la doctrina la cuantía debe ser fija y determinada[196], aunque ello no empece para que el requisito de la determinación pueda quedar, igualmente, cumplido, siendo la renta determinable, pero con la exigencia siempre que ésta pueda ser establecida sin necesidad de que las partes formalicen un nuevo contrato (artículo 1273 del Código Civil)[197]. Ahora bien, esta determinación no puede quedar al arbitrio de una de las partes (artículo 1256 del Código Civil); aunque si, puede encomendarse a un tercero de la manera que prescribe el artículo 1447 del Código Civil.

Habitualmente, las pensiones periódicas consisten en el pago de una cantidad de dinero, pero igualmente, puedan convenirse que tal pago lo sea de una cantidad determinada en cosas fungibles o en frutos, sean los propios de la finca que se entrega como capital[198], o bien los de otra finca concreta que las partes designen. Incluso, la pensión puede adoptar una forma mixta, y consistir una parte en dinero y otra en frutos o en otras cosas fungibles[199]. O, presentar tal combinación en forma alternativa, aplicando las normas propias de estas obligaciones, de forma que o inicialmente se formaliza la opción y las pensiones futuras deberán ser satisfechas en el género elegido; o se hace en cada vencimiento, de forma que unas veces se entregará dinero, y, otras veces frutos u otras cosas fungibles, dependiendo de la elección de las partes[200]. O, en fin, podrá pactarse que, en vez de una especie determinada, la pensión consista en la entrega de un género, que

podrá ser limitado o no, con los evidentes efectos que esto tiene en caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación sin culpa del obligado (artículos 1096 y 1182 del Código Civil)[201]. Pero, en este margen de libertad que disponen las partes, aquella nunca podrá consistir en una pensión de alimentos, esto es, todo lo que sea necesario para la alimentación del acreedor de la renta. Pues, en tal caso, no estaríamos ante un contrato de renta vitalicia, sino ante un contrato de alimentos regulado en los artículos 1791 a 1797 del Código Civil.

Pues, bien, como hemos señalado, la pensión puede consistir en la entrega de frutos, sean los propios de la finca que se da como capital, o bien los de otra concreta que las partes designen. Pero puede suceder que aquellos sean insuficientes para el pago de la pensión, o que se pierde o resulte improductiva la finca que los produce. Para tales supuestos, se debe tener presente lo que las partes han expresamente convenido, si nada han dispuesto y la entrega consiste en frutos de una especie o calidad determinada, la insuficiencia de los mismos, no se suple con la entrega de otros frutos o dinero, pero si no se limita el género, el deudor podría completar las deficiencias con la entrega de otras cantidades correspondientes a tal género, aunque tengan distinta procedencia[202].

De llegarse a perder la finca, o ser esta improductiva, la doctrina en general se inclina por no entender liberado al deudor, facultándole a entregar otros procedentes de fundo distinto, pero de la misma especie y calidad. Se argumenta en defensa de tal criterio que, al no tratarse de un derecho real, sino de una obligación personal, los riesgos de la pérdida le corresponden al dueño de la finca y no al acreedor de la renta, careciendo, por tanto, de base el hipotético razonamiento que con la extinción de la obligación de pago se compensarían los perjuicios que la pérdida de la finca causaría al deudor con la condonación de las pensiones[203]. Pero matiza GUILARTE ZAPATERO que "si aparece claro que los interesados han querido ligar la obligación de pago de la pensión a la existencia de un género limitado, los frutos de una determinada finca, y éstos no llegan a producirse por una imposibilidad temporal o definitiva sin culpa del deudor, resulta sumamente difícil encontrar argumentos para no considerar extinguida la obligación con carácter temporal o definitivo". Distinto sería el caso para este autor que "el deudor, voluntaria o involuntariamente, perdiese el dominio de la finca productora de los frutos objeto de pensión, pues, en este caso, el derecho del pensionista se mantiene vivo y cabe que, el deudor de la pensión haga entrega de los frutos convenidos mediante la oportuna adquisición"[204].

En cuanto a la modalidad de pago, pese a que el artículo 1802 del Código Civil se refiere a pensiones anuales, puede establecerse períodos más cortos (mensuales).

Ahora bien, no es posible ninguna revisión de la pensión, pues, ésta, una vez fijada en el momento de celebración del contrato, se mantiene inalterable, de

suerte que el deudor, mientras dure la relación obligatoria de renta, debe atender periódicamente a su pago en la cuantía convenida sin que pueda alegarse la excesiva onerosidad para una revisión de aquella. En todo caso, si tal pensión se ha pactado en dinero, pueden las partes disponer de cláusulas de estabilización que compensen las alteraciones que pueden tener los cambios de valor del dinero, pues, no olvidemos, el principio nominalista que nuestro Código Civil sanciona respecto de las deudas de dinero; asimismo, el hecho que el carácter aleatorio de este contrato no incluye de forma necesaria las consecuencias propias de la depreciación monetaria; y, en fin, van destinadas tales cláusulas a salvaguardar el valor adquisitivo de la pensión[205].

Por otra parte, cabría preguntarse, si sería posible, como se ha planteado, una actualización de la pensión si hay una gran desproporción entre el capital recibido y la renta que se pactó, debida a circunstancias no previsibles. Lo cierto es que, como expusimos, el carácter aleatorio de este contrato si bien no exige una equiparación de las prestaciones, si al menos una proporcionalidad entre las mismas; de forma que, si hay una manifiesta desproporción entre las prestaciones consecuencia del riesgo asumido el contrato puede dejar de ser aleatorio. En todo caso, si esa desproporción no es consecuencia de la incertidumbre que supone la duración de la vida que se toma como módulo, sino de circunstancias o hechos que, como se ha indicado, son ajenos a lo previsto por las partes, podría resultar de aplicación la *cláusula rebus sic stantibus*[206]. En todo caso, se puede pactar la actualización de la renta conforme al IPC[207].

Ahora bien, como la renta no depende de la fortuna del pensionista, si, precisamente, mejora su situación económica y patrimonial ello no impide que pueda seguir percibiéndola o, en su caso, reclamarla[208].

C. Elementos formales.

A falta de normas particulares que dispongan otra cosa, rige el principio de libertad de forma, y la aplicación; por tanto, resultan de aplicación las normas generales contenidas en los artículos 1278 a 1280 del Código Civil, sin perjuicio de las especialidades propias del título por el que se opta para la constitución de la renta. Así pensemos en la donación de un bien en concepto de renta[209].

6. Régimen jurídico de la renta vitalicia

El contrato de renta vitalicia se perfecciona por el mero consentimiento sin que sea necesaria la entrega del capital para que tenga lugar el nacimiento de aquel, pues, puede la entrega diferirse a un momento posterior según lo que las

partes hayan convenido como se dispuso en su momento por un sector de la doctrina.

Así, desde el momento que se perfecciona el contrato por el mero acuerdo de voluntades, comienza la adquisición de las pensiones o rentas por parte del pensionista, aunque, como hemos señalado, la cosa o el capital convenidos como contraprestación no se hayan entregado. No obstante, el deudor de la renta no sólo está facultado para exigir al constituyente tal entrega en los términos pactados, sino también los frutos que la cosa produzca desde que aquella debió materializarse. En todo caso, cualquier demora en la entrega, no puede retrasar el momento de adquisición de las pensiones.

Ahora bien, como contrato bilateral surgen obligaciones para ambas partes. Así, para el constituyente de la renta, además de la entrega de la capital asume como obligación la de saneamiento por evicción o vicios ocultos; y, para el deudor de la pensión o renta, el pago de ésta principalmente, y, en su caso, si así se ha convenido, la prestación de las garantías suficientes que aseguren precisamente el cumplimiento de la obligación de pago. De tales obligaciones nos ocupamos a continuación de forma separada.

A. Obligaciones del constituyente de la renta

a) Entrega del capital.

Es la obligación principal a cumplir por el constituyente de la renta, que, como bien sabemos, puede ser al mismo tiempo el beneficiario de la pensión y la persona cuya vida se toma como módulo[210]. Se trata de una obligación recíproca de la del pago de la pensión que corresponde al deudor, salvo que estemos ante una donación, en cuyo caso, no es necesaria la entrega del capital, o ante un contrato a favor de tercero, que si bien, la obligación de transmitir el capital es correlativa a la del pago de la pensión; sin embargo, ésta no se verifica a favor del constituyente de la renta, sino de un tercero.

Una vez que se perfecciona el contrato, el constituyente de la renta debe cumplir con la obligación de entrega en la forma y tiempo convenidos, salvo que tal entrega haya tenido lugar en el momento mismo de celebración del contrato, como suele ser la práctica habitual. Este capital, como hemos, asimismo, expuesto, puede consistir en bienes muebles, inmuebles o en dinero cuyo dominio se transfiere desde luego al deudor de la pensión (artículo 1802 del Código Civil)[211].

Resultan de aplicación las normas de entrega de la cosa previstas en el contrato de compraventa (artículos 1462 a 1473 del Código Civil). De forma que, puede realizarse una entrega real y efectiva, consistente en la puesta a disposición de la cosa en poder y posesión del deudor (artículo 1462.1 del Código Civil). Asi-

mismo, puede tratarse de entrega simbólica, mediante el otorgamiento de escritura, sí de ésta no se deduce claramente lo contrario (artículo 1462.2 del Código Civil). Este último tipo de entrega regirá también cuando el capital sean derechos reales limitados sobre cosa ajena; si bien, de no existir tal escritura, se entenderá por entrega el hecho de poner en poder del comprador los títulos de pertenencia o el uso que se haga de su derecho el mismo comprador, consintiéndolo el vendedor (artículo 1464 del Código Civil). Por otra parte, se deberá entregar la cosa o capital de la renta vitalicia en el estado en que se hallase al perfeccionarse el contrato. De forma que, todos los frutos pertenecen al deudor desde el día en que se perfeccionó el contrato (artículo 1468 en relación con el artículo 1095, ambos del Código Civil). Asimismo, los gastos que ocasione la entrega serán de cuenta del constituyente de la renta, salvo disposición en contrario (artículo 1465 del Código Civil). En todo caso, para la eficacia frente a terceros de la transferencia verificada del dominio será necesaria el otorgamiento de escritura pública y la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad.

En todo caso, como hemos ya señalado, se puede transmitir en lugar de la propiedad tan solo la nuda propiedad con reserva del usufructo a cambio de una cantidad que la permita abonar el coste de la residencia geriátrica y, hacer frente a los gastos que se deriven del pago de la misma[212].

b) Obligación de saneamiento

El constituyente de la renta está obligado al saneamiento de la cosa entregada como capital, salvo que tal obligación se hubiera suprimido por convenio de los interesados. Igualmente, resulta de aplicación los preceptos de la compraventa. De modo que, como dispone el artículo 1474 del Código Civil el constituyente de la renta responde frente al deudor: 1. De la posesión legal y pacífica de la cosa; 2. De los vicios o defectos ocultos que tuviere.

Tendrá lugar el *saneamiento por evicción* cuando se prive al deudor de la renta, por sentencia firme, y en virtud de un derecho anterior al contrato de renta, de todo o parte de la cosa entregada (artículo 1475 del Código Civil). Ahora bien, el constituyente de la renta responderá de la evicción, aunque nada se haya expresado en el contrato (artículo 1475.2 del Código Civil), y, podrá aumentar, disminuir o suprimir su obligación, si así se hubiese convenido; no obstante, será nulo todo pacto que exima a aquel de responsabilidad, y siempre que hubiera mala fe por su parte (artículos 1475.3 y 1476). Cuando el deudor hubiese renunciado a su derecho al saneamiento en caso de evicción y ésta tiene lugar, deberá el constituyente entregar solamente lo recibido en concepto de pensión o rédito, a

no ser que hubiese hecho renuncia con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose, por tanto, a sus consecuencias (artículo 1477 del Código Civil).

Si la evicción tiene lugar y afecta a la totalidad de la cosa entregada en concepto de capital, se discute en la doctrina la cuestión de sí el constituyente tendrá conforme dispone el artículo 1478 del Código Civil que restituir las pensiones que hubiese recibido con anterioridad a la evicción. Frente a quienes consideran que tal restitución debería tener lugar, pues, sería injusto que el constituyente se beneficiase de tal situación[213]; otros, en cambio, opinan que, partiendo que la acción de evicción opera *ex nunc*, tal restitución no operaría respecto de las pensiones percibidas con anterioridad a aquella[214]. Lo cierto es que no existe una postura clara en la doctrina española, en todo caso, como señala GUILARTE ZAPATERO "todo depende de los beneficios que la cosa le ha podido reportar al deudor, de la condena respecto a la devolución de los frutos y de la mala o buena fe del constituyente"[215]. Ahora bien, de lo que no cabe duda es que a lo que sí estará éste obligado es al pago de las costas del pleito que haya motivado la evicción como los gastos del contrato, si los hubiera pagado el deudor, así como los daños e intereses y los gastos voluntarios o de puro recreo u ornato, si se vendió de mala fe (artículo 1478 del Código Civil)[216]. Respecto de los frutos que haya producido la cosa, habrá de atenderse a los términos de la sentencia de condena, que, igualmente, como se ha expuesto, podrá influir en la determinación de la cuantía exacta de pensión que se ha de restituir al deudor[217].

En caso de *evicción parcial,* si la parte de la cosa entregada que se pierde fuese de tal importancia con relación al todo que sin dicha parte no se hubiera celebrado el contrato, se podrá exigir la resolución del contrato con la obligación de devolver la cosa, sin más gravámenes que los que tuviera al adquirirla.

Por otra parte, si la cosa entregada estuviera gravada, sin mencionarlo en la escritura con alguna *carga o servidumbre no aparente*, de tal naturaleza que de haberlo conocido el deudor no hubiera celebrado el contrato de renta, podrá, igualmente, pedir aquel la resolución del aquel, a no ser que se prefiera la indemnización correspondiente, todo ello en el plazo de un año. De transcurrir éste, solo podrá reclamar la indemnización dentro de un periodo igual, a contar desde el día en que haya descubierto la carga o servidumbre (artículo 1483 del Código Civil).

Si estamos ante un *saneamiento por vicios o defectos ocultos* que la cosa entregada tuviese, que la hace impropia para el uso a que se destina o disminuye de tal forma este uso que, de haberlo conocido el deudor de la renta, no habría celebrado el contrato o habría acordado una renta menor, el constituyente está obligado al saneamiento. No lo estará si tales defectos estuvieran a la vista o fueran manifiestos, ni tampoco de los que no lo estén, si el deudor es un perito que por razón de su oficio o profesión podía fácilmente conocerlos (artículo 1484

del Código Civil). Ahora bien, el deudor para hacer cumplir con esta obligación al constituyente dispone de dos medios: la acción *redibitoria*, dirigida a obtener la resolución del contrato con el abono de los gastos que pago aquel; o la acción *quanti minoris* o estimatoria para obtener una reducción de la pensión o rédito en proporción a la reducción del valor de la cosa. Los efectos de ambas acciones variarán en función de la mala o buena fe del constituyente; de forma que, si el constituyente conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa entregada y no los manifestó al deudor, si opta éste por pedir la resolución del contrato, podrá exigir, además, la indemnización de daños y perjuicios (artículo 1486 del Código Civil)[218].

Finalmente, si la cosa se perdiere por efecto de los *vicios ocultos* conociéndolos el deudor, sufrirá éste la pérdida y deberá restituir las pensiones recibidas, además de abonar los gastos del contrato con los daños y perjuicios. Si no los conocía, solo debe restituir las pensiones recibidas y los gastos del contrato que hubiera pagado el deudor (artículo 1487 del Código Civil). Pero, si la cosa entregada tuviera algún vicio oculto al tiempo de perfección del contrato de renta y luego se perdiera por caso fortuito o por culpa del deudor, podrá éste, como señala BELTRÁN DE HEREDIA "reclamar del constituyente de la renta las pensiones entregadas; si bien, con una reducción en su cuantía proporcional al valor que tenía la cosa al tiempo de perderse (artículo 1488 del Código Civil)"[219].

c) Otras obligaciones

Señala BADENAS CARPIO otras obligaciones que acompañan a las anteriores expuestas, y que son, igualmente, asumidas por el constituyente de la renta como: "1) Conservar y custodiar que se ha obligado a entregar; 2) Entregar al deudor de las pensiones los títulos de pertenencia y en general, facilitarle los informes necesarios para hacer valer el derecho transmitido y los elementos necesarios para asegurar su autenticidad y publicidad mediante la inscripción en el Registro público adecuado; 3) El pago de los gastos de otorgamiento de la escritura matriz, salvo pacto en contrario"[220].

B. Obligaciones del deudor de la renta.

a) Pago de la pensión o renta

El deudor que adquiere el capital está obligado a pagar la pensión en la cuantía y modalidades convenida[221]. Habitualmente, tal pago consistirá en dinero, en una cantidad fija y determinada, sin perjuicio que también pueda consistir

en la entrega de frutos o de bienes fungibles, tal como hemos expuesto en líneas precedentes, a lo que nos remitimos. En todo caso, habrá de realizarse tal pago periódicamente; no siendo necesario, pese a los términos en que se expresa el artículo 1802 del Código Civil que éste sea anual[222]; como hemos manifestado en líneas precedentes, puede convenirse una entrega mensual, trimestral, semestral, etc., o incluso, pactarse un pago anticipado, de especial relevancia cuando tiene lugar el fallecimiento de la persona que sirve como módulo de la relación, en los términos establecidos en el artículo 1806 del citado cuerpo legal. Si bien, cualquiera que sea el vencimiento de pago acordado, la renta será exigible siempre, al término de cada uno, y se deberá entregar la cantidad exacta de dinero o de productos, sin posibilidad de modificación[223].

Por otra parte, es posible dentro del margen de autonomía que permite el artículo 1255 del Código Civil que, las partes convengan que el inicio de percepción de la renta se aplace hasta el día que el pensionista o beneficiario de la renta o pensión cumpla cierta edad. Se trata, como señala LACRUZ BERDEJO de una modalidad habitual del seguro de renta y de la técnica de las pensiones y seguros de jubilación[224].

Ahora bien, de ser varios los obligados, si actúan de forma mancomunada cada uno está obligado a pagar la cuota de la pensión correspondientes (se presumen aquéllas por partes iguales); si, por el contrario, se obligan de forma solidaria todos deben pagar la totalidad de la pensión; si uno de ellos incumple por insolvencia su parte será suplida por los demás a prorrata de la deuda de cada uno (artículo 1145 apartado 3 del Código Civil)[225]. En todo caso, el acreedor de la renta (beneficiario, pensionista, rentista) puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidario o contra todos ellos simultáneamente. Si bien, las reclamaciones entabladas contra uno de ellos no será obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás hasta que no resulte cobrada la deuda por completo (artículo 1144 del Código Civil).

En este contexto, correlativo de tal obligación de pago de las pensiones, está el derecho del pensionista o beneficiario de la renta al percibo de aquellas. Derecho que es de naturaleza personal, patrimonial, y transmisible. De forma que, como señala BELTRÁN DE HEREDIA "su titular puede disponer de él, y, en consecuencia, transmitir su titularidad tanto *inter vivos* como *mortis causa*. En el primer supuesto, está facultado para hacerlo a título gratuito como oneroso, así, puede cederlo, constituir un derecho de usufructo sobre él mismo, novar la relación obligatoria mediante su transformación subjetiva que lleva consigo la extinción de la primitiva obligación con nacimiento de otra nueva"[226]. Y, asimismo, como derecho adquirido por contrato oneroso "puede ser objeto de embargo y proceder a su transmisión forzosa, interpretando a *sensu contrario* el artículo 1807 del Código Civil"[227]. Para el segundo supuesto, sus herederos legítimos o

testamentarios podrán, mientras viva la persona cuya vida se tomó como módulo, disfrutar, como veremos, de tal derecho a la muerte de su titular; como, igualmente, éste podrá establecer a favor de aquéllos cualquier disposición que suponga la constitución de una renta vitalicia

Al ser aquel, también, un derecho de naturaleza patrimonial, podrá ser objeto, en su caso, de las acciones subrogatoria y revocatoria o pauliana instada por sus acreedores, si la constitución de la renta se hubiera hecho en fraude de los mismos[228].

b) Prestación de garantías para asegurar el cumplimiento de la obligación de pago.

No siendo obligación principal y no prevista en el artículo 1802 del Código Civil; sin embargo, las partes pueden convenir válidamente su prestación. El deudor asume la obligación de proporcionar al constituyente garantías suficientes que le asegure el eficaz cumplimento de su obligación de pago. Tales garantías pueden ser de todas clases: reales, como la prenda e hipoteca o, personales como la fianza. Habitualmente, se opta por la garantía real de hipoteca. Hipoteca de rentas y prestaciones periódicas prevista en el artículo 157 de la Ley Hipotecaria, que permite tantas ejecuciones como rentas o pensiones periódicas garantice, sin que la adjudicación del bien hipotecado conlleve la extinción de las mismas, ya que subsiste hasta la total satisfacción de cada una de las pensiones, mientras viva la persona cuya vida se ha tomado como módulo de la relación jurídica de renta[229].

Precisamente, la posible adquisición de un bien hipotecado en garantía de renta ha generado en la doctrina un debate sobre si el adjudicatario del bien hipotecario asume el pago de las restantes pensiones o no.

Para un sector de la doctrina, el adquirente del bien gravado asume automáticamente la deuda asegurada, quedando como deudor personal mientras se mantenga la titularidad dominical del bien gravado y liberando al deudor primitivo, ya que, la hipoteca del artículo 157 LH es "una carga real y no tiene, por tanto, carácter accesorio, y desde el mismo momento de su constitución desaparece la responsabilidad personal del deudor"[230].

Frente a tal postura, se argumenta, de forma a nuestro parecer acertada, que: "1. No existe base para afirmar la automática asunción de la deuda por el adquirente o rematante de la finca, que, en todo caso, exigirá el consentimiento del acreedor (artículos 1205 del Código Civil y 118 de la LH), ni, por tanto, la consiguiente liberación del primitivo deudor; 2. Que la hipoteca rentaria es una hipoteca normal desde el punto de vista de su accesoriedad; 3. Que se mantiene a favor del acreedor la acción personal para exigir el pago de las pensiones al

primitivo deudor, independiente de la acción hipotecaria de realización de valor; y, 4. Que, finalmente, sería injusto privar al constituyente-pensionista de la renta de la solvencia del primitivo deudor, como liberar a éste de una deuda que personalmente asumió, y hacerla recaer sobre el adquirente que nunca pretendió asumir tal obligación"[231].

Por tanto, quien adquiere un bien inmueble hipotecado en garantía de renta, tiene la condición de tercero que no asume la obligación personal de pagar la pensión, sino que solamente viene obligado a tolerar la ejecución hipotecaria ante el posible impago de una o varias pensiones, siempre que, como resulta obvio, no se haya convenido la asunción de la deuda.

Además, de la hipoteca, como hemos indicado, el derecho de renta puede ser objeto de pignoración, bien de toda la renta en su entidad unitaria, bien de cada una de las pensiones pendientes de vencimiento[232]. O, igualmente, puede ser garantizado mediante fianza. El fiador, como obligado (deudor) accesorio del deudor principal, bien se haya comprometido de forma solidaria o bien subsidiaria; al igual que éste, responde frente al constituyente de la renta con todo su patrimonio (artículo 1911 del Código Civil).

7. Efectos del contrato de renta vitalicia

Visto el contenido del contrato de renta vitalicia, conformado, como hemos expuesto, si se conviene a título oneroso, por las obligaciones que recíprocamente asumen los sujetos del negocio, de entregar el capital convenido y de pagar la pensión establecida como contraprestación de aquél, queda por analizar los efectos que el incumplimiento de las obligaciones que respectivamente asumen las partes en la renta vitalicia, como también, los efectos que la muerte de la persona cuya vida se contempla como módulo, tienen en relación con la renta a pagar. Y, finalmente, las consecuencias que la muerte del constituyente o del deudor tiene sobre el negocio de renta vitalicia, más concretamente, sobre las respectivas obligaciones asumidas por tales sujetos.

A. La irresolubilidad del contrato por incumplimiento

El artículo 1805 del Código Civil dispone expresamente que "*la falta de pago de las pensiones vencidas no autoriza al preceptor de la renta vitalicia a exigir el reembolso del capital, ni a volver a entrar en la posesión del predio enajenado; sólo tendrá derecho a reclamar judicialmente el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras"*. De forma que, el incumplimiento del deudor de su obligación de pago de las rentas no resuelve el contrato, sino que

simplemente autoriza al constituyente-beneficiario de la renta a reclamar judicialmente las pensiones atrasadas, acción que prescribe a los cinco años (artículo 1966 del Código Civil)[233]. Supone una excepción a la regla general contenida en el artículo 1124 del citado cuerpo legal[234]. E, impide, por tanto, la aplicación al contrato de renta de la llamada "condición resolutoria implícita".

Por otra parte, nada se indica en el mencionado artículo 1805, sobre las consecuencias que se derivan para el caso que quien incumpla, sea el constituyente de la renta con su obligación de entrega del capital, habrá que entender que en este caso, si resulta de aplicación el citado artículo 1124 y, el deudor podrá exigir a aquél el cumplimiento de la obligación, o la resolución del contrato en su caso con el resarcimiento de daños y abono de los intereses en ambos supuestos. Parece que, en principio, no hay nada que lo contradiga[235].

Ahora bien, el fundamento de esta opción del legislador por excepcionar el citado artículo 1124 en la renta vitalicia, la sustenta la doctrina en diversos argumentos: 1. Para evitar un enriquecimiento injusto del pensionista que podría quedarse con el capital y con las pensiones ya satisfechas[236]. Frente a esta opinión se objeta que si el artículo 1124 concede en todo caso, no sólo el derecho a reclamar el abono de los intereses, sino además el resarcimiento de los daños ocasionados; por lo que, no hay razón alguna para poner reparos a su aplicación al contrato de renta vitalicia, tratando con ello de impedir que perciba algo más que los simples intereses del capital[237]; 2. Por razones de oportunidad y conveniencia respecto de una obligación que, se cumple en diversos vencimientos, unido al escaso perjuicio que en un contrato de tracto sucesivo puede suponer el impago de algunas pensiones[238]; argumento, igualmente, discutible ya que tal impago supone el incumplimiento de la obligación principal del deudor, incumplimiento que, en otros contratos, faculta a pedir la resolución; 3. En la existencia de una voluntad presunta de los interesados de excluir de resolución, la falta de pago de alguna de las pensiones, contemplando la renta vitalicia en su conjunto y no en la singularidad de las distintas pensiones. A lo que se añade que, como la renta sirve frecuentemente para asegurar el mantenimiento del rentista durante toda su existencia, reintegrarle el capital o la finca podrían ocasionarle un daño al tener que buscar otra inversión. Se explica, por tanto, en el propio interés del acreedor, dado el carácter duradero de la obligación[239]; 4. En la naturaleza aleatoria del contrato, al considerar que pugna con el remedio que supone la resolución contractual, dirigido a reponer las cosas en la situación que tenían en el momento inicial del contrato. Frente a tal criterio habría que objetar que una cosa es el riesgo propio del negocio, y otra intentar vincularlo a la actuación de uno de los sujetos, en concreto al que incumple con su obligación[240]; 5. En el carácter periódico de la obligación debida por el deudor de las pensiones[241]; 6. Finalmente, se basa tal exclusión en los caracteres unilateral y real del contrato, que le atribuye

un sector de la doctrina, ya que sería injusto que el acreedor recobrarse el capital y retuviese las pensiones satisfechas, que no representan el interés de aquél, sino su cuota de amortización[242]; si bien, por si sólo tales caracteres ya excluyen la aplicabilidad del artículo 1124 del Código Civil.

De todas formas, cualquiera que sea el argumento que se emplee para justificar el artículo 1805 del citado cuerpo legal; lo cierto es que, a falta de pacto, el acreedor únicamente está facultado, ante el incumplimiento del deudor de su obligación de pago de las pensiones, a reclamar judicialmente el pago de las pensiones atrasadas, así como el aseguramiento de las futuras mediante cualquiera de los instrumentos de garantía que establece nuestro ordenamiento[243]. Lo que viene a conceder al deudor, como acertadamente señala la doctrina, una protección muy amplia.

Ahora bien, aunque no lo dispone expresamente el Código Civil, si bien, tampoco lo impide ya que, la no aplicación de la condición resolutoria implícita se puede referir al supuesto de impago de las pensiones; como al supuesto que, el deudor incumple con su obligación de prestar las garantías suficientes para asegurar las pensiones futuras; en este caso, sí que procedería la aplicación la resolución contractual prevista en el artículo 1124 del Código Civil tanto si se trata de garantías fijadas judicialmente, como convenidas por las partes[244].

En puridad, señala RODRÍGUEZ MORATA "no resulta exagerado afirmar que este pacto contrario a la letra del artículo 1805 del Código Civil constituye una única garantía eficaz de carácter general que puede asegurar el derecho del acreedor o beneficiario de la renta"[245].

En este contexto, partiendo de la naturaleza dispositiva del artículo 1805 del Código Civil resulta posible, tal como señala unánimemente la doctrina[246] y la jurisprudencia[247], que las partes convengan dentro de los límites que fija el artículo 1255 del citado cuerpo legal un pacto resolutorio expreso para el supuesto de incumplimiento por el deudor de su obligación de pago de las pensiones. Conviene advertir, como hace ALBALADEJO GARCÍA que "lo mismo que se puede pactar el derecho a la resolución por impago de la renta, también se puede establecer que este impago haga él mismo automáticamente de condición resolutoria. Entonces el contrato queda resuelto *ipso iure*, sin necesidad de que lo pida el rentista, desde que se produzca el impago que sea, lo mismo que lo quedaría si se hubiese puesto otro hecho cualquiera como condición resolutoria"[248].

En cuanto al alcance del pacto resolutorio, se suele en la práctica pactar alguna de las siguientes modalidades: a) Que producida la resolución por impago de la renta, se restituya el capital, el deudor retenga los intereses o frutos producidos, y el acreedor las pensiones recibidas hasta entonces; b) Que, en compensación por los perjuicios sufridos por el pensionista, éste no sólo conserva las rentas percibidas, sino que tendrá derecho a que le restituyan los frutos produ-

cidos por el capital; lo que equivale a una cláusula penal, sometida a la facultad moderadora de los tribunales (artículo 1154 del Código Civil)[249].

En todo caso, tanto para este supuesto como para el de la resolución por falta de garantías, el criterio más adecuado, es el de la resolución sin efectos retroactivos (*ex nunc*); de forma que, el deudor debe reintegrar el capital, reteniendo los frutos e intereses y el rentista, en compensación, conservará las pensiones recibidas[250]. No obstante, habrá que estarse a lo convenido por las partes.

Respecto a la posible virtualidad del pacto resolutorio frente a terceros, si se conviene una cláusula resolutoria por falta de pago de las pensiones, y siempre que la misma tenga acceso al Registro de la Propiedad conforme a los artículos 9.2 de la LH y 51.6.ª del RH, tratándose de renta vitalicia constituida sobre bienes inmuebles, si se declara resuelto el contrato, el adquirente de la finca o el titular de los derechos sobre la misma, se vería perjudicado por la resolución[251].

Ahora bien, como señala GUILARTE ZAPATERO la resolución convencional del contrato de renta vitalicia, además, de los supuestos descritos, puede tener lugar: "1. Por la disminución de las garantías. Así, se entiende incumplida la obligación de garantizar las rentas, no sólo cuando el deudor no presta las convenidas, sino también cuando las ofrecidas no son suficientes para la finalidad perseguida. 2. Por el hecho de no pagarse en la fecha precisamente convenida (pacto de esencialidad del término). Con ello se pretende evitar la morosidad del deudor. 3. Por acordarse de que resuelto el contrato por falta de pago de las pensiones (o de cualquier otra causa resolutoria convencionalmente prevista) el acreedor recupera el capital constitutivo de la renta vitalicia, conservando las pensiones recibidas hasta el momento en que tiene lugar la resolución (pacto de comiso)"[252].

Pero, además, de estos supuestos, donde el acreedor ejercita su facultad resolutoria del contrato de renta, también se indica por este mismo autor que, "es posible que se convenga que tal facultad corresponda al deudor, esto es, responda a su interés. Así se puede establecer un pacto de redención; de forma que, siempre que se cumpla con lo convenido en el mismo, se sustituyan los diferentes pagos periódicos por uno único, que será el resultado de la capitalización de la renta hecha, por supuesto, de acuerdo a lo convenido"[253]. O, asimismo, que "los interesados acuerden la resolución de la renta a instancias del deudor, mediante las circunstancias que se determinen, liberándose de continuar pagando las rentas mediante la devolución del capital o del predio recibido"[254].

Ahora bien, hasta ahora nos hemos referido a la resolución del contrato oneroso de renta vitalicia, pero que ocurre, si nos encontramos ante renta vitalicia constituida a título gratuito; cabe preguntarse si resulta de aplicación, igualmente, lo dispuesto en el artículo 1805 del Código Civil. A ello responde la doctrina que si se trata de una donación pura el pensionista o beneficiario de la renta solo

estará facultado para exigir el pago de la renta o pensión a su vencimiento en virtud de las reglas propias de la donación, por lo que se excluye las del contrato oneroso, y, por ende, el citado artículo 1805[255]. Si estamos ante una donación onerosa o un negocio mixto con donación, frente a quienes disponen que para este caso resulta de aplicación el artículo 647 del Código Civil, es más correcto entender que, teniendo presente lo que establece el artículo 622 del citado cuerpo legal para las donaciones con causa onerosa que deberá regirse por las reglas de los contratos; además, del hecho que en este caso concurren las circunstancias que explican el mencionado artículo 1805 y, que la revocación haría desaparecer también la atribución al tercero, parece que este precepto resultaría aplicable[256].

B. Efectos de la extinción de la vida contemplada.

El artículo 1806 del Código Civil dispone que: *"La renta correspondiente al año en que muere el que la disfruta, se pagará en proporción a los días en que hubiese vivido; si debía satisfacerse por plazos anticipados, se pagará el importe total del plazo que durante su vida hubiese empezado a correr"*.

La literalidad del precepto parece deducirse que *"la muerte del que disfrutaba de la renta"* es la única que pudiera servir como módulo para fijar la duración de la relación jurídica de renta vitalicia. Ciertamente, lo más habitual es que se tome como módulo la vida del constituyente, que, además, es el beneficiario de la renta. Con ello se evitan contradicciones[257].

En este contexto, continúa el mencionado precepto señalando que *"la renta se pagará en proporción a los días en que hubiese vivido"*; lo que resulta lógico, pues las pensiones son frutos civiles (artículo 355.3 del Código Civil)[258], y éstos se entienden percibidos día a día (artículo 474 Código Civil). Asimismo, se hace referencia *"al año en que muere"* pensando en vencimiento periódicos anuales, pero también es posible pactar, en los términos vistos, otros vencimientos inferiores como superiores a una anualidad (semanal, mensual, trimestral, etc.). Sea el plazo convenido para el pago anual u otro distinto, salvo previsión contraria de las partes, lo habitual es que se realice el pago de la renta vencido cada uno de los períodos, esto es, por la totalidad del plazo señalado, y que el deudor pueda cumplir con su obligación, sin incurrir en mora hasta el último instante del día siguiente al del vencimiento. En todo caso, si muere la persona cuya vida sirve de módulo en el año que la disfrutaba el beneficiario de la renta, ésta se pagará al acreedor —o, a su muerte, a sus herederos— en "*proporción a los días en que aquél hubiera vivido"*, sean dos, cinco, seis, diez, de plazo anual, mensual, trimestral, etc.. Precisa MARTÍNEZ VELENCOSO "esta misma regla de la pro-

porcionalidad se debe observa cuando la renta no se haya fijado por anualidades, sino por período de tiempo inferiores"[259].

Ahora bien, si se opta, como es admisible, al constituir la renta por pactarse que, ha de satisfacerse la renta por plazos anticipados, a la muerte del titular de la vida módulo *"se pagará al constituyente de la renta el importe total del plazo que durante su vida hubiese comenzado a correr"*. De manera que, el beneficiario puede exigir con base a tal pacto de anticipación, el abono por entero del plazo que antes de la extinción, hubiera comenzado a correr. Aunque la expresión de pago anticipado no es muy adecuada, pues, si se ha anticipado, es que ya se ha pagado, y, si no se ha hecho tal pago en el momento que correspondía, el deudor ha incurrido en mora con las consecuencias que de ello se deriva; lo cierto es que, como señala GUILARTE ZAPATERO "el precepto quiere significar el derecho del acreedor a la percepción total de la pensión correspondiente al período de que se trata y que no habrá de devolver cantidad alguna por el tiempo comprendido entre la muerte que extingue la relación y el momento final del plazo previsto"[260]. Los herederos a la muerte de aquel tendrán, igualmente, derecho a que la pensión les sea satisfecha en su totalidad.

C. Efectos de la muerte del pensionista o del deudor.

Está claro que una de las causas por la que se extingue la renta, es la que tiene lugar cuando muere la persona cuya vida se ha tomado como módulo. Puede ser, como tantas veces hemos reiterado, que la persona del constituyente, sea a su vez el beneficiario de la renta, y la persona cuya vida se toma como módulo; o, incluso, puede darse el caso, que sea la del deudor la que sirve a tal fin.

Ahora bien, desde tal planteamiento que sucede, si es distinta la persona-módulo del constituyente y del deudor de la renta, es un tercero extraño a la relación, y cualquiera de aquellos premuere a éste.

Si quien premuere es el deudor, existe un parecer coincidente en la doctrina en este caso, se ha de admitir que sus herederos seguirán obligados a satisfacer las pensiones al preceptor de la renta hasta la muerte del tercero[261].

Pero si quien muere con anticipación al tercero es el acreedor-beneficiario de la renta, la doctrina no se muestra tan unánime. Así frente a quienes, al igual que en el supuesto anterior, consideran transmisible a los herederos, el derecho al percibo de las rentas, sobre la base de que tal derecho no tiene carácter personalísimo; y, además, para determinar la duración de la renta se toma como medida de referencia la vida de la persona que se toma como módulo, no la del pensionista; sólo aquella, por tanto, tiene carácter esencial y no ésta[262]. De todas formas, no faltan autores como LACRUZ BERDEJO que, por el contrario, en-

tiende que "aunque puede, desde luego, pactarse que la renta sea transmisible a los herederos o que revierta a otra persona. A falta de pacto, se habrá de atender a la intención de las partes. En la duda, parece que el derecho persiste aun falleciendo el acreedor cuando se constituye la renta por título oneroso; y no, si fue una donación del propio deudor al pensionista"[263]. En esta misma línea, se expresa ALBALADEJO GARCÍA al disponer que "el espíritu de la ley es que la pensión pueda durar lo que la vida del tercero. Luego, cesa si éste muere antes que el pensionista. Pero también, se extingue por la muerte del pensionista, aunque le sobreviva el tercero. Así, pues, no pasa a sus herederos"[264].

Sobre tales bases, a nuestro parecer, sólo la muerte de la persona cuya vida se tomó como módulo supone la extinción de la renta, no así la muerte del pensionista-acreedor de la renta, pues, como tal derecho de crédito no sólo es transmisible *inter vivos*, sino también *mortis causa*.

8. La renta vitalicia gratuita

Como ya expusimos, son diversas las fuentes de constitución de la renta vitalicia, así, aparte de por disposición de ley, por sentencia judicial, puede tener lugar en virtud de un negocio jurídico de carácter oneroso o gratuito.

Del contrato oneroso nos hemos ocupado a lo largo de nuestro estudio sobradamente, pues, aunque optamos por un estudio unitario de la materia, no podemos obviar que, casi la totalidad de la normativa de la renta vitalicia, a excepción del artículo 1807 del Código Civil, está dedicado al tipo contractual oneroso.

De entre los tipos de negocios jurídicos gratuitos, sólo nos referiremos en este apartado, al más frecuente e importante, como es sin duda la donación. Siguiendo a QUIÑONERO CERVANTES podemos definir el contrato de donación de renta vitalicia como "aquel en cuya virtud una persona (donante-deudor), con ánimo de liberalidad, se empobrece en parte de su propio patrimonio mediante la entrega periódica a favor de otra (donatario-acreedor) que acepta el beneficio —con el que se enriquece— durante el tiempo de vida de la persona que se contempla en el contrato"[265]. Resulta necesario el *animus donandi*[266].

Ahora bien, este contrato renta vitalicia nacido de una donación, como típico contrato de disposición patrimonial puede, a su vez, configurarse de diversas formas expuestas de manera impecable por GUILLARTE ZAPATERO[267]:

"A) Como donación directa *"inter vivos"* al amparo del artículo 618 del Código Civil, como forma más habitual de renta vitalicia gratuita, o *"mortis causa"* tal como establece el artículo 620 del citado cuerpo legal (legado de renta). En todo caso, en cualquiera en ambos casos será aplicable toda la normativa general de las donaciones. En este caso, el donante por un espíritu de liberalidad *("ani-*

mus donandi"), en detrimento de su propio patrimonio, —pues, no recibe nada a cambio—, ofrece al donatario que acepta, la percepción de una renta o pensión en cuantía fija y determinada; si bien, incierta en su duración y extensión, pues, dependerá de cuanto viva la persona cuya vida se toma como módulo. La aleatoriedad, característica típica de la renta vitalicia, para esta modalidad contractual no constituye, tal como expusimos en su momento, un elemento esencial del mismo, sino que opera sólo dejando incierta tanto la extensión como la duración de la liberalidad del donante".

En este contexto, señala BELTRÁN DE HEREDIA, que este contrato de donación *inter vivos* de renta vitalicia suele, asimismo, adoptar en la práctica dos formas: "1) Que el donante se comprometa con el propio donatario a pagarle periódicamente una pensión mientras viva una determinada persona, ya sea el donante, donatario o una tercera persona extraña. Contrato unilateral en el que el donante se convierte en deudor de la pensión y el donatario, en acreedor de un derecho a percibir la renta o pensión convenida. No hay, en este caso, entrega de capital alguno; 2) Que el donante-deudor cede al donatario-acreedor una pensión vitalicia que tenía a su favor. Este segundo supuesto, puntualiza el citado autor, puede formalizarse mediante una cesión de créditos (artículos 1527 y siguientes del Código Civil); o mediante delegación al amparo de las reglas contenidas en los artículos 1203 y 1204 del Código Civil. Se origina la renta en un contrato bilateral y oneroso, y consecuencia de la cesión, el donatario se subroga en el puesto que tenía el donante. Aquí, previamente si ha habido entrega de capital"[268].

"B) Como donación indirecta, o como *"negotium mixtum cum donationem"* que, como vimos al tratar de la onerosidad, como uno de los caracteres de la renta, tiene lugar cuando la cantidad fijada por las partes como renta o pensión puede ser desproporcionada en relación con el capital entregado como contraprestación". Como observa BELTRÁN DE HEREDIA en el presente supuesto "las partes configuran de forma especial un contrato oneroso en el que la desproporción de las prestaciones es buscada de propósito con fines de liberalidad. Lo que aquellos quieren es realizar una donación que constituye la finalidad de su actividad contractual". Aunque, a continuación, precisa este autor "tenga que considerarse un contrato oneroso, cuya forma externa y típica conserva y cumple, a pesar de que una de las prestaciones sea irrisoria y de tal modo desproporcionada a la otra que realmente no exista reciprocidad"[269].

"C) Finalmente, como un contrato a favor de tercero (artículo 1257.2 Código Civil). Es posible que la renta se haya convenido a título oneroso, mediante la entrega de capital a quien asume recíprocamente el pago de la renta o pensión, pero estableciéndose como beneficiario de ésta a una persona distinta del constituyente de la renta. Como bien sabemos, para que tenga plena eficacia resulta

esencial la aceptación por el tercero de tal renta vitalicia, antes de que tenga lugar la revocación por el promitente"[270].

Sobre tales bases, ante el supuesto habitual de donación pura y simple para que el negocio de renta a título gratuito se perfeccione, resulta necesaria la aceptación del donatario (artículo 623 del Código Civil). A partir de tal momento, deberá hacerse efectivo por el donante-deudor la pensión o renta en la cantidad y plazos convenidos; mientras dure la vida de la persona que se ha tomado como módulo, que puede ser ésta la del donante, donatario o, incluso la de un tercero extraño a la relación o la de varias personas (artículo 1803). Y, se aplicarán, como hemos señalado, toda la normativa propia del contrato de donaciones, a excepción del artículo 633 del Código Civil, que ordena la forma de escritura pública para la donación de bienes inmuebles.

Pero, además, de resultar aplicable tal normativa general, en la regulación específica de la renta vitalicia, existe una norma, como tantas veces hemos insistido, referida únicamente a la renta vitalicia a título gratuito. Es el artículo 1807 del citado cuerpo legal que dispone: *"El que constituye a título gratuito una renta sobre sus bienes puede disponer, al tiempo del otorgamiento, que no está sujeta dicha renta a embargo por obligaciones del pensionista"*.

Como principal efecto de esta norma es que, siempre que así lo hubiera establecido el donante-constituyente de la renta puede establecer de forma expresa una cláusula de inembargabildad de la pensión o renta ante obligaciones del beneficiario o pensionista. Supone una excepción al principio de responsabilidad universal sancionado por el artículo 1911 del Código Civil como garantía genérica de la obligación (responsabilidad patrimonial universal) al excluir del ámbito de actuación de los acreedores los bienes transmitidos a cambio de renta, y, asimismo, en los artículos 605 y siguientes de la LEC[271]. Al respecto, declara el citado artículo 605 en su número 4 que no serán en absoluto embargables "los bienes expresamente declarados inembargables por alguna disposición legal"; reconociendo con ello de forma expresa que, igualmente, hay que atender a aquellas disposiciones legales que puedan declarar específicamente, en algún caso, la inembargabilidad.

Así ocurre con el citado artículo 1807 del Código Civil cuyo fundamento descansa en que representando la renta vitalicia a título gratuito un incremento en el patrimonio del donatario-pensionista, sin retribución o contraprestación alguna por su parte; difícilmente puede tener lugar un posible perjuicio o fraude en los intereses de sus acreedores presentes y futuros[272]. En todo caso, si "el beneficiario-donatario renuncia a la atribución que le ofrece el donante; esa renuncia no determina por si misma su insolvencia, sino que impedirá la adquisición de un derecho que "salvo en el caso de la renta constituida a favor de tercero, está subordinado a la voluntad del adquirente""[273].

En todo caso, indica RODRÍGUEZ MORATA que "el establecimiento de la cláusula de inembargabilidad de la renta vitalicia debe hacerse a través de una declaración expresa en el momento de otorgarse o constituirse la renta, sin que queda la posibilidad de presumirla"[274].

Ahora bien, limitada tal inembargabilidad a las rentas vitalicias a título gratuito, debe precisarse que, sólo tienen tal naturaleza las constituidas sin contraprestación de ninguna clase por parte del pensionista; de tal forma que, no goza de tal efecto, ni las donaciones modales, ni la establecida como condición de una donación, ni la llamada donación indirecta o *negotium mixtum cum donationem,* ni siquiera la donación que disimule un contrato oneroso de renta vitalicia[275].

A todo esto, hay que advertir que no basta para que tenga operatividad la inembargabilidad que la renta vitalicia tenga carácter gratuito, sino que es necesario también que aquella así se declare al otorgarse o constituirse la renta[276], no en otro momento distinto o posterior. Todo ello con la finalidad, señala MANRESA Y NAVARRO "de evitar posibles y fraudulentas novaciones"[277].

Pactada expresamente la cláusula de inembargabilidad de la renta vitalicia está claro que, las pensiones o rentas que percibe el donatario quedan sustraídas a la acción de sus acreedores, sin que ello afecte al constituyente de la renta ni por aquellos, pues, éstos podrán impugnarla, si representa un fraude de sus derechos.

Si bien, como señala GUILARTE ZAPATERO "tal inembargabilidad solo se refiere al crédito de la renta, y de las respectivas pensiones periódicas, no a las cantidades que, procediendo de la satisfacción de aquellas, son ingresadas en el patrimonio del rentista pues, dejan de tener autonomía para pasar a forma parte de la masa patrimonial. Esto es, los acreedores no podrán perseguir las rentas vencidas no satisfechas"[278].

Finalmente, no existe acuerdo en la doctrina sobre la prohibición de ceder la renta en la que se ha pactado una cláusula de inembargabilidad. Parece que de admitirse se eludiría la finalidad perseguida por tal cláusula, privándola de contenido[279]; o, asimismo, se llega a decirse que, cuando la ley permite la sustracción de la garantía al poder de los acreedores, puede entenderse que implícitamente y con más razón, está negando, asimismo, la cesión. Lo cierto es que no está tan claro que conforme a lo previsto en el artículo 1807 del Código Civil se pueda incluir también tal prohibición de cesión, aunque solo sea implícitamente, ni —según las circunstancias— en la propia gratuidad del contrato de donación, pues, como precisa, de nuevo GUILARTE ZAPATERO "la libre disponibilidad de un bien o de un derecho, teniendo origen voluntario o convencional, no sólo exige la existencia de un interés legítimo que justifique la derogación del principio general de la libre disponibilidad, sino debe resultar de una manifestación expresa de quien se encuentre legitimado para imponerla, y no extenderla más allá de los estrictos términos en que aparece concebida"[280].

De forma que, no entendiendo recogida en el citado precepto la prohibición de cesión de la renta donada; si las partes no quieren que ésta tenga lugar, corresponde al propio donante-constituyente prohibirla expresamente; en línea con lo dispuesto en el propio artículo 1112 del Código Civil y, será entonces como señala LACRUZ BERDEJO cuando "tal prohibición será eficaz *erga omnes*, y difícilmente se salvará de ella al tercer adquirente de buena fe, ante el carácter *intuitu personae* que suele tener, visiblemente, la donación"[281].

9. Extinción de la renta vitalicia.

Además de las causas de extinción específicas de la renta vitalicia debemos referirnos a las causas comunes de ineficacia y extinción propia de los contratos contenidas en el Código Civil, algunas de ella son causas intrínsecas al propio negocio, afectando a un elemento esencial del mismo; otras son causas extrínsecas, haciendo cesar sus efectos jurídicos mediante la extinción del contrato de renta que ha nacido válido y perfecto.

Respecto de las primeras hay que destacar la muerte de la persona cuya vida sirve de módulo para determinar la duración del pago de la pensión, o de la última de ellas si son varias, y no se ha pactado otra cosa (artículo 1806 del Código Civil) será la del propio constituyente de la renta y, causa de nulidad de la renta cuando se constituye sobre la vida de una persona muerta a la fecha del otorgamiento (artículo 1804 del Código Civil)[282].

Ahora bien, se ha planteado en la doctrina si se extingue por el fallecimiento del pensionista, si la vida que se ha tomado como referencia para fijar la duración de la obligación es la de otra persona. Al respecto señala LACRUZ BERDEJO que "puede pactarse que la renta sea transmisible a los herederos o que revierta en otra persona". Si bien, entiende que "a falta de pacto, se habrá de atender a la intención de las partes"[283].

Respecto a las segundas podemos aludir a las siguientes: a) Nulidad: se considera nulo de pleno derecho un negocio cuando falta algún requisito o elemento esencial del mismo, o se dispone en contra de lo establecido en un precepto legal. La renta vitalicia será, en lógica consecuencia, nula si falta el consentimiento de las partes, o el objeto del contrato o, incluso, si la causa es ilícita por ser contraria a la ley o a la moral[284]; b) Anulabilidad: ante la existencia de vicios del consentimiento como el error, la violencia, intimidación y dolo (artículo 1265 del Código Civil). De modo que, la acción para que tenga lugar aquella es ejercitable en el plazo de cuatro años, estando legitimados para ello los interesados. Si bien, como tal contrato nacido válido, pero susceptible de impugnación, puede ser, asimismo, confirmable o convalidable, expresa o tácita por el contratante al

que corresponda el ejercicio de la acción de anulabilidad y siempre que cumpla tal negocio los requisitos del artículo 1261 del Código Civil[285]; c) Rescisión por lesión: conviene precisar que la aleatoriedad de la renta produce la inaplicabilidad de la rescisión por lesión; si bien, en los términos vistos podrá operar cuando el perjuicio (lesión) que experimente una de las partes tenga su origen en el elemento propio y típico del negocio, es decir, en la mayor o menor duración de la vida tomada como módulo[286]; d) Resolución del contrato de renta: como regla general, no admite la resolución del contrato por falta de pago de las rentas y por tanto, la aplicabilidad del artículo 1124 del Código Civil, propio de los contratos bilaterales y sinalagmáticos, salvo que las partes hayan acordado un pacto expreso de resolución por falta precisamente de pago de las rentas[287]. En todo caso, la resolución tendrá lugar cuando el deudor de la renta no aporte las garantías comprometidas; o cuando aquel se vea privado de la cosa entregada como capital, consecuencia de los vicios ocultos o por evicción; o por falta de pago de la pensión[288]; o por incumplimiento de la condición resolutoria o suspensiva a que se supedita su efectividad[289]; o, en fin, incumplimiento de las obligaciones[290]. En todo caso, procede la reclamación del pago de las pensiones debidas y no pagadas[291]; e) Redención o rescate: no existe precepto que lo establezca, ni tampoco que lo prohíba. De ahí que, exista coincidencia en la doctrina en afirmar que es posible dentro del margen que permite el artículo 1255 del Código Civil, que las partes convengan expresamente una cláusula de redención o rescate, que consistirá en el pago de una suma de dinero equivalente a la renta capitalizada, después de haber calculado el importe total teniendo en cuenta tanto los plazos como la duración probable de la vida de la persona que se toma como módulo[292]; f) Mutuo disenso: no existe inconveniente que las partes, además, de crear un vínculo contractual, puede asimismo convenir como extinguirlo, bien antes de iniciar su ejecución, bien durante su desarrollo[293]; g) Novación: resulta aplicable a la renta, siempre que sea extintiva y no meramente modificativa, pues, de lo contrario no tendrá lugar tal extinción[294]; h) Condonación: el beneficiario o preceptor de la renta puede remitir, de modo expreso o tácito, la obligación de pago de las rentas del deudor, aplicando las normas contenidas en los artículos 1187 y 1190 del Código Civil; particularmente, las reglas sobre donaciones inoficiosas[295]; i) Confusión: reunida en una misma persona el deudor y acreedor o beneficiario de la renta, queda extinguida la renta, siendo de aplicación las normas contenidas en los artículos 1192 y siguientes del Código Civil, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1194 del citado cuerpo legal, que dispone al respecto que, cuando existan varias personas por el lado deudor o acreedor y, se trate de una deuda mancomunada, no queda extinguida ésta por confusión, sino en la proporción correspondiente al deudor o acreedor en quien concurren ambos conceptos[296]; j) Compensación: existe, igualmente, en la doctrina coincidencia en aplicar a la

renta vitalicia esta causa de extinción. Si bien, al ser necesario que ambas deudas estén vencidas y sean líquidas y exigibles (artículo 1196.3 y 4 del Código Civil). La compensación en el contrato de renta solo podrá operar respecto de las pensiones vencidas y no pagadas, pues, resulta evidente que el deudor de las mismas podrá oponer al acreedor-beneficiario, el crédito que tenga contra él, que también participará de los caracteres de principal, líquido exigible y vencido. No será, por tanto, susceptible de compensación el derecho o crédito considerado unitariamente, al no poder aplicarle las reglas que exige el citado artículo 1196, hasta el momento de su vencimiento que tendrá lugar con la muerte de la persona cuya vida se tomó como módulo. Hasta ese momento existirá incertidumbre tanto de la duración como de la cuantía total de la renta o pensión[297]; k) Prescripción: la pretensión de cobro de cada uno de los vencimientos prescribe a los cinco años (artículo 1966.3 del Código Civil)[298]; y, l) Revocación y reducción: tratándose de renta vitalicia gratuita le resultan aplicables las causas de revocación de las donaciones prevista en los artículos 644, 647 y 648 del Código Civil[299].

III. TRATAMIENTO FISCAL DE LA RENTA VITALICIA.

Nos vamos a referir esencialmente al tratamiento en dos ámbitos fiscales concretos en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (LIRPF) regulado en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, y el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP y AJD) regulado en el Real Decreto Legislativo por el que se regula el Texto Refundido de la Ley de Impuesto de transmisiones patrimoniales y Acto Jurídicos Documentado.

1. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Tal como dispone el artículo 25.3.2.º del LIRPF respecto a rentas vitalicias inmediatas, que no hayan sido adquiridas por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio, se considerará rendimientos íntegros de capital mobiliario para el acreedor de la renta o rentista el resultado de aplicar a cada anualidad los porcentajes siguientes: 40%, cuando el preceptor tenga menos de 40 años; 35%, cuando el preceptor tenga entre 40 y 49 años; 28%, cuando el preceptor tenga entre 50 y 59 años; 24%, cuando el preceptor tenga entre 50 y 65 años; 20%, cuando el preceptor tenga más de 66 y 69 años; y 8%, cuando el preceptor tenga más de 70 años.

Estos porcentajes serán los correspondientes a la edad del rentista en el momento de la constitución de la renta y permanecerán constantes durante toda su vigencia.

En cuando a las rentas temporales inmediatas, que no hayan sido adquiridas por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio, se considerará rendimiento del capital inmobiliario: 12%, cuando la renta tenga una duración inferior o igual a 5 años; 16% cuando la renta tenga una duración superior a 5 e inferior o igual a 10 años; 20% cuando al renta tenga una duración superior al 10% e inferior o igual al 15 años; y, el 25% cuanto la renta tenga una duración superior a 15 años (artículo 25.3.3.º de la citada norma).

Si se trata de rentas vitalicias diferidas (artículo 25.3.4.º de la LIRPF) que no han sido adquiridas por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio se considera rendimiento del capital mobiliario el resultado de aplicar a cada anualidad el porcentaje previsto en el apartados anteriores, incrementado en la rentabilidad obtenida hasta la constitución de la renta, en la forma que reglamentariamente se determine. En el supuesto, de rentas que hayan sido adquiridas por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito e *inter vivos*, el rendimiento del capital mobiliario será exclusivamente, el resultado de aplicar a cada anualidad el porcentaje que corresponda de los previstos, igualmente, en los apartados anteriores.

Ahora bien, siendo el objeto la renta, la entrega de una cantidad de dinero, no plantea problemas. Si, en cambio, la imposición que origina la renta no es dineraria, pues, como dispone el artículo 14.2 d) apartado 3 de la LIRPF en ningún caso tendrán el tratamiento de operaciones a plazos o con precio aplazado para el transmitente, "las operaciones derivadas de contratos de rentas vitalicias o temporales. Cuando se transmitan bienes o derechos a cambio de una renta vitalicia o temporal, la ganancia o pérdida patrimonial para el rentista se imputará al período impositivo en que se constituya la renta".

Sobre tales bases, para su cuantificación, esto es, para la determinación de la ganancia o pérdida patrimonial habrá de calcularse "por la diferencia entre el valor actual financiero actuarial de la renta y el valor de adquisición de los elementos patrimoniales transmitidos" (artículo 37.1 j de la LIRPF).

Ahora bien, respecto al *deudor* las consecuencias patrimoniales surgen cuando se extingue la renta por la muerte de la persona cuya vida se tomó como módulo, en este momento se producirá en su patrimonio una ganancia o pérdida que se computará tal como señala el artículo 37.1 i) de la LIPF "por la diferencia entre el valor de adquisición del capital recibido y la suma de las rentas efectivamente satisfechas". Tal valor de adquisición, aunque, no especifica nada la Ley, habrá que entender que es el que tenía el bien en el momento de transmisión del mismo.

Por otra parte, cuando se perciban rentas diferidas, la rentabilidad obtenida hasta la constitución de la renta se someterá a gravamen de acuerdo con las siguientes reglas: la rentabilidad vendrá determinada por la diferencia entre el

valor actual financiero-actuarial de la renta que se constituye y el importe de las primas satisfechas; y dicha rentabilidad se repartirá linealmente durante los 10 primeros años de cobro de la renta vitalicia. Si se trata de una renta vitalicia temporal, se repartirá linealmente entre los años de duración de la misma con el máximo de diez años (artículo 18 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto de la renta de las personas físicas (RIRPF)).

En este contexto, en caso de ser un empresario o profesional el deudor de la renta, al entregar al acreedor o rentista un rendimiento de capital mobiliario, deberá practicar una retención del 19% sobre la parte de la renta que se considere rendimiento de capital (artículos 75.1 b) y 90.1 Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto de la renta de las personas físicas (RIRPF).

2 Impuesto sobre transmisiones patrimoniales.

Al constituir una renta vitalicia onerosa, se tributará por el concepto de transmisiones onerosas, siendo el sujeto pasivo el *beneficiario o acreedor de la renta* (artículos 7 a) y 8 g) del TRITP y AJD).

La base imponible se calculará capitalizando la renta al interés legal del dinero, y tomando como capital resultante la parte que, según las reglas para calcular los usufructos, corresponda a la edad del pensionista, si la pensión es vitalicia o a la duración de la pensión, si es temporal. Cuando el importe de la pensión no se cuantifique en unidades monetarias, la base imponible se obtendrá capitalizando el importe anual del salario mínimo interprofesional (artículo 10.5. f)).

El tipo de gravamen a aplicar a la base imponible será el 1% (artículo 11.1 b)).

Para el *deudor*, al realizarse una adquisición onerosa *inter vivos* del capital, estará sujeta a este Impuesto, y, será, por tanto, el sujeto pasivo (artículo 8 a)) y la base imponible será el valor real del bien transmitido menos el importe de la carga que supone la renta vitalicia valorada, de la misma manera que hemos referido para el pensionista.

Sin embargo, se le aplica como tipo de gravamen el 6% o el 4%, según que el capital entregado, consista en bienes inmuebles o muebles (artículo 11.1 a)).

IV. BIBLIOGRAFÍA.

ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Derecho civil*, II Derecho de obligaciones, decimocuarta edición, Madrid: Edisofer.

ANDREOLI, M. (1949). "La rendita vitalizia". En: F. Vassalli (dir.), *Trattato di Diritto Civile italiano, diretto da Filippo Vassalli, T. III*, *vol. VIII, Fasc. 4.º,* Italia: Torino.

BADENAS CARPIO, J.M. (1995), *La renta vitalicia onerosa. Estudio jurisprudencial y breve ensayo doctrinal*, Navarra: Aranzadi.

BAUDRY-LACANTINERIE, G., et WAHL, A. (1907). *Traité théorique et pratique de droit civil*, troisiéme édition, París.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTANO, J. (1963) *La renta vitalicia*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

CADARSO PALAU, J. (1998). "Contrato y donación en la renta vitalicia constituida a título gratuito", *LA LEY, T. I*, pp. 223 y siguientes.

CASTÁN TOBEÑAS, J. (1988). *Derecho Civil español común y foral*, *T*. IV Derecho de Obligaciones, decimocuarta edición, revisada y puesta al día por José Ferrandis Vilella, Madrid: Reus.

DE DIEGO, C. (1930). *Instituciones de Derecho Civil español,* T. II, Madrid.

DEL MORAL Y DE LUNA, A. (1952). "La renta vitalicia y su intimidad con la hipoteca de renta", *Revista de Derecho Privado, año XXXVI, núm. 427, octubre*, pp. 797 a 812.

DÍAZ GÓMEZ, M.J. (2016). "Comentarios a los artículos 1802 a 1808 del Código Civil". En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández, *Código Civil comentado*, vol. IV, 2.ª ed.., Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.

DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2018). *Sistema de Derecho Civil*, vol. II (T. 2) El contrato en especial, 12.ª ed., Madrid: Tecnos.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.ª, C. (2020). "En torno a la renta vitalicia", *Revista Boliviana de Derecho, número 30, julio*, pp. 230-275.

ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2004). "Sobre el contenido del contrato oneroso de renta vitalicia". En: J.M. González Porras y F.P. Méndez González (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García,* Murcia: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia.

ESPÍN CANOVAS, D. (1963). *Manual de Derecho Civil español*, vol. III Obligaciones y contratos, 6.ª ed., Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

GARCÍA AMIGO, M. (1997). *Derecho Civil de España*, I. Parte General, Madrid: Servicio de Publicaciones. Facultad de Derecho.

GOMA SALCEDO, J. E. (1960). "Principales problemas del contrato de renta vitalicia", *Revista de Derecho Notarial, julio-septiembre*.

GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, A. (1965). "La renta vitalicia y el pacto comisorio al artículo 1805". En: R. Martínez-Radio (dir.), *Estudios de Derecho Privado II*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (1987). "Comentario al artículo 1257 del Código Civil". En: M. Albaladejo (dir.), *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales, T. XVII, vol. 1-A*, Madrid: Edersa.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. (1869). *Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil español. Tratado de las Obligaciones*, 1.ª ed., T. V, Madrid.

GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil": En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. XXII, vol. 1.º*, Madrid: Edersa.

GUIMERA, M. (1954). "Renta vitalicia y condición resolutoria", *Revista de Derecho Privado, T. XXVIII*, pp. 211 a 223.

JORDANO BAREA, J.B. (1958). *La categoría de los contratos reales,* Barcelona: Bosch.

LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al*. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, II Derecho de Obligaciones, vol. II contratos, cuasicontratos. Delito y cuasidelito, 5.ª edición revisada y puesta al día por Fco. Rivero Hernández, Madrid: Dykinson.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil*, III Contratos, vigesimoprimera edición, Madrid: Marcial Pons.

LAURENT, F. (1878). *Principes de Droit Civil français*, *Tome XXVII*, Bruxelles-Paris.

MANRESA Y NAVARRO, J.M.ª . (1931). "Comentario al artículo 1803 del Código Civil", *Comentarios al Código Civil español, T. XII*, 4.ª edición corregida y aumentada, Madrid: Reus.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2016). "El contrato de renta vitalicia". En: C. Martínez Aguirre de Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, T. II Derecho de Obligaciones, vol. II Contratos y responsabilidad civil, Madrid: Edisofer.

MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M.ª . (2023). "El contrato de renta vitalicia". En: J.R. De Verda y Beamonte (coord.), *Derecho Civil II (Obligaciones y contratos),* 6.ª ed., Valencia: tirant lo blanch.

MEDINA DE LEMUS, M. (2004). *Derecho Civil*. Obligaciones y contratos, T. II, vol. 2.º, Contratos en particular, Madrid: Edisofer.

MOSCARINI, P. (1970). *Il negozi a favore di terzo*, Milano.

PACIFICI-MAZZONI, E. (1913). *Istituzione di Diritto Civile*, vol. V, Parte 2.ª, con note di Venzi, Firenze.

PERLINGIERI, G. (2015). "La scelta della disciplina applicabile al C.DD "Vitalizi impropi". Reflessioni in tema di aleatorietá della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti", *Actualidad Jurídica Iberoamericana, número 2, febrero*, pp. 157-210.

PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J. (1966). *Anotaciones al Derecho de Obligaciones de Ludwig Enneccerus*, vol. II Doctrina especial, 2.ª Parte, Barcelona: Bosch.

PÉREZ GURREA, R. (2011). "La renta vitalicia y el contrato de alimentos: su régimen jurídico y consideraciones jurisprudenciales", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 725, mayo-junio*, pp. 1611-1797.

POVEDA DÍAZ, J. (2003). "Algunas cuestiones en torno al contrato de renta vitalicia", *Estudios Jurídico en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, T. II Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, Madrid: Thomson-Civitas.

PUIG BRUTAU, J. (1956). *Fundamentos de Derecho Civil*, T II, vol. II Contratos en particular. Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil*,* Barcelona: Bosch.

PUIG PEÑA, F. (1973). *Tratado de Derecho Civil español*, T. IV Obligaciones y contratos, vol. II Contratos en particular y demás fuentes de la obligación, 2.ª ed., Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

QUICIOS MOLINA, S. (2021). "Comentario a los artículos 1802 a 1808 del Código Civil". En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coor.), Comentarios al Código Civil, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

QUIÑONERO CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, Murcia: Universidad de Murcia.

— (1991). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *Comentarios del Código Civil. Ministerio de Justicia, T. II*, Madrid: Secretaria Técnica. Centro de Publicaciones

ROCA SASTRE, R, M.ª . Y ROCA-SASTRE I MUNCUNILL, L. (1979). *Derecho hipotecario*, IV-2, 7.ª ed., Barcelona: Bosch.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (1980). "La naturaleza "ob rem" de la obligación de renta vitalicia", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, año LVI, noviembre-diciembre, núm. 541*, pp. 1335 a 1356.

RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). "Comentario a los artículos 1802 a 1808 del Código Civil". En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. IX, Valencia: tirant lo balnch.

RODRÍGUEZ RAMOS, A.M. (2006). *La renta vitalicia gratuita*, Granada: Comares,

SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1899). *Estudios de Derecho Civil*, T. IV Derecho de las Obligaciones. Derecho de la Contratación, 2.ª ed., corregida y aumentada, Madrid.

TORAL LARA, E. (2009). *El contrato de renta vitalicia*, Madrid: La Ley.

— (2009). "Hipoteca inversa o contrato de renta vitalicia, una alternativa viable, *Actualidad Civil, número 16, septiembre*, pp. 1-14.

TRABUCCHI, A. (1993). *Institución di Diritto Civile,* 34.ª ed., Padova: Cedam.

TORRENTE, A. (1955). "Della renditia vitalizia", *Comentario del Codice Civile a cura di Sacialoja e Branca, Libro IV Delle Oblligazioni (artt. 1861-1932)*, 2.ª ed., Bologna.

URIARTE BERASATEGUI, J. (1950). "Revisión de las ideas (renta vitalicia)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 268*.

VALSECCHI, E. (1961). "La rendita perpetua e la rendita vitalizia". En: A. Cicu y F, Messineo (dirs), *Trattato di Diritto Civile e Commerciale, vol. XXXVII, T. I*, Milano: Giuffrè Editore.

— (1961). *La rendita perpetua e la rendita vitalizia*, Milano, Giuffré

VALVERDE Y VALVERDE, C. (1926). *Tratado de Derecho Civil español*, T. III Parte especial. Derechos personales o de obligaciones, 3.ª ed., Valladolid.

VARQUER ALOY, A. (2015). *El seguro de renta vitalicia y la herencia*, Madrid: Atelier.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

- STS, Sala de lo Civil, 27 junio 1906.
- STS, Sala de lo Civil, 12 octubre 1912.
- STS, Sala de lo Civil, 16 diciembre 1930.
- STS, Sala de lo Civil, 2 marzo 1956.
- STS, Sala de lo Civil, 31 octubre 1960.
- STS, Sala de lo Civil, 7 julio 1987.
- STS, Sala de lo Civil, 30 noviembre 1987.

- STS Sala de lo Civil, 22 septiembre 1988.
- STS, Sala de lo Civil, 27 febrero 1989.
- STS, Sala de lo Civil, 22 diciembre 1989.
- STS, Sala de lo Civil, 9 febrero 1990.
- STS, Sala de lo Civil, 31 enero 1991.
- STS, Sala de lo Civil, 8 mayo 1992.
- STS, Sala de lo Civil, 2 julio 1992.
- STS, Sala de lo Civil, 21 octubre 1992.
- STS, Sala de lo Civil, 11 noviembre 1994.
- STS, Sala de lo Civil, 18 enero 1996.
- STS, Sala de lo Civil, 11 julio 1997.
- STS, Sala de lo Civil, 26 julio 1997.
- STS, Sala de lo Civil, 23 abril 1998.
- STS, Sala de lo Civil, 14 mayo 2002.
- STS, Sala de lo Civil, 30 julio 2002.
- STS, Sala de lo Civil, 15 septiembre 2002.
- STS, Sala de lo Civil, 7 junio 2007.
- STS, Sala de lo Civil, 8 junio 2007.
- STS, Sala de lo Civil, 8 julio 2008.
- RDGRN 21 diciembre 1943.
- RDGRN 31 mayo 1951.
- RDGRN 26 abril 1991.
- RDGRN 4 abril 2005.
- RDGRN 19 noviembre 2009.
- RDGRN 5 abril 2013.
- RDGRN 11 julio 2013.
- RDGRN 21 noviembre 2014.
- RDGRN 8 noviembre 2018.
- RDGSJFP 19 abril 2021.
- RDGSJFP 21 diciembre 2022.
- RDGSJFP 21 MARZO 2023.
- STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª, 18 septiembre 2006.
- STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª, 14 febrero 2008.
- SAP Sevilla, 11 febrero 1992.
- SAP Ourense, 1 octubre 1994.
- SAP Segovia, 24 abril 1996.
- SAP Sevilla, 17 diciembre 1996.
- SAP Murcia, secc. 1.ª, 30 noviembre 1998.
- SAP Cádiz, secc. 6.ª (Ceuta), 12 febrero 2000.
- SAP A Coruña, secc. 3.ª, 21 marzo 2000.

- SAP Cáceres, secc. 1.ª, 15 mayo 2000.
- SAP Barcelona, secc. 14.ª, 29 mayo 2000.
- SAP Zaragoza, secc. 4.ª, 7 junio 2000.
- SAP Islas Baleares, secc. 4.ª, 31 junio 2000.
- SAP Toledo, secc. 2.ª, 2 mayo 2001.
- SAP Girona, secc. 1.ª, 31 de mayo de 2001.
- SAP Zaragoza, secc. 2.ª, 25 julio 2001.
- SAP Vizcaya, secc. 4.ª, 22 febrero 2002.
- SAP Cádiz, secc. 2.ª, 12 abril 2002.
- SAP Asturias, secc. 5.ª, 17 septiembre 2002.
- SAP Soria, secc. 1.ª, 3 octubre 2003.
- SAP Guipúzcoa, secc. 3.ª, 30 septiembre 2004.
- SAP Barcelona, secc. 17.ª, 23 diciembre 2004.
- SAP Asturias, secc. 7.ª, 10 febrero 2005.
- SAP Guadalajara, secc. 1.ª, 27 abril 2005.
- SAP Vizcaya, secc. 3.ª, 1 febrero 2006.
- SAP Barcelona, secc. 17.ª, 3 marzo 2006.
- SAP Barcelona, secc. 12.ª, 8 marzo 2007.
- SA Valencia, secc. 10.ª, 29 septiembre 2009.
- SAP Las Palmas, secc. 5.ª, 16 junio 2009.
- SAP Islas Baleares, secc. 5.ª, 25 de enero 2013.
- SAP Murcia, secc. 4.ª, 13 junio 2013.
- SAP Islas Baleares, secc. 4.ª, 18 marzo 2014.
- SAP Salamanca, secc. 1.ª, 18 febrero 2014.
- SAP Barcelona, secc. 17.ª, 3 junio 20015.
- SAP Barcelona, secc. 14.ª, 10 diciembre 2015.
- SAP Islas Baleares, secc. 3.ª, 15 junio 2016.
- SAP Tarragona, secc. 1.ª, de 27 de julio 2016.
- SAP Granada, secc. 5.ª, 23 diciembre 2016.
- SAP León, secc. 2.ª, 29 abril 2019.
- SAP Madrid, secc. 21.ª, 22 septiembre 2020.
- SAP Islas Baleares, secc. 3.ª, 16 mayo 2022.

NOTAS

Asimismo, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª, de 30 de noviembre de 2023 (Roj. SAP M 18818/2023; ECLI:ES:APM:2023:18818).

Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de octubre de 2023 (Roj. STS 4414/2023; ECLI:ES:TS:2023:4414) que añade que "la pensión compensatoria entre de lleno en el marco de las facultades dispositivas que corresponden a los cónyuges, los cuales cuentas con la capacidad vinculante de configurarla de la forma que estime oportuna. Son, por tanto, perfectamente válidos los pactos relativos a su renuncia, cuantía, límites temporales, capitalización".

[1] Para MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M.ª . (2023). "El contrato de renta vitalicia". En: J.R. De Verda y Beamonte (coord.), *Derecho Civil II (Obligaciones y contratos),* 6.ª ed., Valencia: tirant lo blanch, p. 568 "el contrato de renta vitalicia presenta grandes ventajas frente a otras figuras jurídicas, como el contrato de alimentos que se configura, exclusivamente, como una figura asistencial, mientras que el contrato de renta vitalicia también constituye un mecanismo de ahorro y previsión no vinculado a las necesidades del rentista". Además, para la autora "el contrato de renta vitalicia carece del carácter mercantil de la actividad aseguradora o crediticia".

[2] Vid., la resolución de la DGRN e 4 de abril de 2005 (RJ 2005, 3603); y, la resolución de la DGSJYFP de 21 de marzo de 2023 (BOE, número 95, 21 de abril de 2023, pp. 56279 a 56292) en ambas se acuerda un usufructo con carácter vitalicio. Por su parte, en la resolución de la DGRN de 19 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 5943) se procede a la venta de la nuda propiedad del piso perteneciente a una de las hermanas, pactándose la constitución de un usufructo sucesivo a favor de las dos hermanas.

[3] Vid., la resolución de la DGRN de 21 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 6418).

[4] Vid., asimismo 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 préstamo o crédito.

[5] Un estudio general del seguro de renta vitalicia, VARQUER ALOY, A. (2015). *El seguro de renta vitalicia y la herencia*, Madrid: Atelier.

[6] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTANO, J. (1963) *La renta vitalicia*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 14; QUIÑONERO CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, Murcia: Universidad de Murcia, p. 11; VALSECCHI, E. (1961). "La rendita perpetua e la rendita vitalizia". En: A. Cicu y F, Messineo (dirs), *Trattato di Diritto Civile e Commerciale, vol. XXXVII, T. I*, Milano: Giuffrè Editore, p. 110; GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil": En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. XXII, vol. 1.º*, Madrid: Edersa, pp. 383-384; TORAL LARA, E. (2009). *El contrato de renta vitalicia*, Madrid: La Ley, pp. 16-31.

[7] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1963). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* pp. 15 a 16; GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 385; QUIÑONERO CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 14.

[8] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1963*). La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 16; QUIÑONERO CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 15.

[9] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1963). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 17.

[10] QUIÑONERO CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 17.

[11] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1963). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 18; GOMA SALCEDO, J. E. (1960). "Principales problemas del contrato de renta vitalicia", *Revista de Derecho Notarial, julio-septiembre*, p. 312; DEL MORAL Y DE LUNA, A. (1952). "La renta vitalicia y su intimidad con la hipoteca de renta", *Revista de Derecho Privado, año XXXVI, núm. 427, octubre*, p. 797.

[12] CADARSO PALAU, J. (1998). "Contrato y donación en la renta vitalicia constituida a título gratuito", *LA LEY, T. I*, p. 225.

[13] MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2016). "El contrato de renta vitalicia". En: C. Martínez Aguirre de Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, T. II Derecho de Obligaciones, vol. II Contratos y responsabilidad civil, Madrid: Edisofer, p. 294; MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M.ª . (2023). "El contrato de renta vitalicia", *op. cit.,* p. 567.

[14] Vid., la Resolución de la DGSJYFP de 21 de diciembre de 2022 (BOE, número 29, de 3 de febrero de 2023, pp. 15372 a 15377).

[15] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 388; BELTÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1963). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* pp. 27 a 31; PÉREZ GURREA, R. (2011). "La renta vitalicia y el contrato de alimentos: su régimen jurídico y consideraciones jurisprudenciales", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 725, mayo-junio*, p. 1709.

[16] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 383; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1963). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 13;

[17] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *Últ. Lug.Cit.*.

[18] LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al*. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, II Derecho de Obligaciones, vol. II contratos, cuasicontratos. Delito y cuasidelito, 5.ª edición revisada y puesta al día por Fco. Rivero Hernández, Madrid: Dykinson, p. 305.

[19] QUIÑONERO CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 99.

[20] BADENAS CARPIO, J.M. (1995), *La renta vitalicia onerosa. Estudio jurisprudencial y breve ensayo doctrinal*, Navarra: Aranzadi, p. 124.

[21] ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Derecho civil*, II Derecho de obligaciones, decimocuarta edición, Madrid: Edisofer, p. 841. En esta línea, LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil*, III Contratos, vigesimoprimera edición, Madrid: Marcial Pons, p. 841 conceptúa el contrato de renta vitalicia como "aquel por el que una parte, a cambio de una cosa, cuya propiedad se le transmite, se obliga a pagar a la otra una pensión durante la vida de una o más determinadas". Asimismo, RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil". En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. IX, Valencia: tirant lo blanch, p. 12357 para quien "la renta vitalicia constituye una obligación que tiene por objeto una prestación periódica que habrá de cumplirse mientras vivan una o varias personas". Más estrictamente señala que "la renta vitalicia es una relación obligatoria de carácter aleatorio y duradero por medio de la cual una persona (deudor) se obliga a pagar a otra (rentista o acreedor) una prestación periódica, consistente en dinero o en especie, durante el tiempo de duración de la denominada "vida contemplada" que actúa como módulo objetivo de la relación *("dies certus an, incertus quando*")".

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de mayo de 1940 (RJ 1940, 416 bis) indica que en el contrato de renta vitalicia "se conciertan la entrega de un capital formado por determinados bienes, cuyo dominio se transfiere a cambio de la obligación que uno contrae de entregar a otro la renta anual durante toda su vida, circunstancias esenciales

del contrato de renta". Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de julio 1987 (RJ 1997, 6152).

Por el contrario, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de marzo de 1940 (RJ 1940, 416 bis) entiende que "el contrato de renta vitalicia es un contrato real y oneroso, perfeccionándose por el cambio de dominio de los bienes que en él juegan, siendo la entrega de esos bienes y el pago de esas rentas la contraprestación a que se obligan los contratantes". Vid., también la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, de 1 de octubre de 1994 (AC 1994, 1739).

[22] GULLÓN BALLESTEROS, A. (1972). *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, p. 364.

[23] BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, p. 179.

[24] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, L. (1963). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 34.

[25] DEL MORAL Y DE LUNA, A. (1952). "La renta vitalicia y su intimidad con la hipoteca de renta", *op. cit.*, pp. 805-807.

[26] BADENAS CARPIO, J.M. (1995). La renta vitalicia onerosa, *op. cit.,* pp. 179-180.

[27] ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2004). "Sobre el contenido del contrato oneroso de renta vitalicia". En: J.M. González Porras y F.P. Méndez González (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García,* Murcia: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, p. 1412.

[28] RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (1980). "La naturaleza "ob rem" de la obligación de renta vitalicia", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, año LVI, noviembre-diciembre, núm. 541*, pp. 1335 a 1337. Asimismo, vid., MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.ª . (2023). "El contrato de renta vitalicia", *op. cit.,* p. 568.

En parecidos términos, se pronuncia RODRÍGUEZ RAMOS, A.M. (2006). *La renta vitalicia gratuita*, Granada: Comares*,* p. 63 cuando concluye que "la obligación de pagar la renta que nace a cambio de un capital en bienes muebles o inmuebles tiene naturaleza *propter rem* una vez que se haya garantizado con hipoteca. Si la renta vitalicia es gratuita o sin desplazamiento, sin afectación expresa de bienes, sólo existe un derecho de crédito con eficacia *res inter alios acta*. Si constituyente y beneficiario afectan uno o varios bienes concretos para ejecutar hipotecariamente en caso de incumplimiento, la obligación de renta vitalicia gratuita será *propter rem*. Por último, si quisieran constituir la renta vitalicia como derecho real, a su juicio, nada en Derecho se lo impediría, y sólo les bastaría con decirlo".

[29] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1963). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* pp. 34 a 38; GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código civil", *op. cit.,* pp. 392 a 393; BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.,* p. 178 y en especial p. 180; QUIÑONERO CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 39; ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2004) "Sobre el contenido del contrato oneroso de renta vitalicia", *op. cit.,* pp. 1412 a 1 413; PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J. (1966). *Anotaciones al Derecho de Obligaciones de Ludwig Enneccerus*, vol. II Doctrina especial, 2.ª Parte, Barcelona: Bosch, p. 776; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2016). "El contrato de renta vitalicia", *op. cit.,* p. 296; PÉREZ GURREA, R. (2011). "La renta vitalicia y el contrato de alimentos: su régimen jurídico y consideraciones jurisprudenciales", *op. cit.,* p. 1711; DÍAZ GÓMEZ, M.J. (2016). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil". En: A. Cañizares Laso; P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno; R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado,* vol. IV., 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, p. 998; QUICIOS MOLINA, S. (2021). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil".

En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir), *Comentario al Código Civil*, Cizur Menor (Navrra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 2255.

[30] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de mayo de 1992 (RJ 1992, 3891); y, la de 11 de julio de 1997 (RJ 1997, 6152).

[31] Vid., las Resoluciones de la DGRN de 21 de diciembre de 1943 (RJ 1943, 1448*)* añade, asimismo, que no varía tal naturaleza el hecho de garantizar con una finca el pago de las pensiones y a este respecto el derecho real de hipoteca es el más adecuado, a pesar de las particularidades tan interesantes que presenta su aplicación a la renta vitalicia; y, la de 31 de mayo de 1951 (RJ 1951, 2035) igualmente, entiende que no se modifica el carácter y efectos de la renta por garantizarse con un derecho real.

[32] DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2018). *Sistema de Derecho Civil*, vol. II (T. 2) El contrato en especial, 12.ª ed., Madrid: Tecnos, p. 201; MEDINA DE LEMUS, M. (2004). *Derecho Civil*. Obligaciones y contratos, T. II, vol. 2.º, Contratos en particular, Madrid: Edisofer, p. 565.

[33] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1963). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 38.

[34] QUIÑONERO CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 33 señala que "si admitiésemos el carácter real, simplemente mencionado en el artículo 1802, la relación de renta vitalicia raramente se constituiría, pues, teniendo en cuenta su natural larga duración, nadie la constituiría normalmente, pues sería difícil prever el pago seguro de las rentas y todo el mundo se recataría ante la posibilidad de tener que devolver el capital, merced a su "inseparable carga real", después de haber pagado, durante cierto tiempo, las pensiones".

[35] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código civil", *op. cit.,* pp. 393-394; BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.,* pp. 178-179; RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 12359 añade a los expuestos los siguientes argumentos:. "a) La conveniencia de constituir la renta vitalicia junto a un negocio de garantía (hipoteca, prenda) o aseguramiento (seguro) de las rentas futuras (artículo 1805 *in fine* del Código Civil) evidencia el carácter personal de la renta vitalicia, que sería totalmente inconcebible si se tratase de una situación de carácter real (v.gr., si fuere una especie de ceso o de carga real sobre el inmueble con el que se constituye); b) A este argumento sobre la naturaleza persona de la renta vitalicia, cabe añadir otro de carácter histórico. La desaparición en nuestro Código Civil de los viejos censos vitalicios y la regulación de la renta vitalicia como un contrato explican la decidida voluntad del legislador de mudar o sustituir su originaria naturaleza como derecho de naturaleza real (cfr., censo vitalicio) por otro de naturaleza personal. El hecho que la renta vitalicia pueda ser constituida no sólo mediante contrato, no constituye un obstáculo a su naturaleza estrictamente obligacional".

[36] Resolución de la DGRN de 21 de diciembre de 1943 (RJ 1943, 1448).

[37] BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.,* p. 168.

[38] DE CASTRO Y BRAVO, F. (1985). *El negocio jurídico*, Madrid: Civitas, reimpresión 1991, pp. 286-287.

[39] PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J., (1966). *Anotaciones al Derecho de Obligaciones de Enneccerus L.*, *op. cit.,* p. 778.

[40] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código civil", *op. cit.,* p. 404.

[41] ESPÍN CANOVAS, D. (1963). *Manual de Derecho Civil español*, vol. III Obligaciones y contratos, 6.ª ed., Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 716; SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1899). *Estudios de Derecho Civil*, T. IV Derecho de las Obligaciones. Derecho de la

Contratación, 2.ª ed., corregida y aumentada, Madrid, p. 826; VALVERDE Y VALVERDE, C. (1926). *Tratado de Derecho Civil español*, T. III Parte especial. Derechos personales o de obligaciones, 3.ª ed., Valladolid, p. 604; DE DIEGO, C. (1930). *Instituciones de Derecho Civil español,* T. II, Madrid, pp. 258 a 259; PUIG PEÑA, F. (1973). *Tratado de Derecho Civil español*, T. IV Obligaciones y contratos, vol. II Contratos en particular y demás fuentes de la obligación, 2.ª ed., Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 544; CASTÁN TOBEÑAS, J. (1988). *Derecho Civil español común y foral*, *T*. IV Derecho de Obligaciones, decimocuarta edición, revisada y puesta al día por José Ferrandis Vilella, Madrid: Reus, p. 738.

Asimismo, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de mayo de 1940 (RJ 1940, 416 bis); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Ourense de 1 de octubre de 1994 (AC 1994, 1739); y, de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3.ª, de 30 de mayo de 2000 (JUR 2000, 181275).

[42] ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2004). "Sobre el contenido del contrato oneroso de renta vitalicia", *op. cit.,* p. 1414.

[43] GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, A. (1965). "La renta vitalicia y el pacto comisorio al artículo 1805". En: R. Martínez-Radio (dir.), *Estudios de Derecho Privado II*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 273.

[44] JORDANO BAREA, J.B. (1958). *La categoría de los contratos reales,* Barcelona: Bosch, p. 133.

[45] GOMA SALCEDO, J. E. (1960). "Principales problemas del contrato de renta vitalicia", *op. cit.,* p. 321.

[46] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código civil", *op. cit.,* p. 404.

[47] BELTÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1963). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* pp. 83 a 84; GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código civil", *op. cit.,* pp. 404-405; BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.,* pp. 169 a 170; ECHEVARRÍA DE RADA. T. (1995). "Sobre el contenido del contrato oneroso de renta vitalicia", *op. cit.,* pp. 1414 a 1415; GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, A. (1965). "La renta vitalicia y el pacto comisorio al artículo 1805", *op. cit.,* pp. 274 a 275, POVEDA DÍAZ, J. (2003). "Algunas cuestiones en torno al contrato de renta vitalicia", *Estudios Jurídico en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, T. II Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, Madrid: Thomson-Civitas, p. 2832; QUIÑONERO CERVANTES, E. (1991). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *Comentarios del Código Civil. Ministerio de Justicia, T. II*, Madrid: Secretaria Técnica. Centro de Publicaciones, p. 1758; DEL MORAL Y DE LUNA, A. (1952). "La renta vitalicia y su intimidad con la hipoteca de renta", *op. cit.,* p. 801; GOMA SALCEDO, J. E. (1960). "Principales problemas del contrato de renta vitalicia", *op. cit.,* p. 322; PUIG BRUTAU, J. (1956). *Fundamentos de Derecho Civil*, T II, vol. II Contratos en particular. Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil*,* Barcelona: Bosch, p. 501; JORDANO BAREA, J.B. (1958). *La categoría de los contratos reales*, *op. cit*., p. 72; LACRUZ BERDEJO J.L. *et al*. (2011). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 307. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 1987 (RJ 1987, 5184).

[48] Vid., GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código civil", *op. cit.,* p. 405; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1963). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* pp. 81 a 82; BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.,* p. 170; GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, A. (1965). "La renta vitalicia y el pacto comisorio al artículo 1805", *op. cit.,* p. 274.

[49] DEL MORAL Y DE LUNA, A. (1952). "La renta vitalicia y su intimidad con la hipoteca de renta", *op. cit.,* p. 801.

[50] Vid., las Resoluciones de la DGRN de 11 de julio de 2013 (RJ 2013, 6140); de 8 de noviembre de 2018 (BOE, número 288, de 29 de noviembre de 2018, pp. 116629 a 116637); y de la DGSJFP de 19 de abril de 2021 (BOE, número 111, de 10 de mayo de 2021, pp. 56084 a 56090).

[51] MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2016). "El contrato de renta vitalicia", *op. cit.,* p. 296.

[52] DE DIEGO, C. (1930). *Instituciones de Derecho Civil español*, *op. cit.,* p. 258: PUIG BRUTAU, J. (1956). *Fundamentos de Derecho Civil, op. cit.,* pp. 499 a 502; CASTÁN TOBEÑAS, J. (1988). *Derecho civil español, común y foral, op. cit.,* p. 738; SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1899). *Estudios de Derecho Civil*, *op. cit.,* pp. 826-827; ESPÍN CANOVAS, D. (1963). *Manual de Derecho Civil español*, *op. cit.,* pp. 716-717.

[53] RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* pp. 12360 a 12365; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.ª . C. (2020). "En torno a la renta vitalicia", *Revista Boliviana de Derecho, número 30, julio*, pp. 239-245. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de marzo de 1956 (RJ 1956, 1138); de 13 de mayo de 1959 (RJ 1959, 1999); la sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª, de 18 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 8118); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 17.ª, de 3 de junio de 2015 (JUR 2015, 227192).

[54] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código civil", *op. cit.,* pp. 400 a 401; QUIÑONERO CERVANTES, E. (1991). "Comentario al artículo 1802 del Código civil", *op. cit.,* p. 1759; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 350; TORAL LARA, E. (2009). "Hipoteca inversa o contrato de renta vitalicia, una alternativa viable, *Actualidad Civil, número 16, septiembre*, p. 5; QUICIOS MOLINA, S. (2021). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 2254. Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de enero de 1996 (RJ 1996, 246); las Resoluciones de la DGRN de 31 de mayo de 1951 (RJ 1951, 2035); y, de 31 de mayo de 1991 (RJ 1991, 2035); y, las sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5.ª, de 17 de diciembre de 1996 (AC 1996, 2378); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 30 de noviembre de 1998 (JUR 1998, 30778); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 17.ª, de 3 de junio de 2015 (JUR 2015, 227192).

[55] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1963). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* pp. 73 a 74; RODRÍGUEZ RAMOS, A.M. (2006). *La renta vitalicia gratuita*, Granada: Comares, p. 10. Vid., también las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 1987 (RJ 1987, 5184); y, la de 9 de febrero de 1990 (RJ 1990, 673); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5.ª, de 17 de diciembre de 1996 (AC 1996, 2378).

Para DÍAZ GÓMEZ, M.J. (2016). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 997 la aleatoriedad "es un tipo de equilibrio oneroso en el que las partes tienen en cuenta junto a las atribuciones patrimoniales previstas para cada hipotético resultado, las posibilidades o probabilidades de cada uno de ellos".

[56] QUIÑONERO CERVANTES, E. (1991). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1759; GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código civil", *op. cit.,* p. 401.

[57] GUILARTE ZAPATERO, V., *Últ. Lug.Cit.*.

[58] BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.,* pp. 186-187.

[59] BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.,* p. 187; QUIÑONEROS CERVANTES, E. (1991). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1759.

[60] BADENAS CARPIO, J.M., *Últ. Lug. Cit.*; QUIÑONERO CERVANTES, E., *Últ. Lug. Cit.*; GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código civil", *op. cit.,* p. 401.

[61] BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.,* p. 186.

[62] RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 12361 indica al respecto que "no es el contrato de renta vitalicia un negocio sujeto a condición suspensiva o resolutoria, pues aquél despliega todos sus efectos desde el mismo momento de su constitución, y además la vida contemplada no opera como una circunstancia accidental del contrato, sino como término final del mismo".

[63] QUIÑONERO CERVANTES, E. (1991). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1759; del mismo autor (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 91; GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código civil", *op. cit.,* p. 403; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1963). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 72.

[64] QUIÑONERO CERVANTES, E., *Últ. Lug. Cit.;* GUILARTE ZAPATERO, V., *Últ. Lug.Cit.*; RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 12361.

Por su parte, LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2011). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 307 señala que procedería la rescisión por lesión si la renta no se correspondiera razonablemente, en función de la probabilidad de vida, al capital entregado, salvo que las partes estuvieran de acuerdo en ello, en cuyo caso el negocio sería *mixtum cum donatione*.

Asimismo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª, de 2 de junio de 1997 (RJ 1998, 7758) declara improcedente la rescisión por lesión en la renta vitalicia sobre la base del carácter aleatorio de este contrato, y, el ánimo de liberalidad en el cedente. En el mismo sentido, si bien, solo sobre la base de la aleatoriedad del contrato, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3.ª, de 30 de mayo de 2000 (AC 2000, 181275). En contra, sin embargo, se pronuncia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª, de 18 de septiembre de 2006 (La Ley, año XXVII, núm. 6598, 24 de noviembre de 2006) en cuyo *Fundamento de Derecho Séptimo* señala que *"*no vemos razones jurídicas válidas para negar en aquello contratos aleatorios en los que sea posible valorar el riesgo y, por ende, la proporcionalidad de las prestaciones la posibilidad de la existencia de lesión. Del mismo modo que, es plenamente factible apreciar elementos aleatorios en contratos conmutativos como el de compraventa y en base a ello negar la rescisión".

Por su parte, La Ley 503 del Fuero Nuevo o Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra excluye la acción de rescisión en los contratos aleatorios al disponer en su apartado primero que: *"No tendrá lugar la rescisión en los contratos de simple liberalidad, aleatorios o sobre objeto litigioso"*.

[65] PUIG PEÑA, F. (1973). *Tratado de Derecho Civil español*, *op. cit.,* p. 543; SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1899). *Estudios de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 827; ESPÍN CANOVAS, D. (1963). *Manual de Derecho Civil español, op. cit.,* p. 716; CASTÁN TOBEÑAS, J. (1988). *Derecho civil español, común y foral*, *op. cit.,* p. 738; PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUEZ, J. (1966). *Anotaciones al Derecho de obligaciones de Enneccerus L., op. cit.,* p. 778; RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 12362.

[66] LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 307.

[67] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 406; DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLSTEROS, A. (2018). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 201; ECHEVARRÍA DE RADA. M.ª .T. (2004). "Sobre el contenido del contrato oneroso de renta vitalicia", *op. cit.,* p. 1415; BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.,* pp. 166-167; DEL MORAL Y DE LUNA, A. (1952). "La renta vitalicia y su intimidad con la hipoteca de renta", *op. cit.,* p. 801; QUICIOS MOLINA, S. (2021). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 2254.

Asimismo, define la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5.ª, de 17 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 2378) que el contrato de renta vitalicia es un contrato sinalagmático, típico y aleatorio, de cuyos perfiles jurídicos las partes no pueden salirse pactando cláusulas que contradicen su propia esencia.

[68] Nada impide que el acto de transmisión deje de ser simultáneo, obligándose entonces el pensionista a la entrega del capital. En todo caso, como precisa JORDANO BAREA, J.B. (1999). *La categoría de los contratos reales*, *op. cit.*, p. 72 "ésta se llevará a cabo *solvendi causa*, hasta tal punto que, aun después de la entrega, la ley tiene en cuenta la obligación de entrega a ciertos efectos (saneamiento por evicción)",

[69] ECHEVARRÍA DE RADA, M.ª .T. (2004). "Sobre el contenido del contrato oneroso de renta vitalicia", *op. cit.,* p. 1415; RODRÍGUEZ RAMOS, A.M. (2006). *La renta vitalicia gratuita*, *op. cit.,* p. 29.

[70] BELTRÁN DE HEREDIA, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 86.

[71] En tal sentido, se pronuncia DEL MORAL Y DE LUNA, A. (1952). La renta vitalicia y su intimidad con la hipoteca de renta, *op. cit.,* p. 801.

[72] DE ARZUA Y HOSCOS, P.J. (1949). La renta vitalicia resoluble (Estudios de su posibilidad), *Revista de Derecho Privado, T. XXXIII, enero-diciembre,* p. 1046.

Por su parte, LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 352 señala "la resolución contemplada en el artículo 1124 del Código Civil tiene perfecto encaje en el supuesto de incumplimiento, no de la obligación del pago de la renta, sino de la obligación de prestar aseguramiento al no encontrarse en la prohibición del artículo 1805".

[73] Igualmente, habrá de contar con la voluntad de quien recibe la renta para que la renta exista, en la dación en pago, contrato a favor de tercero, o en cualquier otra fuente gratuita de renta vitalicia.

[74] RODRÍGUEZ RAMOS, A, M. (2006). *La renta vitalicia gratuita*, *op. cit.,* p. 32, *nota* 41 califica la renta vitalicia como negocio jurídico bilateral imperfecto.

[75] Sobre la teoría general del negocio jurídico y de la clasificación de los mismo en unilaterales, bilaterales y plurilaterales, vid., GARCÍA AMIGO, M. (1997). *Derecho Civil de España*, I. Parte General, Madrid: Servicio de Publicaciones. Facultad de Derecho, p. 574.

[76] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* pp. 406-407.

[77] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 1987 (RJ 1987, 5184); y, de 7 de junio de 2007 (RJ 2007, 5560).

[78] LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 308.

[79] BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.,* p. 158.

[80] En esta línea, vid., RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 12364.

[81] BADENAS CARPIO, J.M., *Últ. Lug. Cit.*; ECHEVARRÍA DE RADA, M.ª .T. (2004). "Sobre el contenido del contrato oneroso de renta vitalicia", *op. cit.,* p. 1415; BELTRÁN DE

HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* pp. 204-205; VALSECCHI, E. (1961). *La rendita perpetua e la rendita vitalizia*, Milano, Giuffré, p. 124; ANDREOLI, M. (1949). "La rendita vitalizia". En: F. Vassalli (dir.), *Trattato di Diritto Civile italiano, diretto da Filippo Vassalli, T. III*, *vol. VIII, Fasc. 4.º,* Italia: Torino, p. 98.

[82] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código civil", *op. cit.,* pp. 401-402.

[83] RODRÍGUEZ RAMOS, A.M. (2006). *La renta vitalicia gratuita*, *op. cit.,* pp. 47, 52, 53, y 65.

En esta línea, calificándolo de contrato aleatorio atípico, DE CASTRO Y BRAVO, F. (1985). *El negocio jurídico*, *op. cit.,* p. 273; y, en la doctrina italiana Trabucchi para quien es "aleatorio tanto el contrato de renta vitalicia gratuito como el oneroso"; TRABUCCHI, A. (1993). *Institución di Diritto Civile,* 34.ª ed., Padova: Cedam, p. 740.

[84] DE CASTRO Y BRAVO, F., *Últ. Lug.Cit.*.

[85] RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* pp. 12364-12365.

[86] QUIÑONEROS CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 25; RODRIGUEZ RAMOS, A.M. (2006). *La renta vitalicia gratuita*, *op. cit.,* p. 23; GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 393.

[87] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 47; VALSECCHI, E. (1961). "La rendita vitalizia", *op. cit,* p. 134.

[88] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 393.

[89] LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 307. Asimismo, vid., RODRÍGUEZ RAMOS, A.M. (2006). *La renta vitalicia gratuita*, *op. cit.,* p. 22; y, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de marzo de 1956 (RJ 1956, 1138).

[90] Vid., LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 306; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 350; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. (1869). *Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil español. Tratado de las Obligaciones*, 1.ª ed., T. V, Madrid, p. 138; SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1899). *Estudios de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 827. Asimismo, vid., la Resolución de la DGRN de 21 de diciembre de 1943 (RJ 1943, 1448).

[91] SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1899). *Estudios de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 828; MANRESA Y NAVARRO, J.M.ª . (1931). "Comentario al artículo 1803 del Código Civil", *Comentarios al Código Civil español, T. XII*, 4.ª edición corregida y aumentada, Madrid: Reus, p. 65; y, en algunas ocasiones, DEL MORAL Y DE LA LUNA, A. (1952). "La renta vitalicia y su intimidad con la hipoteca de renta", *op. cit.,* p. 801; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1963). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 57.

[92] LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 308; MEDINA DE LEMUS. M. (2004). *Derecho Civil.* Obligaciones y contratos, *op. cit.,* p. 566.

[93] VALSECCHI E. (1961). "La rendita vitalizia", *op. cit,* p. 171; ANDREOLI, M. (1949) "La renditia vitaliza", *op. cit.,* pp. 22-23.

[94] DEL MORAL Y DE LA LUNA (1952). A., "La renta vitalicia y su intimidad con la hipoteca de renta", *op. cit.,* p. 798.

[95] BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.,* pp. 129-130.

[96] DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2018). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 202.

[97] DEL MORAL Y DE LUNA, A. (1952). "La renta vitalicia y su intimidad con la hipoteca de renta", *op. cit.,* p. 801.

[98] ANDREOLI, M. (1949). "La renditia vitalizia"*, op. cit.,* p. 24; VALSECCHI, E. (1949). "La rendita vitalizia", *op. cit,* p. 170.

[99] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* pp. 411 a 412.

[100] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 91; ANDREOLI, M. (1949). "La renditia vitaliza", *op. cit.,* p. 22.

[101] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 91; GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 412.

[102] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1982). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 92; ANDREOLI, M. (1949). "La renditia vitaliza", *op. cit.,* pp. 31-32.

[103] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, sección 1.ª, de 3 de octubre de 2003 (AC 2004, 126).

[104] RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 12365 precisa que "lo que no puede ser constituida es una renta vitalicia en consideración a la duración o plazo de vida de una persona jurídica".

Vid., asimismo las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de mayo de 1991 (RJ 1991, 521) renta vitalicia otorgado por los representantes de sociedad anónima en favor de socios a cambio de cesión de acciones; y, de 26 de julio de 1997 (RJ 1997, 6307) renta vitalicia concedida por Junta General de accionista en favor de la viuda del consejero delegado de la sociedad; la Resolución de la DGRN de 5 de abril de 2013 (RJ 2013, 3673) se establece una pensión vitalicia a favor de los que alcancen la jubilación en el ejercicio de cargo de consejeros; y, las sentencias de la Audiencia provincial de Guadalajara, sección 1.ª, de 27 de abril de 2005 (AC 2005, 1961) establecimiento por los otorgantes a carga de sociedad tanto durante la vida laboral activa de los mismos como cuando alguno pasa a situación de jubilación o invalidez; de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.ª, de 17 de septiembre de 2002 (AC 2002, 1996) otorgamiento de pensión vitalicia a consejeros honorarios y a la viuda del consejero de la entidad demandada; y, de la misma Audiencia Provincial, sección 6.ª, de 14 de julio de 2003 (JUR 2003, 234932) concedido por el Consejo de Administración en favor de las viudas de consejeros honorarios de la sociedad.

[105] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, sección 2.ª, de 18 de noviembre de 2002 (JUR 2003, 120679) poder general otorgado que autoriza expresamente a contratar rentas vitalicias.

[106] QUIÑONERO CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 40.

[107] ANDREOLI, M. (1949). "La renditia vitalizia", *op. cit.,* p. 23.

[108] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* pp. 93-94.

[109] PÉREZ GURREA, R. (2011). "La renta vitalicia y el contrato de alimentos: su régimen jurídico y consideraciones jurisprudenciales", *op. cit.,* p. 1712; BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.,* p. 145.

[110] QUIÑONERO CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 41; GOMA SALCEDO, J. E. (1960) "Principales problemas del contrato de renta vi-

talicia", *op. cit.,* p. 335; MEDINA DE LEMUS, M. (2004). *Derecho civil*, *op. cit.,* pp. 566-567. En derecho italiano, ANDREOLI, M. (1949). "La renditia vitalizia", *op. cit.,* p. 24.

[111] BADENAS CARPIO, J. M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.,* pp. 142-143 y 228; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 96; GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario del artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* pp. 462-463.

[112] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 97.

[113] ANDREOLI, M. (1949). "La rendita vitaliza", *op. cit.,* pp. 24-25.

[114] LAURENT, F. (1878). *Principes de Droit Civil français*, *Tome XXVII*, Bruxelles-Paris, p. 311; BAUDRY-LACANTINERIE, G., et WAHL, A. (1907). *Traité théorique et pratique de droit civil*, troisiéme édition, París, p. 111.

[115] GUIILARNTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario del artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 463; BADENAS CARPIO, J. M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.,* p. 143.

[116] QUÑONERO CERVANTES, E. (1991). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1759; del mismo autor (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, *op. cit.,* pp. 43-44 En el mismo sentido, LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 351; y, en la doctrina italiana, ANDREOLI, M., *Últ. Lug.Cit.*. para quien "el nuevo legislador presume (salvo pacto en contrario) que el derecho de cada titular, desde su origen, es potencialmente referido a la totalidad de la renta, pero, limitado, en concreto, por idéntico derecho de los otros (*concursu partes fiunt*); con la consecuencia que si uno de los acreedores fallece, el derecho de los sobrevivientes viene automáticamente a expandirse, acreciendo la cuota relicta del difunto".

[117] El acrecimiento tendrá lugar, si las partes así lo pactan expresamente, o se deduce de su voluntad que la disposición de la renta se convino de manera conjunta a favor de todos ellos; siendo dudosa su operatividad, sin embargo, en el supuesto de solidaridad de acreedores.

[118] BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.,* p. 144.

[119] BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.,* p. 145; PUIG BRUTAU, J. (1956). *Fundamentos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 506 y *nota* 22.

[120] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 98; QUIÑONEROS CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 45; GOMA SALCEDO, J.E., "Principales problemas del contrato de renta vitalicia", *op. cit.,* p.335 para quien "como observa acertadamente Puig Brutau, el artículo 781 tiene por objeto limitar la duración de la obligación de pagar la renta, pero no el número de las personas beneficiarias. Generalmente, estas personas serán aquellas de cuya vida dependerá la existencia de la obligación, pero es posible que esté dispuesto de otra manera, en cuyo caso hay que suponer que dicho artículo se aplicará al número de personas "puestas en condición", pero no al de beneficiarios".

[121] QUIÑONERO CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 46; ESPÍN CANOVAS, D. (1963). *Manual de Derecho Civil español*, *op. cit.,* p. 717; CASTÁN TOBEÑAS, J., M.ª . (1988). *Derecho civil español, común y foral*, *op. cit.,* p. 742.

[122] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de julio de 2008 (RJ 2008, 3353); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, 24 de abril de 1996 (AC 1996, 646).

[123] RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 12365.

[124] MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2016). "El contrato de renta vitalicia", *op. cit.,* p. 294. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de julio de 2002 (RJ 2002, 8551).

Por otra parte, procede señalar que, esta obligación puede ser garantizada, como veremos de dos formas: o bien, estableciendo para el caso de incumplimiento, de una condición resolutoria expresa, a pesar del tenor literal del artículo 1805; o a través de una hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas regulada en el artículo 157 de la LH.

[125] QUIÑONERO CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 39, *nota* 60.

[126] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 102. En la misma línea, QUICIOS MOLINA, S. (2021). "Comentario al artículo 1803 del Código Civil", *op. cit.,* p. 2256. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 6366).

[127] Señala DÍAZ GÓMEZ, M.J. (2016). "Comentario al artículo 1803 del Código Civil", *op. cit,* p. 1002 que respecto al nombramiento sucesivo de varias personas perceptoras de la pensión "no entran en juego las limitaciones legales que prohíben las rentas perpetuas o duraderas más allá del segundo grado (ex artículo 785.3 CC)"; cuestión esta que como continúa precisando el autor "se debe trasladar propiamente a la duración de la vida módulo tomada en consideración en el contrato, pues es de ésta de la que se ha hecho depende, en puridad, la duración de la relación contractual".

[128] DÍAZ GÓMEZ, M.J. (2016). "Comentario al artículo 1803 del Código Civil", *op. cit,* p. 1000; QUICIOS MOLINA, S. (2021). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 2255; por su parte, PÉREZ GURREA, R. (2011). "La renta vitalicia y el contrato de alimentos: su régimen jurídico y consideraciones jurisprudenciales", *op. cit.,* p. 1712 precisa que resulta revocable, mientras no sea aceptado por el tercero, pero teniendo la aceptación de eficacia retroactiva. Asimismo, vid., PERLINGIERI, G. (2015). "La scelta della disciplina applicabile al C.DD "Vitalizi impropi". Reflessioni in tema di aleatorietá della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti", *Actualidad Jurídica Iberoamericana, número 2, febrero*, p. 203.

[129] QUIÑONERO CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, *op. cit.,* pp. 132-133; GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 466.

[130] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 471.

[131] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 467.

[132] En este sentido, señala QUIÑONEROS CERVATES, E. (1979). *La situación jurídica de renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 136 que el hecho de cobrar alguna de las pensiones, puede deducirse la aceptación y, por tanto, la irretroactividad derivada de la imposibilidad de ejercer el derecho potestativo de revocación. Por su parte, RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). "Comentario al artículo 1803 del Código Civil", *op. cit.,* p. 12381 indica que "la aceptación por el tercero no influye en la perfección del contrato de renta vitalicia, sino que genera la posibilidad que el beneficiario pueda exigir, por derecho propio y autónomo, el pago de la renta, y la imposibilidad d revocar por parte del estipulante". Asimismo, vid., DÍAZ GÓMEZ, M.J. (2016). "Comentario al artículo 1803 del Código Civil", *op. cit,* p. 1000.

[133] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 468.

[134] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* pp. 468 y 470. Y, para el contrato a favor de tercero, en general, vid., GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (1987). "Comentario al artículo 1257 del Código Civil". En: M. Albaladejo (dir.), *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales, T. XVII, vol. 1-A*, Madrid: Edersa, p. 394; DÍAZ GÓMEZ, M.J. (2016). "Comentario al artículo 1803 del Código Civil", *op. cit,* p. 1000 precisa que "tal revocación puede llevarse a cao mediante el mutuo disenso o también a través de actos unilaterales revocatorios concedidos a alguno de los sujetos permitidos, normalmente con carácter implícito, al estipulante por cuanto en su interés se había establecido tal beneficio al tercero"; MOSCARINI, P. (1970). *Il negozi a favore di terzo*, Milano, p. 140.

Sin embargo, nuestra jurisprudencia admite que la adquisición no resulta definitiva hasta que tenga lugar la aceptación del beneficiario, pues de no ser aceptada la renta, siempre correría el peligro de ser revocadas, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de diciembre de 1956 (RJ 1956, 4126)).

[135] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1803 del Código Civil", *op. cit.,* p. 470; TORRENTE, A. (1955). "Della renditia vitalizia", *Comentario del Codice Civile a cura di Sacialoja e Branca, Libro IV Delle Oblligazioni (artt. 1861-1932)*, 2.ª ed., Bologna*,* p. 118.

[136] QUIÑONEROS CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 136; RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). "Comentario al artículo 1803 del Código Civil", *op. cit.,* p. 12382.

[137] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1803 del Código Civil", *op. cit.,* pp. 469-470; TORRENTE, A. (1955). "Della renditia vitalizia", *op. cit.,* p. 119; QUIÑONERO CERVANTES, E. (1991). "Comentario al artículo 1803 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1763.

[138] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1803 del Código Civil", *op. cit.,* pp. 472-473. En contra, TORRENTE, A. (1955). "Della renditia vitalizia", *op. cit.,* pp. 119-120, al inclinarse por la aplicación a este supuesto del artículo 1874 y no el artículo 1411 del Código Civil italiano de 1942, de forma que opera el derecho de acrecer, salvo pacto en contrario.

Por su parte, QUIÑONERO CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de renta vitalicia*, *op. cit.,* pp. 138-138 prevé el acrecimiento siempre que, tratándose de una donación, lo hubiera dispuesto el donante; pero no admite tal acrecimiento en los demás casos, salvo el de la donación hecha conjuntamente a marido y mujer, si el donante no hubiese dispuesto lo contrario. Y, añade que "si el contrato fuese oneroso y la renta vitalicia constituida a favor de los terceros beneficiarios fuese la contraprestación debida a éstos por el estipulante. En este caso, el acrecimiento no es posible, porque perjudicaría ostensiblemente a los herederos del acreedor y, al mismo tiempo, y por tal concepto, al tercero beneficiario premuerto".

[139] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1803 del Código Civil", *op. cit.,* p. 472.

[140] QUIÑONEROS CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de renta vitalicia*, *op. cit.,* pp. 138-139; del mismo autor (1991). "Comentario al artículo 1803 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1763.

[141] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1803 del Código Civil", *op. cit.,* p. 467; TORRENTE, A. (1955), "Della renditia vitalizia", *op. cit.,* pp. 115-116.

[142] BELTRÁN DE HEREDIA, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 103 opta por "vida contemplada". Sin embargo, QUIÑONEROS CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica*

de renta vitalicia, *op. cit.,* pp. 75-76 prefiere hablar de vida módulo, vida objetivada, o más propiamente, de vida módulo objetivada.

[143] VALSECCHI, E. (1961). "La renditia vitalizia", *op.cit.,* p. 122; QUIÑONEROS CERVANTES, E. (1991). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* pp. 1760-1761; RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 12366.

[144] GUILARTE ZAPATERO, V., (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 413; BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.,* p. 223; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2016). "El contrato de renta vitalicia", *op. cit.,* p. 294; MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M.ª . (2023). "El contrato de renta vitalicia", *op. cit.,* p. 569.

[145] MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2016). "El contrato de renta vitalicia", *op. cit.,* pp. 294-295.

[146] MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M.ª . (2023). "El contrato de renta vitalicia", *op. cit.,* p. 569.

[147] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 476.

[148] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 413.

[149] BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.,* p. 223.

[150] BUTERA, A (1935). *Del contratto vitalizio*, Torino, p. 70 que lo califica de condición resolutoria.

[151] VALSECCHI, E. (1961). La renditia vitalizia, *op. cit.,* p. 123.

[152] QUIÑONEROS CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 82.

No han faltado autores en la doctrina italiana, para quienes el elemento de la existencia de la vida contemplada con respecto al vencimiento de cada una de las prestaciones periódicas del deudor funciona como condición suspensiva, al que se subordinan (ANDREOLI, M. (1949). "La renditia vitalizia", *op. cit.,* pp. 61-62). En contra de tal planteamiento, VALSECCHI, E. (1961). "La renditia vitalizia", *op.cit.,* p. 123, objeta que "en verdad, no parece correcto que la prestación no sea debida, sino se ha verificado el hecho extintivo (cesación de la vida contemplada) deducir que la prestación misma está condicionada a la existencia de la circunstancia contraria (supervivencia de la vida contemplada). De condición en sentido técnico no puede hablarse, tratándose de elemento que se identifica como un requisito esencial del negocio; se puede entenderse, en todo caso, como condición impropia, del tipo de la *condictio iuris*".

[153] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 414.

[154] En este sentido, GARCÍA GOYENA, F. (1973). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Barcelona, Editorial Base, p. 122 aunque con relación a la primitiva redacción del artículo 1705 señala que, después de decirse en su primer párrafo que la renta podía constituirse sobre la vida de varias personas, se añadía "*con tal de que existan al tiempo de otorgamiento"*, y en el párrafo 2.º, después de exponer que podía constituirse a favor de otra u otras personas distinta de aquella o aquellas sobre cuya vida se otorga, se decía *"con tal que sean determinadas"*; ambas expresiones fueron suprimidas por innecesarias, siempre habría que entender su espíritu como si real y literalmente las contuvieran. Vid., asimismo, DÍEZ PICAZO, L., Y GULLÓN BALLESTEROS A. (2018). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 202.

[155] BELTÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 104; MANRESA Y NAVARRO, J.M.ª . (1931). "Comentario al artículo 1803 del Código Civil", *op. cit.,* p. 64.

[156] En este sentido, GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 415; LACRUZ BERDEJO, J.L.*et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 308; BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.,* pp. 229-230; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 351; RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). "Comentario al artículo 1803 del Código Civil", *op. cit.,* p. 12377; DÍAZ GÓMEZ, M.J. (2016). "Comentario al artículo 1803 del Código Civil", *op. cit,* p. 1007; y, en la doctrina italiana, VALSECCHI, E. (1961). "La rendita vitalizia", *op. cit.,* pp. 128-129 negando, además, que esta misma solución se pueda aplicar al *"concepturus",* pues, esta excepción a la regla general no puede dilatarse hasta el infinito, en el sentido de que pueda designarse al hijo del hijo del hijo. A esto debe oponerse la exigencia de la certeza de las relaciones y la repugnancia del ordenamiento respecto a vínculos indefinidamente suspendidos en el tiempo. La designación del tercero como vida contemplada deberá limitarse, pues, al concebido y no nacido e hijo de persona viva.

[157] RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). "Comentario al artículo 1803 del Código Civil", *op. cit.,* p. 12376.

[158] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 104; SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1899). *Estudios de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 832; VALSECCHI, E. (1961). "La rendita vitalizia", *op. cit.,* p. 28.

[159] QUIÑONERO CERVANTES, E. (1991). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1760; GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 414; RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). "Comentario al artículo 1803 del Código Civil", *op. cit.,* p. 12376.

[160] QUIÑONERO CERVANTES, E. (1991) "Comentario al artículo 1803 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1762; del mismo autor (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 79. En la doctrina italiana, TORRENTE, A. (1955). "Della renditia vitalizia", *op. cit.,* p. 107.

[161] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* pp. 415-461 y 457.

[162] Parágrafo 759 del BGB dispone que: "*1. Quien esté obligado a proporcionar una renta vitalicia pagará, en caso de duda, la renta vitalicia por la duración de la vida del acreedor"*.

[163] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 108; en el mismo sentido, QUIÑONERO CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 79; DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2018). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 202.

[164] RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). "Comentario al artículo 1804 del Código Civil", *op. cit.,* p. 12384.

[165] DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2018). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 309.

[166] TORRENTE, A. (1955). "Della renditia vitalizia", *op. cit.,* p. 110.

[167] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* pp. 109-110.

[168] QUIÑONEROS CERVANTES, E. (1991). "Comentario al artículo 1804 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1764. En esta línea, RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). "Comentario al artículo 1804 del Código Civil", *op. cit.,* p. 12387; QUICIOS MOLINA, S. (2021). "Comentario al

artículo 1804 del Código Civil", *op. cit.,* p. 2257 para quien "el embarazo de una mujer que, en la actualidad no es tratado como un estado patológico, debería considerarse como enfermedad a los efectos de aplicar el artículo 1804 del CC si como consecuencia de una complicación del mismo la mujer cuya vida es tomada como referencia para determinar la duración del contrato, fallece en los veinte días siguientes a la constitución de la renta vitalicia" y añade (p. 2258) "como ocurre con cualquier relación de causalidad, en la práctica podría plantearse dudas sobre la real incidencia de la enfermedad padecida en el desenlace fatal si colaboran otras causas (p. ej., una mala praxis médica). Para resolver tales dudas, valdrán las teorías manejadas por la doctrina, por ejemplo, sobre la imputación objetiva de un resultado daños".

Por su parte, LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 350 entiende que no se considera enfermedad "el parto, ni el accidente, ni el suicidio, ni la vejez".

[169] El artículo 3 c) de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia define enfermedad grave e incurable: "las que por su naturaleza origina sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable, con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva".

[170] QUIÑONERO CERVANTES, E., *Últ. Lug. Cit.*; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 309.

[171] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1808 del Código Civil", *op. cit.,* p. 545.

[172] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1808 del Código Civil", *op. cit.,* p. 546.

[173] MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M.ª . (2023). "El contrato de renta vitalicia", *op. cit.,* p. 569.

[174] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1808 del Código Civil", *op. cit.,* p. 547; MANRESA Y NAVARRO, J. M.ª . (1931). "Comentario al artículo 1808 del Código Civil", *op. cit.,* p. 84 para quien, aunque la analogía permite supone que sería suficiente la llamada fe de vida, usada para devengar la pensión que concede el Estado a sus clases pasivas; la presencia ante el deudor de la persona de cuya vida se deriva la subsistencia de la renta, sea el rentista o un extraño, sería prueba plena.

[175] QUIÑONEROS CERVANTES, E. (1991). "Comentario al artículo 1808 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1768.

[176] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1803 del Código Civil", *op. cit.,* p. 460; ALBALADEJO GARCÍA, M. (2004). *Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 839; RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). "Comentario al artículo 1803 del Código Civil", *op. cit.,* p. 12379.

[177] QUIÑONES CERVANTES, E. (1991). "Comentario al artículo 1803 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1762; GUILARTE ZAPATERO V. (1982). "Comentario al artículo 1803 del Código Civil", *op. cit.,* p. 458; DÍEZ-PICAZO L. Y GULLÓN BALLESTEROS A. (2018). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 202.

Sin embargo, para BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.,* pp. 227-228 "resulta necesario que las partes manifiesten que la única vida que en realidad tiene importancia para el desarrollo de la relación sea la última en desaparecer, porque la muerte prematura de cualquiera de las vidas contempladas no perjudica al acreedor de la renta, disminuyendo considerablemente el riesgo de pérdida que éste tiene que soportar. Y, por tanto, esta minoración del riesgo para una de las partes, y, aumento para la otra, ha de estar sujeta en su opinión a pacto expreso, pues, de otro modo se quebraría de manera desproporcionada el justo

equilibrio entre las contraprestaciones de las partes, respecto del alea que cada una de ellas debe recíprocamente soportar".

Si bien, matiza que "en la renta estipulada a favor de un matrimonio, tomando como módulo la vida de ambos, aquella no se extinguirá total ni parcialmente hasta que se produzca el fallecimiento del último de los consortes. Aunque, para estos casos, estima conveniente, la inclusión expresa de un pacto de reversión, mientras no se produzca una modificación de las disposiciones de nuestro Código Civil que regulan la renta vitalicia".

[178] No comparte del todo la posición expuesta, BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.,* pp. 226-227, para quien "en primer lugar se ha de atender a la voluntad de las partes manifestada en el contrato, tanto a la voluntad expresa como a la tácita. Así, "sí de los términos del contrato se deduce que la renta fue constituida con la intención de que fuera mantenida en su integridad hasta la muerte del último sujeto cuya vida fue tomada como módulo se debe considerar que la obligación permanecerá completa hasta ese momento". Si por el contrario del contrato no se deduce nada, a su juicio, "por aplicación de las normas que integran el régimen general de las obligaciones se entenderá que la obligación queda extinguida en proporción al número de vidas contempladas que hayan dejado de existir, pues, se presumirá la prestación periódica dividida en tantas partes como vidas hayan sido tomadas como módulo".

[179] PACIFICI-MAZZONI, E. (1913). *Istituzione di Diritto Civile*, vol. V, Parte 2.ª, con note di Venzi, Firenze, pp. 360-361.

[180] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 112; GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1804 del Código Civil", *op. cit.,* pp. 489-490; ANDREOLI, M. (1949). "La renditia vitalicia", *op. cit.,* p. 31.

[181] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 415; BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.,* p. 231.

[182] GUILARTE ZAPATERO, V., *Últ. Lug. Cit.*; QUIÑONEROS CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 76.

[183] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de noviembre de 1987 (RJ 1987, 8708); de 22 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 6849); y, de 5 de junio de 1991 (RJ 1991, 4419). Asimismo, las sentencias de las Islas Baleares, sección 4.ª, de 31 de julio de 2000 (JUR 2000, 298288) cesión de padre a hijo del negocio de pescadería a cambio de una renta vitalicia; de la Audiencia Provincial de Girona, sección 1.ª, de 9 de abril de 2002 (JUR 2002, 221093) a cambio de la cesión del derecho de propiedad y explotación de máquinas recreativas; y, de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 3.ª, de 15 de junio de 2016 (JUR 2016, 184824) se cede el uso y disfrute de la vivienda usufructuada por el actor.

[184] MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2016). "El contrato de renta vitalicia", *op. cit.,* p. 295. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, sección 3.ª, de 16 de mayo de 2022 (JUR 202, 266953).

[185] SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1899). *Estudios de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 829.

[186] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 417; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* pp. 115-117; BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.,* pp. 149-150; PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 508; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2016). "El contrato de renta vitalicia", *op. cit.,* p. 295; MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M.ª . (2023). "El contrato de renta vitalicia", *op. cit.,* p. 570; RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 12367; DÍAZ GÓMEZ, M.J. (2016). "Comentario al artículo 1803 del Código Civil", *op. cit,* p. 999 al que

particularidad le merece la constitución de la renta vitalicia a cambio de la cesión del derecho real de usufructo, pues, no comporta "la idea según la cual en estos casos la vida módulo tendría que ser la del usufructuario, pues que el usufructo se extingue con su muerte".

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de julio de 1997 (RJ 1997, 6152) dispone que el artículo 1802 en sentido amplio no sólo comprende la transmisión del derecho de propiedad de la cosa mueble o inmueble, sino también la de cualquier otro derecho real que no sea el de propiedad, o incluso un derecho personal (*Fund. Dcho. 3*.º). En el mismo sentido, se pronuncia, las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4.ª, de 7 de junio de 2000 (AC 2000, 3760); de la Audiencia Provincial de Soria, sección 1.ª, de 3 de octubre de 2003 (AC 2004, 126) en su *Fundamento de Derecho 2*.º se refiere a la transmisión del dominio sobre la vivienda de protección oficial y no la mera cesión del uso hasta el fallecimiento de la beneficiaria; y, de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 3.ª, de 15 de junio de 2016 (JUR 2016, 184824) cesión del uso y disfrute de la nuda propiedad a cambio de una renta.

[187] MANRESA Y NAVARRO, J.M.ª . (1931). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 60; CASTÁN TOBEÑAS, J.M.ª . (1988). *Derecho Civil español, común y foral*, *op. cit.,* p. 742. Tal criterio restrictivo se manifiesta, igualmente, en alguna de las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de junio de 1906 (*RGLJ, Jurisprudencia Civil, T. 104, abril-junio 1906*, pp. 689-698); de 12 de octubre 1912 (*RGLJ, Jurisprudencia Civil, T. 125, octubre-diciembre 1912*, pp. 80-89); de 16 de diciembre de 1930 (RJ 1930-1931, 1353); y, de 2 de marzo de 1956 (RJ 1956, 1138).

[188] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de julio de 1997 (RJ 1997, 6152).

Por su parte, RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 12357 precisa que" la renta vitalicia es un crédito de naturaleza genérica" y, añade a ello que "conforme al artículo 336 CC la renta vitalicia en nuestro Derecho tiene la consideración de bien mueble, salvo que por pacto expreso de las partes graven con carga real un cosa inmueble, en cuyo caso tendría que ser incluida dentro del n.º 10 del artículo 334 CC, entrenado entonces en la categoría d derecho real".

[189] BADENAS CARPIO, J.M. (1995). La renta vitalicia onerosa, *op. cit.,* p. 150. GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 417.

[190] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 117; en el mismo sentido, QUIÑONEROS CERVANTES, E. (1991). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1761.

[191] En similares términos, se expresan, BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.,* p. 151 para quién al constituirse la renta vitalicia sobre el traspaso de un derecho real de usufructo, no hace en realidad sino profundizar en uno de sus caracteres esenciales: la aleatoriedad; GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* pp. 418-419; ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2004). "Sobre el contenido del contrato oneroso de renta vitalicia", *op. cit.,* p. 1417.

[192] BADENAS CARPIO, J.M. *Últ. Lug.Cit.*.

[193] Vid., Resolución de la DGRN de 31 de mayo de 1951 (RJ 1951, 2035).

[194] LACRUZ BERDEJO, J.L.*et al*. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 309.

[195] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1934 (RJ 1934, 1632) señala que es una cuestión muy debatida la de si la pensión o rédito ha de ser inferior o superior a los frutos de capital, y que, en todo caso, "es lo cierto que en nuestro Código Civil no se contienen

disposiciones para la fijación de la renta, y antes por el contrario impera la libertad de los contratantes, que sólo declara nula la renta en el caso del artículo 1804, y a mayor abundamiento, el adquirente del capital también sufre el riesgo de la pérdida o disminución, e incluso la improductividad del capital".

Sin embargo, las sentencias de este Alto Tribunal de 10 de abril de 1956 (RJ 1956, 1927); y 7 de abril de 1961 (RJ 1961, 1256) exigen para calificar un contrato como de renta vitalicia, que la renta se calcule mediante la división del valor del capital transferido por años que se estime de vida al preceptor de la renta y en función de la vida probable de la persona tomada como módulo.

[196] GUILARTE ZAPATERO V. (1982) "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* pp. 423; BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.,* p. 147; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 352; DÍEZ-PICAZO L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2018). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 202; ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2004). "Sobre el contenido del contrato oneroso de renta vitalicia", *op. cit.,* p. 1419; BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa, op. cit.,* p. 219. Vid., también, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1930 (RJ 1930-1931, 1353).

[197] En el mismo sentido, BADENAS CARPIO, J.M., *Últ. Lug.Cit.*.

[198] QUIÑONES CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 48 entiende que no puede rechazarse "porque lo admite la libertad de pacto que preside todo tipo de convención"; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2016). "El contrato de renta vitalicia", *op. cit.,* p. 295. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2.ª, de 2 de mayo de 2001 (AC 2001, 1247).

[199] VALSECCHI, E. (1949). "La rendita vitalizia", *op. cit.,* p. 176; BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.,* p. 218; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 119; RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 12368.

[200] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 119; GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* pp. 424.

[201] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 127.

[202] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* pp. 425-426. En contra, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 127 pues, "le parece difícil, si nada se ha dicho en el contrato, que el acreedor pueda tener pretensión alguna para reclamar la diferencia. Del mismo modo que tampoco estará en condiciones de pretender una compensación con un aumento de las pensiones futuras en caso de que la productividad de la finca o fincas aumentase en años sucesivos".

[203] QUIÑONERO CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de renta vitalicia*, *op. cit.,* pp. 48-49; del mismo autor (1991). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1761.

[204] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 427.

[205] LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 350; QUIÑONERO CERVANTES, E. (1991). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1761; BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.,* p. 236; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 351; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2016). "El contrato de renta vitalicia", *op. cit.,* p. 295; PÉREZ

GURREA, R. (2011). "La renta vitalicia y el contrato de alimentos: su régimen jurídico y consideraciones jurisprudenciales", *op. cit.,* p. 1714; RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 12368; LACRUZ BERDEJO, J.L.*et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 309 quien, asimismo, señala que "resulta muy aconsejable un índice de estabilización en un negocio como éste, presumiblemente a largo plazo, y destinado por lo común a mantener a una persona, la cual, por tanto, necesita que siga siendo idéntico el poder adquisitivo de las cantidades que recibe".

No obstante, en una página posterior (p. 310), aconseja, que "precisamente, para el mantenimiento del poder adquisitivo, puede interesar al pensionista percibir la renta o pensión en bienes con valor intrínseco, evitando los problemas de cálculo que plantean las cláusulas de estabilización".

Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de octubre de 1960 (RJ 1960, 3449).

[206] En este sentido, ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2004). "Sobre el contenido del contrato oneroso de renta vitalicia", *op. cit.,* p. 1420; DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2018). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 203; POVEDA DÍAZ, J. (2003). "Algunas cuestiones en torno al contrato de renta vitalicia", *op. cit.,* p. 2836; DÍAZ GÓMEZ, M.J. (2016). "Comentario al artículo 1804 del Código Civil", *op. cit,* p. 1012 aunque propone como remedio "el reequilibrio de la relación en la media en que sea posible o la resolución pata el caso que los intereses contractuales hayan quedado frustrados"; no obstante, considera (p. 1014) que "desde el punto de vista del contrato de renta vitalicia, la aplicación de la denominada cláusula *rebus sic stantibus* podría plantearse si tenemos en cuenta que el equilibrio aleatorio encierra la necesidad de atribuir un riesgo recíproco a las partes, en la medida que el mismo quede desvirtuado con la llegada sobrevenida de ciertos acontecimientos".

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de julio de 1969 (RJ 1969, 3823) no aplicó la cláusula *rebus sic stantibus* porque "aún al tratarse de una estipulación de carácter aleatorio y al estar constituida la pensión sobre la vida de dos beneficiarios, es claro que la circunstancia de que la actora haya mejorado de fortuna y no necesite de la pensión o renta, es intrascendente a los efectos del deber de satisfacerla, por no implicar tal circunstancia cambio alguno en las recíprocas prestaciones y menos aún la destrucción del equilibrio de las mismas, requisito este último, sin cuya concurrencia no cabe aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*".

Asimismo, la sentencia de este Alto Tribunal y Sala, de 23 de noviembre de 1962 (RJ 1962, 5005) consideró procedente la revisión de la renta; si bien, no por aplicación de la cláusula exponiendo al respecto que "la alteración extraordinaria por circunstancias posteriores no surge razón de la mayor o menor duración de la vida de la usufructuaria, contingencia aleatoria que pudo ser contemplada por los contratantes, sino porque el equilibrio de las prestaciones se ha roto por la anormal e imprevisible alteración en alza desproporcionada del precio de los frutos y el valor de las rentas de la tierra, afectando a la base del negocio, y puesto que el usufructo vidual atiende al fundamento principal de conservar al cónyuge, en cuanto sea posible, en la posición económica que en el matrimonio tuvo, resulta en la actualidad irrisoria, la cantidad fijada como renta, que no alcanza para un vivir decoroso". Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 11 de febrero de 1992 (AC 1992, 348).

[207] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2.ª, de 20 de marzo de 2001 (JUR 2001, 140842); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 3.ª, de 30 de septiembre de 2004 (JUR 2004, 308574); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 29 de septiembre de 2009 (JUR 2010, 72429).

[208] MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2016). "El contrato de renta vitalicia", *op. cit.,* p. 295.

[209] SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1899). *Estudios de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 832 dispone que debe ser necesario para la validez de este contrato el otorgamiento de escritura pública. Precisa PÉREZ GURREA, R. (2011). "La renta vitalicia y el contrato de alimentos: su régimen jurídico y consideraciones jurisprudenciales", *op. cit.,* p. 1715 que "si la renta se constituye por medio de donación se rige por las normas generales de las donaciones, y no se considera aplicable el artículo 633 del Código Civil, por lo que la renta vitalicia mediante donación de bienes inmuebles puede hacerse por escrito o verbalmente".

Por su parte, el parágrafo 761 del BGB señala que: *"para la validez de un contrato por el que se promete una renta vitalicia se exige que esté por escrito, a menos que esté prescrita alguna otra forma"*.

Asimismo, tal exigencia de constancia por escrito, y en algunos casos escritura pública, el artículo 1239 del Código Civil portugués manifiesta que: "*Sem perjuicio da aplicaçao das regras especiais de forma quanto à alineaçao da coisa ou do direito, a renda vitalicia deve ser constituída por documento escrito, sendo necesaria escritura pública se a coisa ou o direito alieneado for de valor igual ou superior a 20.000 euos"*.

[210] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de junio de 1991 (RJ 1991, 4419).

[211] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de junio de 2007 (RJ 2007, 5560) transmisión de la finca a cambio de pensión vitalicia de 25 euros mensuales, más la prestación de alimentos y del derecho de uso y habitación, y, de 8 de julio de 2008 (RJ 2008, 3353) no se modifica el contrato de renta vitalicia, aunque el adquirente de los bienes se obligue a enajenarlos una vez dueño de los mismos.

[212] Vid., la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª, de 14 de febrero de 2008 (RJ 2009, 3132).

[213] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 140.

[214] ANDREOLI, M. (1949). "La renditia vitalizia", *op. cit.,* p. 223 sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1458 del *Codice Civile* de 1942.

[215] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 441.

[216] ANDREOLI, M., *Últ. Lug. Cit.*.de la misma opinión respecto a los daños.

[217] ANDREOLI, M. (1949). "La renditia vitalizia", *op. cit.,* p. 223 señala que debe ponerse el artículo 1458 en relación con el artículo 1483, en virtud de lo cual el vitalizado que no estará obligado a restituir las rentas percibidas, el vitalizante tampoco los frutos percibido en la misma proporción.

[218] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1982). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* pp. 141-142.

[219] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1982). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 142.

[220] BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.,* pp. 209, 212, 215 y 216.

[221] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de julio de 2002 (RJ 2002, 8551) que prevé la asunción de la obligación de pago de la renta por una sociedad anónima. Asimismo, RODRÍGUEZ RAMOS, A.M. (2006). *La renta vitalicia gratuita*, *op. cit.,* p. 10 señala que las personas jurídicas pueden prestar la renta, ser deudores de la renta.

[222] BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.,* p. 217; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 144 señalan que

"este artículo 1802 no tiene carácter imperativo e inderogable. La referencia anual es simplemente ejemplificativa de carácter subsidiario que servirá para determinar el lapso en que deberán ser satisfechas regularmente las pensiones".

[223] En esta línea, RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 12368.

[224] LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al*. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 311.

[225] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 6366).

[226] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (2005). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* pp. 175 a 178.

[227] LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 310.

[228] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (2005). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 179.

[229] MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M.ª . (2023). "El contrato de renta vitalicia", *op. cit.,* p. 571 señala al respecto que la prestación de garantías ha de hacerse por acuerdo de las partes o, en su defecto, por decisión judicial.

Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de octubre de 1960 (RJ 1960, 3449).

[230] ROCA SASTRE, R, M.ª . Y ROCA-SASTRE I MUNCUNILL, L. (1979). *Derecho hipotecario*, IV-2, 7.ª ed., Barcelona: Bosch, p. 746; DEL MORAL Y DE LA LUNA, A. (1952). "La renta vitalicia y su intimidad con la hipoteca de renta", *op. cit.,* p. 811; RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (1980). "La naturaleza "ob rem" de la obligación de renta vitalicia", *op. cit.,* pp. 1355-1356; DÍEZ PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2018). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 203.

[231] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 433; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 152; QUIÑONES CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, *op. cit.,* pp. 126-127; GOMA SALCEDO, J.E., "Principales problemas del contrato de renta vitalicia", *op. cit.,* p. 326; ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2004). "Sobre el contenido del contrato oneroso de renta vitalicia", *op. cit.,* pp. 1426-1427; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 352; RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 12369.

[232] Vid., TORRENTE, A. (1955). "Della renditia vitalizia", *op. cit.,* pp. 144-145.

[233] LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 352 precisa que "antes de le entrada en vigor de la Ley 42/2015 de reforma de la LEC "debían distinguirse cada uno de los vencimientos (que prescribía a los cinco años, ex artículo 1966.3.º del CC) del derecho a la percepción de la renta del que proceden (que prescribía el derecho a la percepción de la renta a los quince años, ex artículo 1964 del CC antes de que la citada ley 42/2015 redujera dicho plazo también a los cinco años)".

Por su parte, acertadamente señala QUIÑONES CERVANTES, E. (1991). "Comentario al artículo 1805 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1765 que "estas posibilidades que la norma otorga al acreedor de la renta, son, tan lógicas como innecesarias, puesto que cualquier acreedor tiene acción para reclamar su crédito del deudor y no otra cosa, parece con esta expresión, estar concediéndoles este artículo 1805".

Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 1.ª, de 9 de abril de 2002 (JUR 2002, 221093); de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 2.ª, de 12 de abril de 2002 (AC 2002, 1249); y, de la Audiencia Provincial de León, sección 1.ª, de 25 de julio de 2002 (JUR 2002, 262185).

[234] BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.,* pp. 252 y 254; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 310; QUIÑONEZS CERVANTES, E. (1991). "Comentario al artículo 1805 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1764; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2016). "El contrato de renta vitalicia", *op. cit.,* p. 295.

[235] En este mismo sentido, ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Derecho civil*, *op. cit.,* p. 845.

[236] LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 352; MANRESA Y NAVARRO, J.M.ª . (1931). "Comentario al artículo 1805 del Código Civil", *op. cit.,* p. 73;

[237] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 157. Igualmente, se pregunta LACRUZ BERDEJO, L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 310 se pregunta "¿podría retener el acreedor las pensiones en caso de resolución?"; a lo que responde que "cada parte ha de restituir lo recibido de otra: tanto capital como pensiones".

En el mismo sentido, BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.,* pp. 256-257.

[238] LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al*. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 310.

[239] TORRENTE, A. (1955). "Delle contratto vitalizio", *op. cit.,* p. 126.

[240] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 159; QUIÑONERO CERVANTES, E., "Comentario al artículo 1805 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1764; BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.,* p. 256 precisa, además, que la aleatoriedad afecta más a la extensión de las obligaciones que a su ejecución.

[241] JORDANO BAREA, J.B. (1999). *La categoría de los contratos reales*, *op. cit.,* p. 72.

[242] CASTÁN TOBEÑAS, J.M.ª . (1988). *Derecho civil español, común y foral*, *op. cit.,* p 745; MANRESA Y NAVARRO, J.M.ª . (1931). "Comentario al artículo 1805 del Código Civil", *op. cit.,* p. 73; GUIMERA, M. (1954). "Renta vitalicia y condición resolutoria", *Revista de Derecho Privado, T. XXVIII*, p. 216.

[243] No obstante, precisa ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Derecho Civil*, *op. cit.,* pp. 846-847 que: "La resolución por falta de pago de la renta únicamente no cabe si habiéndola comenzado a pagar, se cesa, después, de hacerlo. Luego sí cabe la resolución, si es que ni siquiera empezó a pagarse la renta". Los argumentos que prueban esta afirmación son, en síntesis: "1. La protección que merece el interés del rentista; 2. Que siendo excepcional el artículo 1805, hay que inclinarse por la aplicación del artículo 1124; 3. Que el artículo 1805 habla de preceptor de la renta, luego no es aplicable al rentista que no cobro ninguna; 4. Que para igualar al rentista y a pagador de la renta, lo mismo que a éste se le faculta para resolver el contrato si no se le entrega la cosa, hay que facultar a aquél también, si no le paga ninguna renta; 5. Que la justificación que se piensa explica el artículo 1805 es justificación que sólo alcanza al caso de que la renta haya empezado a pagarse".

[244] En este mismo sentido, LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 310; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 352; PUIG PEÑA, F. (1973). *Tratado de Derecho Civil español*, *op. cit.,* p. 551; GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1805 del Código Civil", *op. cit.,* pp. 507-508 y 515-516; ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2004). "Sobre el contenido del contrato oneroso de renta vitalicia", *op. cit.,* pp. 1424-1425, QUIÑONERO CERVANTES, E. (1991). "Comentario al artículo 1805 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1765; PUIG BRUTAU, J. (1956). *Fundamentos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 512; ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Derecho civil*, *op. cit.,*

pp. 846-847. Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de abril de 1991 (RJ 1991, 3064); y de 23 de abril de 1998 (RJ 1998, 2599).

[245] RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). "Comentario al artículo 1805 del Código Civil", *op. cit.,* p. 12394.

[246] LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 352; DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2018). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 203; PUIG BRUTAU, J. (1956). *Fundamentos de Derecho Civi*l, *op. cit.,* p. 513; PUIG PEÑA, F. (1973). *Tratado de Derecho Civil español*, *op. cit.,* p. 550; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 166; ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2004). "Sobre el contenido del contrato oneroso de renta vitalicia", *op. cit.,* pp. 1428-1429; GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, A. (1965). "La renta vitalicia y el pacto contrario al artículo 1805", *op. cit.,* pp. 283-285; BADENAS CARPIO, J.M., *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 260, DE DIEGO, C. (1930). *Instituciones de Derecho Civil español*, *op. cit.,* p. 261; VALVERDE Y VALVERDE, C. (1926). *Tratado de Derecho Civil español*, *op. cit.,* p. 607; GUIMERA, M., "Renta vitalicia y condición resolutoria", *op. cit.,* p. 217; URIARTE BERASATEGUI, J. (1950). "Revisión de las ideas (renta vitalicia)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 268*, p. 557; MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M.ª . (2023). "El contrato de renta vitalicia", *op. cit.,* p. 570; PÉREZ GURREA, R. (2011). "La renta vitalicia y el contrato de alimentos: su régimen jurídico y consideraciones jurisprudenciales", *op. cit.,* p. 1710 habla de poder oponer la excepción de *non adimpleti contractus*. Por su parte, a juicio de RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). "Comentario al artículo 1805 del Código Civil", *op. cit.,* pp. 12390-12391 "el precepto carece de una justificación verdadera, pues en rigor no hay ningún fundamento sólido que justifique, ni la excepcionalidad del artículo 1804 CC, ni la razón de excluir la regla general de la resolubilidad por incumplimiento para el caso del contrato de renta vitalicia" a lo que añade que "no cabe duda que, en ocasiones, la resolución del contrato de renta no será la solución ideal para ninguna de las partes. Incluso, resultara excesiva si se trata de incumplimiento puntual de una pensión por parte del deudor". Sin embargo, para el autor "mayores perjuicio provoca el incumplimiento reiterado del deudor cuando la renta es la principal fuente de ingreso del acreedor·".

[247] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de mayo de 1959 (RJ 1959, 1999); de 14 de octubre de 1960 (RJ 1960, 3086); de 2 de julio de 1992 (RJ 1992, 6502); y, de 23 de abril de 1998 (RJ 1998, 2599). Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense de 27 de octubre de 1995 (AC 1995, 2016); y, las Resoluciones de la DGRN de 16 de octubre de 1989 (RJ 1989, 7048); de 26 de abril de 1991 (RJ 1991, 3169); y, de 16 de octubre de 1991 (RJ 1991, 7048)

En contra, sin embargo, se expresa la Resolución de la DGRN de 31 de mayo de 1951 (RJ 951, 2035) al considerar el pacto resolutorio como contrario al artículo 1805.

[248] ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 847.

[249] LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 311; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.,* pp. 352-353.

[250] ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2004). "Sobre el contenido del contrato oneroso de renta vitalicia", *op. cit.,* pp. 1425 y 1429, ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Derecho civil, op. cit.,* pp. 847-848; GUILARTE ZAPATERO, V (1982). "Comentario al artículo 1805 del Código Civil", *op. cit.,* pp. 516-518; PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil español*, *op. cit.,* p. 551, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 189 señala esta solución "es natural consecuencia del carácter duradero y periódico de las obligaciones que genera el contrato. Pero, además, de lo que el propio artículo 1120 dispone,

ya que "cuando la obligación imponga recíprocas prestaciones a los interesados, se entenderán compensados unos con otros los frutos e intereses del tiempo en que hubiese estado pendiente la condición. De acuerdo, con lo cual, el deudor retendrá los frutos e intereses que la cosa hubiera producido y el preceptor de la renta conservará las pensiones o réditos que aquél le hubiese satisfecho".

Asimismo, sobre la aplicación de los artículos 1120 y 1123 del Código Civil, vid., POVEDA DÍAZ, J. (2003). "Algunas cuestiones en torno al contrato de renta vitalicia", *op. cit.,* p. 2846.

En contra, BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.,* pp. 262, 263 y 266 para quien los efectos son *ex tunc*.

[251] Como apunta GUIMERA, M. (1954). "Renta vitalicia y condición resolutoria", *op. cit.,* p. 321 "se trata de una condición resolutoria expresa que accede al Registro de conformidad con las normas hipotecarias correspondientes".

[252] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982), "Comentario al artículo 1805 del Código Civil", *op. cit.,* pp. 514-523

[253] GUILARTE ZAPATERO, V., "Comentario al artículo 1805 del Código Civil", *op. cit.,* pp. 523-524; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 192 señala que "aun quedando desnaturalizada la función previsora que persigue el contrato de renta vitalicia, no existe ninguna norma que lo prohíba; por lo que debe regir el principio general de libertad contractual consagrado en el artículo 1255 del Código Civil y, por tanto, las partes convenir expresamente un pacto de redención o rescate".

Por su parte, VALSECCHI, E. (1949). "La renditia vitalizia", *op. cit.,* pp. 248-249 señala que "se trata de un modo típico de extinción de las relaciones duraderas y con prestaciones periódicas por tiempo indeterminado, que consiste en sustituir la prestación periódica para toda la duración de la vida contemplada por una prestación única, mediante el pago de una suma correspondiente a la renta misma capitalizada, multiplicada por el número de rentas que hubieran podido ser debidas con base a la duración de la vida probable de la persona sobre la cual la renta es constituida".

[254] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1805 del Código Civil", *op. cit.,* p. 524.

[255] Sin embargo, señala LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elemento de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 311 que "la regla del artículo 1805 no puede ser distinta cuando un tercero adquiere la renta y hace donación de ella al preceptor".

[256] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1805 del Código Civil", *op. cit.,* p. 507.

[257] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1806 del Código Civil", *op. cit.,* p. 526; BELTÁN DE HERDEDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 144; QUIÑONERO CERVANTES, E. (1991). "Comentario al artículo 1806 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1766; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elemento de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 316.

[258] Vid., entre otros BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO*, J., Últ. Lug. Cit.;* LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2005). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 312; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil, op. cit.,* p. 352; ESPÍN CANOVAS, D. (1963). *Manual de Derecho Civil español*, *op. cit.,* p. 717.

[259] MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M.ª . (2023). "El contrato de renta vitalicia", *op. cit.,* p. 571. Por su parte, QUICIOS MOLINA, S. (2021). "Comentario al artículo 1806 del Código

Civil", *op. cit.,* p. 2259 manifiesta que "esta regla de la proporcionalidad se aplica cuando la vida tomada en consideración no es la del acreedor de la renta".

[260] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1806 del Código Civil", *op. cit.,* p. 534. Por su parte, QUICIOS MOLINA, S. (2021). "Comentario al artículo 1805 del Código Civil", *op. cit.,* p. 2259 precisa que "el obligado debe pagar el importe total del plazo que hubiera empezado a correr" y añade que "se trata de reglas dispositivas (artículos 108 y 1806) que admiten prueba en contrario".

[261] Vid., por todos, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 102. Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 6.ª (Ceuta), de 12 de febrero de 2000 (AC 2000, 3902); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, de 13 de junio de 2015 (JUR 2013, 245128).

[262] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). *"Comentario al artículo 1802 del Código Civil", op. cit., p. 446;* BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 193; QUIÑONEROS CERVANTES, E., *La situación jurídica de la renta vitalici*a, *op. cit.,* pp. 77-78; ANDREOLI, M. (1949). "La rendita vitalizia", *op. cit.,* p. 67; BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.,* p. 219 quien añade a tales argumentos que tal transmisibilidad del derecho a percibir la pensión tiene su razón de ser en que *"se trata de una convención onerosa"; y,* JORDANO BAREA, J.B. (1999). *La categoría de los contratos reales*, *op. cit.,* p. 72 igualmente, indica que "la renta se debe como contraprestación al bien o capital recibidos".

[263] LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elemento de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 308.

[264] ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 847.

[265] QUIÑONEROS CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 143.

Por su parte, señala al respecto RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 12358 que "la constitución de la renta mediante actos gratuitos o lucrativos tiene como finalidad económica proporcionar al perceptor un ingreso fijo y periódico como base de su subsistencia, calculándose el coste de su constitución sobre las posibilidades estadísticas de supervivencia de la "vida contemplada" en el momento inicial, y estableciéndose el cobro de la pensión por todo el tiempo de esa supervivencia. Si se constituye la renta mediante una donación, el donante pagará en plazos lo que acaso no podría satisfacer de una sola vez, y de esta forma cumplirá la causa del negocio; normalmente, satisfacer deberes morales o afectivos".

[266] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 5.ª, de 14 de julio de 2000 (JUR 2000, 295842).

[267] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* pp. 408-409.

[268] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* pp. 205-206

[269] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* pp. 220-221.

Por su parte, DÍAZ GÓMEZ, M.J. (2016). "Comentario al artículo 1807 del Código Civil", *op. cit,* p. 1029 señala que *negotim mixtum cum donatione* "debe articularse bajo la doble distinción de su naturaleza, pues cuando el mismo sea incapaz objetivamente de entrar en la órbita de formular un equilibrio aleatorio, gozará tal carácter gratuito en cuanto reúna los requisitos necesarios, si acaso con la carga o condición que se imponga".

[270] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* pp. 409-410 precisa que "cuando el contrato a favor de tercero responde a una intención de liberalidad y constituye una verdadera donación, a la relación beneficiario con el deudor de la renta, se le aplican las normas propias de la donación; mientras que, a la relación del deudor de la renta con el constituyente de la misma, se le aplican la de los contratos onerosos".

[271] En esta línea, MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M.ª . (2023). "El contrato de renta vitalicia", *op. cit.,* p. 570; RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). "Comentario al artículo 1807 del Código Civil", *op. cit.,* p. 12403; DÍAZ GÓMEZ, M.J. (2016). "Comentario al artículo 1807 del Código Civil", *op. cit,* pp. 1029-1030 manifiesta al respecto que "no está claro que dicha inembargabilidad signifique en todo caso, indisponibilidad, pues las limitaciones en la circulación de bienes que impidan las cesiones posteriores que se hagan voluntariamente, podrán detraer un beneficio injustificado para el titular de los mismos"; PÉREZ GURREA, R. (2011). "La renta vitalicia y el contrato de alimentos: su régimen jurídico y consideraciones jurisprudenciales", *op. cit.,* pp. 1709-1710 por su parte, indica que "la inembargabilidad es un medio del que se sirve el constituyente de la renta vitalicia para alcanzar el fin subyacente de garantizar la cobertura de las condiciones necesaria que permitan al pensionista desarrollar una vida digna mediante el cobro del crédito blindado frente a los acreedores".

[272] LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho civil*, *op. cit.,* p. 353; BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa, op. cit.,* p. 249.

Sobre el carácter liberal, vid., LAURENT, F. (1878). *Principes de Droit Civil français*, *op. cit.,* p. 336.

[273] QUIÑONERO CERVANTES, E. (1991). "Comentario al artículo 1807 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1767.

[274] RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). "Comentario al artículo 1807 del Código Civil", *op. cit.,* p. 12405.

[275] LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho civil*, *op. cit.,* p. 353; QUIÑONERO CERVANTES, E., *Últ. Lug. Cit*.

[276] LASARTE ÁLVAREZ, C., *Últ. Lug. Cit.;* GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1807 del Código Civil", *op. cit.,* pp. 539-540; QUIÑERO CERVANTES, E. (1991). "Comentario al artículo 1807 del Código Civil", *op. cit.,* p. 1767.

[277] MANRESA Y NAVARRO, J.M.ª . (1931). "Comentario al artículo 1807 del Código Civil", *op. cit*. p. 91.

[278] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1807 del Código Civil", *op. cit.,* p. 541.

[279] TORRETE, A. (1955). "Della rendita vitalizia", *op. cit.,* p. 167.

[280] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1807 del Código Civil", *op. cit.,* p. 541.

[281] LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 310.

[282] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de febrero de 1990 (RJ 1990, 673); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, de 13 de junio de 2013 (JUR 2013, 245128).

[283] LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 311; MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2016). "El contrato de renta vitalicia", *op. cit.,* p. 296.

[284] DÍAZ GÓMEZ, M.J. (2016). "Comentario al artículo 1804 del Código Civil", *op. cit,* p. 1009 señala que nos podemos encontrar ante un supuesto de nulidad contractual "en ausencia de formación de un verdadero equilibrio oneroso. Ello sucede cuando el riesgo contractual que

constituye la esencia de los contratos aleatorios no tiene la reciprocidad requerida para proyectar posibilidades de ganancia y de pérdida de ambas partes".

Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de febrero de 1989 (RJ 1989, 1403); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 3.ª, de 1 de febrero de 2006 (JUR 2006, 155502) inexistencia de donación encubierta. Realización del contrato de forma consciente en agradecimiento a las atenciones personales y materiales recibidas; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 17.ª, de 3 de marzo de 2006 (JUR 2006, 227343) donación simulada en perjuicio de herederos legítimos; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 1.ª, de 8 de junio de 2015 (AC 2015, 1117) por simulación.

Por su parte, QUICIOS MOLINA, S. (2021). "Comentario al artículo 1804 del Código Civil", *op. cit.,* pp. 2257-2258 señala que "cabría defender que constituir una renta vitalicia sobre la vida de una persona muy mayor, que no es improbable que fallezca como consecuencia de su vejez, es causa de nulidad del contrato, si la muerte por causas naturales acontece en laos veinte días siguientes a la constitución de la renta". Es más, añade que "parece defendible considera que habrá una simulación de contrato oneroso de renta vitalicia, si por la avanzada edad de la persona cuya vida se toma en consideración cabe dudar de la existencia de un verdadero alea (se transmitiría el dominio de un capital a cambio de una prestación prácticamente inexistente)".

[285] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de febrero de 1989 (RJ 1989, 1403); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 5.ª, de 16 de junio de 2011 (RJ 2011, 332539).

[286] DÍAZ GÓMEZ, M.J. (2016). "Comentario al artículo 1804 del Código Civil", *op. cit,* p. 1010 señala al respecto que "la relación de lesión debe proyectarse sobre la propia configuración inicial de los intereses programados; de tal manera que, también en ella deba incidir el grado de incertidumbre considerada en el propio contrato".

[287] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 2.ª, de 12 de abril de 2002 (AC 2002, 1249).

[288] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de abril de 1998 (RJ 1998, 2599); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 1.ª, de 9 de abril de 2002 (JUR 2002, 221093) impago de mensualidades correspondientes a tres meses; de la Audiencia Provincial de León, sección 1.ª, de 25 de julio de 2002 (JUR 2002, 262185) impago acreditado por la demandante de más de dos mensualidades consecutivas de renta vitalicia; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18.ª, de 22 de febrero de 2006 (AC 2006, 525).

[289] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 8468).

[290] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18.ª, de 22 de febrero de 2006 (AC 2006, 525); y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 5.ª, de 19 de julio de 2016 (JUR 2016, 200878) incumplimiento de la obligación de pago de la renta con devolución de los inmuebles objeto de transmisión.

[291] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, de 22 de febrero de 2002 (JUR 2002, 219522).

[292] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* pp. 191-192.

[293] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 192; GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 443; ANDREOLI, M. (1949). "La renditia vitalizia", *op. cit.,* p. 90; VALSECCHI, E., La rendita vitalizia, *op. cit.,* p. 249.

[294] GUILARTE ZAPATERO, V., *Últ. Lug. Cit.*; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* pp. 198-199.

Vid*.,* asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de enero de 1996 (*RJ 1996,246*).

[295] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* p. 199.

[296] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. *Últ. Lug.Cit.*. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de junio de 2010 (RJ 2010, 4894).

[297] GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.,* p. 444.

[298] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1.ª, de 18 de febrero de 2014 (JUR 2014, 67595); y, de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 5.ª, de 17 de junio de 2014 (JUR 2014, 198988).

[299] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.,* pp. 214-215.

1.3. Derecho Reales

La distribución de la responsabilidad hipotecaria y su relación con la indivisibilidad de la hipoteca

Distribution of mortgage responsibility and indivisibility of the mortgage

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA.

Profesora Titular de Derecho civil, Universidad Francisco de Vitoria

RESUMEN: La distribución de la responsabilidad hipotecaria es una manifestación directa del principio de especialidad registral o determinación. Cuando se hipotecan varias fincas en garantía de un único crédito es necesario conocer de cuánto responde cada una de esas fincas. Sin embargo, la distribución no excluye la indivisibilidad de la hipoteca, se complementan en distintos supuestos, pues la indivisibilidad es posible cuando la finca hipotecada se divida *a posteriori*. Analizamos en este trabajo qué es la distribución hipotecaria, qué efectos produce y cómo debe entenderse su relación con la indivisibilidad hipotecaria. Se presta especial atención al art. 124 LH y cómo se ha delimitado su ámbito por la jurisprudencia, pues, aunque presupone la distribución, en la práctica se aplica a un supuesto diferente al del 119 LH, exigiendo la división del crédito.

ABSTRACT: The distribution of mortgage responsibility is a direct manifestation of the principle of registry specialty or determination. When several properties are mortgaged as collateral for a single loan, it is necessary to know how much each of those properties is responsible for. However, the distribution does not exclude the indivisibility of the mortgage; they complement each other in different cases, since indivisibility is possible when the mortgaged property is

divided a posteriori. In this work we analyze what mortgage distribution is, what effects it produces and how its relationship with mortgage indivisibility should be understood. Special attention is paid to the art. 124 LH and how its scope has been delimited by jurisprudence, since, although it presupposes distribution, in practice it is applied to a different case than that of 119 LH, requiring the division of credit.

PALABRAS CLAVE: Hipoteca, responsabilidad hipotecaria, distribución, indivisibilidad, principio de especialidad.

KEYWORDS: Mortgage, mortgage liability, distribution, indivisibility, specialty principle

SUMARIO: I. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD REGISTRAL.—II. DISTRIBUCIÓN RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA. II.1. Concepto y fundamento. II.2. Distribución responsabilidad e indivisibilidad hipoteca. II.3. Procedimiento de distribución. II.4. Excepciones. II.5. Efectos de la distribución de la responsabilidad hipotecaria.—III. CANCELACIÓN PARCIAL DE LA HIPOTECA PREVIAMENTE DISTRIBUIDA ENTRE VARIAS FINCAS EN GARANTÍA DE UN ÚNICO CRÉDITO.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA

I. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD REGISTRAL

La hipoteca como derecho real de garantía de inscripción constitutiva está sometida al principio de especialidad registral que, aplicado en ella, se denomina principio de determinación. Este principio exige que todos los elementos de la situación jurídico-real que se inscribe en el Registro queden perfectamente determinados, concretados. Ello es necesario porque el derecho o situación que se inscribe en el Registro adquiere plena oponibilidad *erga omnes*, afectando a terceros; de forma que es necesario concretar, definir y determinar perfectamente el contenido, sujetos y condiciones de esos derechos, porque afectarán a terceros (todo y solo lo que conste inscrito).

El principio de especialidad surge inexorablemente ligado a la hipoteca para poner fin a las hipotecas generales que gravaban la totalidad del patrimonio del deudor, evitando que todo su patrimonio pudiera quedar gravado con hipoteca. Gracias al mismo, se deberá especificar claramente sobre qué bienes concretos recae el derecho real, liberando el resto de los bienes del deudor y, en consecuencia, el acreedor solo podrá hacer efectivo su derecho sobre el bien —concreto— garantizado.

Como apuntan Jerónimo González, Sanz Fernández y Alvarez Caperochipi[1], es un complemento del principio de publicidad, al que viene a perfeccionar, ya que mediante la correcta determinación de las hipotecas se consigue, a su vez, mayor garantía de autenticidad en lo publicado por el Registro[2], contribuyendo a mejorar el sistema de crédito territorial y, por lo tanto, a renovar el sistema financiero existente.

Este principio de especialidad y publicidad de las hipotecas ya aparece recogido en el Proyecto de Código Civil de 1851 de García Goyena[3]. También se hace eco del mismo la Ley de Bases de Código Civil de 1858, en cuya Base segunda declara que "toda hipoteca será necesariamente especial"[4]. Posteriormente, en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 se exige la necesidad de determinar las hipotecas, como presupuesto necesario de la publicidad registral —tal y como ya se ha indicado—, con las siguientes palabras: "la hipoteca general, aunque se limite a los bienes presentes y no se extienda, como es muy común a los que en adelante puedan adquirirse, da por resultado la falta de publicidad en la hipoteca, porque en tanto puede decirse que ésta es pública, en cuanto está inscrita en el Registro con individual expresión de la finca a la que afecta y de la cantidad a que se extiende la garantía. La especialidad, pues, de la hipoteca, es el complemento de la publicidad"[5].

Posteriormente, el principio de especialidad sufrirá una extensión al resto de los derechos inscribibles, y también a los propios asientos y al modo de llevar los Registros. Deja de ser un principio centrado en el derecho real de hipoteca para convertirse en un principio regulador y necesario de todo el sistema registral; así se deduce de los distintos artículos de la Ley Hipotecaria de 1909[6]. El principio de especialidad amplía su objeto y contenido, de manera que, ya no sólo el derecho de hipoteca, sino todo lo que aparezca inscrito en el Registro debe ser perfectamente identificable y determinado. El principio de especialidad se consolida como un principio hipotecario general, a la altura del resto de los principios que rigen el sistema hipotecario.

La —anterior— Dirección General de los Registros y Notariado lo define como la necesidad de "la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que se inscriba", de acuerdo con lo establecido en los artículos 9.2 LH y 51.6 RH (RRDGRN 4 julio 1984 y 22 marzo 1988, entre otras). Y hoy, como ya hemos dicho, podemos definir al principio de especialidad, como aquel principio registral que incide en la necesidad de que consten perfectamente determinadas, descritas o definidas todas las circunstancias relativas tanto a los derechos inscribibles, a las fincas sobre las que recaen, a sus titulares, como a los asientos registrales que las recogen. O lo que es lo mismo, consiste en la absoluta determinación o especificación de los distintos elementos de la relación jurídica registral[7].

Pues bien, aplicando este principio al derecho real de hipoteca, será necesario que en el Registro conste el titular del derecho, la obligación garantizada con hipoteca y la responsabilidad hipotecaria, es decir, la cantidad de la que responde la finca hipotecada. Esta responsabilidad hipotecaria debe establecerse siempre en el Registro, pues es la cantidad que el acreedor va a poder cobrar de la finca, ante el incumplimiento y ejecución del deudor hipotecario. Es necesario conocer esa cifra por sus consecuencias en la ejecución y, en definitiva, en el aseguramiento de la hipoteca. Hay que determinarla siempre *a priori* en la escritura de hipoteca, y cuando son varias las fincas hipotecadas, habrá que distribuir esa responsabilidad entre ellas, también en origen (art. 119 LH).

II. DISTRIBUCIÓN RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA

II.1. Concepto y fundamento

El principio de especialidad o determinación en cuanto a los bienes y derechos objeto de hipoteca tiene su manifestación más importante en la distribución de la responsabilidad hipotecaria.

Si se hipoteca una única finca o derecho en garantía de un sólo crédito, y ambos quedan determinados, el principio de especialidad se cumple, y no existe ningún problema. Ahora bien, las cosas se complican cuando se hipotecan varias fincas o derechos, a la vez, en garantía de un sólo crédito y desde el inicio (pluralidad objetiva originaria). En este caso, y como consecuencia del principio de especialidad o determinación, se hará necesario concretar la cantidad de la que responde cada finca hipotecada. Es decir, es preciso determinar la responsabilidad hipotecaria de cada finca; y esto es, precisamente, una de las consecuencias más importantes del principio.

Ante la situación previamente descrita de la existencia de varias fincas hipotecadas en favor de un sólo crédito, probablemente por el escaso valor de dichas fincas o, por el contrario, por el excesivo valor del crédito, el legislador español opta por la siguiente solución.

El art. 119 LH establece que "cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un sólo crédito, se determinará la cantidad o parte del gravamen de que cada una deba responder". Este artículo viene completado y desarrollado por el art. 216 RH, que declara lo siguiente: "no se inscribirá ninguna hipoteca sobre varias fincas, derechos reales o porciones ideales de unas y otros, afectos a una misma obligación, sin que, por convenio entre las partes, o por mandato judicial, en su caso, se determine previamente la cantidad de que cada finca, porción o derecho deba responder. Los interesados podrán acordar la distribución en el mismo título inscribible o en otro documento público, o en solicitud dirigida al Registrador

firmada o ratificada ante él, o cuyas firmas estén legitimadas. La misma norma se aplicará a las inscripciones de censos y anticresis. Lo dispuesto anteriormente no será aplicable a las anotaciones preventivas."

Estos dos artículos recogen el concepto de la "distribución de la responsabilidad hipotecaria" que como se ve no es otra cosa más que atribuir a cada finca hipotecada la cantidad o el importe del crédito asegurado, de la que cada una de ellas responde. De manera que, una vez distribuida esa responsabilidad entre todas las fincas o derechos, cada finca sólo responderá de la parte asignada, dando lugar a un fenómeno similar al que se produciría si se estableciera una hipoteca por cada finca hipotecada. De esta manera, se rechaza en nuestro sistema la hipoteca solidaria, en virtud de la cual, cada finca hipotecada —cuando lo son varias en garantía de un mismo crédito— responde del total del crédito asegurado. Solución que es adoptada por otros ordenamientos de corte germánico ante la situación planteada, y rechazada —en principio— en nuestro ordenamiento y jurisprudencia como fórmula general (RRDGRN 16 marzo 1929, 3 mayo 2000 y 16 mayo 2012).

II.2. Distribución responsabilidad e indivisibilidad hipoteca

Prevalece el principio de especialidad frente al de solidaridad. El principio de solidaridad se adoptó primitivamente en el sistema español, pero la Ley de 1861 con su afán de poner fin a las hipotecas generales ya estableció el sistema actual, consagrado, hoy, en los artículos citados. La adopción de este principio de especialidad o determinación tiene como ventajas[8] el favorecer el crédito territorial, e impedir el fraude y engaños entre el deudor y los acreedores a los que puede dar lugar la hipoteca solidaria; además, la solidaridad no reportaría demasiados beneficios para el acreedor, y la distribución de la responsabilidad es consecuencia directa del principio de publicidad registral, que exige que, de una manera u otra, los derechos publicados por el Registro estén perfectamente delimitados. En este caso en concreto, como apunta Díaz González[9], "la distribución del crédito es absolutamente necesaria para poder informar debidamente al tercero que concurra al Registro para averiguar el estado de libertad o de gravámenes que afecten a una finca".

A su vez, el principio de especialidad mediante la distribución del crédito hipotecario contradice al de indivisibilidad de la hipoteca —fuente de la solidaridad—. Si como consecuencia de la especialidad de la hipoteca, la responsabilidad hipotecaria se divide entre todas las fincas que garantizan un mismo crédito, dando lugar a tantas hipotecas como fincas existan y cada una de ellas solo responde de esa cantidad, parece que se va en contra de la indivisibilidad de

la hipoteca, que proclama la integridad de la hipoteca, aunque el crédito garantizado o la finca hipotecada se dividan (arts. 122 y 123 LH). Como luego veremos, esto se produce solo *a posteriori*, cuando la pluralidad objetiva de la hipoteca es sobrevenida y la distribución hipotecaria no ha sido consensuada.

Según la indivisibilidad, "la reducción del crédito garantizado por la hipoteca no conlleva la extinción parcial de esta (*tota in toto et tota in qualibet parte*), que seguirá gravando la cosa por entero hasta que se satisfaga la totalidad del crédito garantizado (RRDGRN de 15 de octubre de 1999 y de 4 de junio de 2003)"[10]. En este sentido, esta última resolución ante un supuesto de desafectación como elemento común de la vivienda del portero en una propiedad horizontal, entiende que la hipoteca permanece íntegra sobre la nueva vivienda consecuencia de la división, como consecuencia de la indivisibilidad de la hipoteca que, entiende, contraria al principio de especialidad: "Pero en el caso de división (en uso de una facultad dominical, sin perjuicio de la licencia necesaria según la normativa urbanística —artículo 348 del Código Civil—), en rigor hay modificación de objeto, creándose un objeto nuevo por reducción de otro anterior, y al objeto nuevo se traspasa en bloque por subrogación real legal y necesaria, todo el estatuto o régimen jurídico del derecho anterior, por lo que si no consienten los titulares de otros derechos sobre la finca que se divide, la división no les afecta (cfr. artículos 1.257 y 405 del Código Civil), y en el caso específico de la hipoteca, la irrelevancia jurídica de la división para los terceros, se traduce en un régimen de hipoteca solidaria entre varias fincas (cfr. artículo 123 de la Ley Hipotecaria), ciertamente anómala y contraria al principio de especialidad, pero absolutamente necesaria para la conservación del derecho del acreedor hipotecario, quien podrá pedir la ejecución de cualquiera de ellas o de todas simultáneamente (artículos 122 y 125 de la Ley Hipotecaria)."

Podríamos afirmar como hace VENTOSO ESCRIBANO[11] que el 119 LH y la distribución de la responsabilidad hipotecaria se opone a la hipoteca solidaria, pero no tanto a la indivisibilidad de la hipoteca, ya que esta implica que, hasta que no se pague la totalidad del crédito garantizado, la hipoteca subsiste y la cosa hipotecada sigue siéndolo, aunque se reduzca la cantidad adeudad o finca hipotecada (123 LH)[12].

Sin embargo, ambos principios recogen dos supuestos distintos y no contradictorios[13]: cuando *a priori* —pluralidad objetiva originaria— se establezca una hipoteca en garantía de un sólo crédito sobre varias fincas, deberá dividirse o distribuirse la responsabilidad hipotecaria de forma obligatoria y como regla general (art. 119 LH, principio de especialidad); cosa distinta ocurrirá cuando una finca hipotecada en garantía de un solo crédito se divida *a posteriori* —pluralidad objetiva sobrevenida—. En este caso la hipoteca no se dividirá, sino que permanecerá íntegra sobre la totalidad de la finca (art. 123 LH, principio de indi-

visibilidad de la hipoteca), salvo que se pacte en contra (distribución voluntaria). Como dice Doral García[14], "mientras que la indivisibilidad es una medida conservativa propia de la fase de seguridad, —es decir *a posteriori* de la constitución de la hipoteca, tal y como añade Chico y Ortiz[15] al comentar sus palabras—, la distribución del crédito es una exigencia registral que se orienta principalmente a la fase de ejecución"; y que deberá establecerse en la propia constitución de hipoteca —*a priori*—. Se prohíbe, por tanto, la hipoteca solidaria *a priori*, pero cabe *a posteriori*, cuando no se hubiese pactado la distribución.

Como resumen de todo lo dicho hasta ahora, baste señalar que, ante la situación de varias fincas hipotecadas desde el inicio, en garantía de un único crédito, nuestro ordenamiento determina la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre todas ellas, conforme al principio de especialidad. Se rechaza la posibilidad de que la hipoteca permanezca indivisible sobre las mismas, lo que significaría que cada finca responde solidariamente del crédito asegurado, tal y como se desprende de los principios de indivisibilidad de la hipoteca y solidaridad. Estos principios actúan, no obstante, en el supuesto de hecho distinto como es la posterior división de finca hipotecada y crédito garantizado.

A priori, prevalece el principio de especialidad sobre la solidaridad o indivisibilidad de la hipoteca. Tal y como afirma parte de la doctrina[16], el principio de indivisibilidad no se configura como un elemento esencial de la hipoteca, ya que puede excluirse por las partes, mientras que el de especialidad no. En este sentido, también la —ya antigua— RDGRN 12 marzo 1936 que decía que "considerando que la hipoteca, garantía real del cumplimiento de una obligación, al determinarse en la finca o derecho hipotecado y en su responsabilidad, si son varias, se trunca el principio de la indivisibilidad para someterse al de especialidad, viniendo a ser la hipoteca sobre varias fincas, respecto de derechos inscritos con posterioridad, mancomunada y no solidaria entre ellas".

Pero, repetimos, no son principios incompatibles o contradictorios, ambos se ensamblan perfectamente, para situaciones y casos diferentes. Pues, como luego veremos, aun distribuida la responsabilidad hipotecaria entre varias fincas, como consecuencia del 119 LH, la hipoteca permanece indivisible sobre todas ellas, aunque se pague parcialmente el crédito garantizado. La distribución y la indivisibilidad se complementan. Como dice el Tribunal Supremo, en la STS 4 febrero 2005, "el elemento característico de la hipoteca como derecho real de garantía dirigido a asegurar el cumplimiento de una obligación, su indivisibilidad; de ahí que en tanto el débito del que responde no se satisfaga íntegramente seguirá la hipoteca gravando la totalidad del fundo a ella sujeto. Consecuencia de esto es que el hecho de que por pagos o acuerdos se vaya disminuyendo la deuda, no altera la función ni la extensión de la hipoteca hasta que el débito se satisfaga por

completo (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1986)". Así lo ha interpretado la jurisprudencia, aunque discrepemos en algún sentido.

Podríamos decir que las relaciones entre la distribución de la responsabilidad hipotecaria (especialidad) y la indivisibilidad de la hipoteca se instrumentan de la siguiente forma: La especialidad —y distribución de la responsabilidad— es la regla general obligatoria *a priori* cuando se hipotecan varias fincas a la vez, excluyendo la solidaridad de dichas hipotecas; pero, esta regla general decae, y se convierte en voluntaria cuando se produce *a posteriori* la división de la —única— finca hipotecada, siendo la regla general entonces la indivisibilidad.

II.3. Procedimiento de distribución

El art. 216 del Reglamento hipotecario describe las dos formas de hacerse dicha distribución: por pacto, acuerdo o convenio entre los interesados (distribución convencional), o por mandato judicial (distribución judicial).

En el primer caso, la distribución se hará en la misma escritura de hipoteca que se presenta al Registro, o bien, en otro documento público, o solicitud al Registrador firmada y ratificada ante él[17]. En el segundo caso, si no se ponen de acuerdo las partes (distribución judicial), el procedimiento adecuado, y según opinión de Roca Sastre[18], será el juicio ordinario correspondiente, pero, a semejanza del art. 165.5 LH, habrá de seguirse los trámites de los incidentes.

Por último, y aunque no aparece recogida en este artículo, pero sí en otros de la Ley y el Reglamento, la distribución podrá hacerse de manera unilateral por el dueño de la finca o derecho gravado, en el caso de que se trate de una hipoteca unilateral (art. 141 LH), o bien de una hipoteca en garantía de títulos al portador o transmisibles por endoso (art. 154 LH), ya que en ambos no interviene en la constitución de la hipoteca el acreedor hipotecario.

II.4. Excepciones

La distribución de la responsabilidad hipotecaria no se produce en todos los casos en los que existe una pluralidad de fincas hipotecadas por un sólo crédito. Cuando esto ocurre se puede hablar de excepciones a la distribución de la responsabilidad hipotecaria.

El art. 217 RH dice que, si se hipotecan varios derechos integrantes del dominio o participaciones *pro-indiviso* de una finca o derecho, los propietarios o titulares pueden acordar la constitución de una sola hipoteca sobre la totalidad de los derechos, sin que sea necesaria su distribución. Este artículo contempla el supuesto de hipoteca conjunta, que es excepción a la regla del art. 119 LH y

216 RH. Pero, realmente, y como pone de manifiesto parte de la doctrina[19], si se hipoteca la totalidad de los derechos o participaciones que integran el dominio, es como si se hipotecara la finca o el derecho al completo, lo que, en rigor, no supondría una clara excepción al art. 119 LH, pues no se trataría de distintas fincas hipotecadas, sino de una sola. Cosa distinta sería que, en vez de hipotecarse la totalidad, se hipotecaran solamente determinadas participaciones o derechos; en este caso sí que se haría necesario la distribución de la responsabilidad hipotecaria.

El art. 218 RH regula el supuesto de posibilidad de constitución de una sola hipoteca sobre la totalidad de una finca de propiedad horizontal, sin que sea necesaria la distribución de la responsabilidad entre los distintos pisos. Este artículo es criticado por la doctrina[20], por atentar contra el principio de especialidad, pues los distintos pisos que componen el régimen de propiedad horizontal son fincas distintas, y como tales deben considerarse, siendo una barbaridad el poder englobarlas a todas sin distribución de la responsabilidad hipotecaria, en una sola hipoteca. En realidad, la mayor dificultad que se presenta en esta situación es qué efectos produce esa hipoteca sobre la totalidad del edificio. Si la hipoteca es anterior al establecimiento de la propiedad horizontal sobre el mismo, los distintos nuevos propietarios deben soportarla por ser anterior. Pero, el problema surge cuando la hipoteca sobre la totalidad se constituye con posterioridad a la división en propiedad horizontal sobre el edificio. ¿Qué pasa si se ejecuta dicha hipoteca? En principio, sale a subasta la totalidad de la finca, y el adjudicatario obtiene dicha totalidad, que consiste en todos los pisos que componen el citado edificio. ¿Se deshace, entonces, el régimen de propiedad horizontal? Es una cuestión que resulta dudosa, y cuyas consecuencias pueden ser más importantes de lo que se cree. Un problema jurisprudencial concreto, derivado de esto, ocurre cuando, por ejemplo, se establece una hipoteca sobre un edificio dividido en propiedad horizontal, y uno de los propietarios de un piso paga y extingue su parte del crédito. ¿Puede solicitar la cancelación correspondiente a su piso? No podrá solicitarla unilateralmente, pues necesitará del consentimiento unánime del resto de los propietarios ya que, al no distribuirse la responsabilidad hipotecaria entre los distintos pisos, no podrá aplicarse, tampoco, la posibilidad prevista en el art. 124 LH de cancelación parcial.

Otro supuesto excepcional al art. 119 LH, que hemos señalado anteriormente, se produce cuando se divide la finca hipotecada *a posteriori*; supuesto contemplado en el art. 123 LH que, lejos de provocar la distribución del crédito hipotecario entre las distintas partes resultantes, afirma que la hipoteca permanece o subsiste íntegra sobre la totalidad de éstas. Sin embargo, ya se ha dicho antes que este supuesto es completamente distinto al regulado en el art. 119 LH. Aquí, la división

en distintas partes de la finca se produce *a posteriori,* al contrario del supuesto del 119 LH, donde se constituye, *a priori*, una hipoteca sobre distintas fincas.

Como ya hemos dicho, según el art. 123 LH[21], cuando una finca previamente hipotecada se divide en dos o más fincas, la hipoteca permanece íntegra sobre todas ellas, para que el acreedor no se vea perjudicado en su derecho[22]. Es una manifestación de la indivisibilidad de la hipoteca, como derecho real de garantía que es, mientras que el 119 LH es una manifestación del principio de especialidad. Supuestos distintos con una cronología de hechos diferente.

Hay que recordar, que, en este caso, vale también (si así lo deciden las partes) dividir y distribuir la hipoteca entre las nuevas fincas resultantes, pero, si no lo hacen (es voluntario), la hipoteca permanece íntegra sobre todas ellas. En el caso del acuerdo de distribución estaríamos ante una distribución voluntaria, y no obligatoria o esencial como en el caso del 119 LH y *a posteriori*.

II.5. Efectos de la distribución de la responsabilidad hipotecaria

En primer lugar, y de modo general, la consecuencia más obvia es que quedan constituidas tantas hipotecas como fincas gravadas (en el plano real).

En segundo lugar, tal y como recogen los arts. 120 y 121 LH, el acreedor hipotecario sólo podrá repetir, con perjuicio de tercero, contra la finca o derecho hipotecado por la parte o cantidad del crédito que garantiza. No obstante, si dicha finca o derecho no fuera suficiente para la satisfacción del crédito, podrá el acreedor repetir por la diferencia contra cualquiera de las otras, pero sin prelación con respecto a los que, después de inscrita la hipoteca, hubieran adquirido algún derecho real sobre las mismas. Eso, sí, si no existe tercero, como ya hemos señalado y según afirma Ventoso Escribano, parece que la hipoteca permanece sobre todas las fincas dadas en garantía, pues la distribución no actúa, y entra en juego la indivisibilidad.

Del estudio de todos estos artículos se aprecia la importancia que tiene para la distribución la existencia o no de terceros hipotecarios. Si no existen terceros hipotecarios, el acreedor actuará como si la hipoteca no se hubiera dividido entre las fincas, pudiendo, por lo tanto, repetir contra cualquiera de ellas por la totalidad del crédito. Sin embargo, si existen terceros deberán aplicarse los artículos anteriores[23].

En un sentido parecido, las RRDGNR 1 y 17 de octubre de 2001 y 13 de enero de 2003 han señalado que el principio de determinación exigido por el art. 119 LH "no implica división del crédito asegurado en tantos créditos como fincas se dan en garantía; el crédito conserva su unidad originaria y con ella la facultad del acreedor de excluir pagos parciales (cfr. art. 1169 del Código Civil) y la facultad

de exigir el todo al deudor (cfr. art. 1157 del Código Civil)", cuando el acreedor, sigue diciendo la DGRN, "insta la ejecución de las fincas dadas en garantía no está haciendo valer hipotecas diferenciadas de créditos independientes, sino la garantía real única de un único crédito sin perjuicio de que del precio de remate no se destine para pagar al acreedor una cantidad superior a la fijada".

Luego, la distribución de la responsabilidad hipotecaria, realmente, no fracciona el crédito garantizado que sigue siendo uno, pero tampoco la hipoteca como derecho real en su totalidad; solo facilita la cuantía máxima de la que responde cada finca en ejecución.

Por último, el art. 124 LH recoge el supuesto de cancelación parcial de la hipoteca inscrita, cuando se haya distribuido la responsabilidad hipotecaria entre varias fincas. En este caso, satisfecha la parte del crédito con que estuviese gravada una finca, podrá pedirse, por quien tenga interés, la cancelación parcial de la hipoteca en cuanto a la misma finca. Es decir, se produce una cancelación total de la hipoteca respecto a la finca, pero parcial en cuanto a la totalidad del crédito. La necesidad de la previa distribución de la responsabilidad hipotecaria para la cancelación parcial parece inducirse del propio precepto ("dividida la hipoteca") y viene exigida por la jurisprudencia registral en numerosas resoluciones, baste ver las siguientes: RRDGRN 28 octubre 1886; 12 junio 1899; 17 marzo 1969; 12 febrero 1988; 27 mayo 1989. Eso sí, entendemos que esta posibilidad solo procederá cuando el acreedor haya aceptado el pago parcial del crédito garantizado, pues de otro modo, no se puede compelerle a aceptarlo (art. 1169 CC). Luego, esa cancelación parcial del 124 LH no puede aplicarse de forma generalizada a cualquier pago o disminución del crédito garantizado. Exige previa distribución de la responsabilidad hipotecaria y consentimiento del acreedor[24].

En la práctica, parece que existe diversa confusión al respecto, y surge la duda de si, pagado parcialmente un crédito garantizado con hipoteca sobre varias fincas (con distribución responsabilidad hipotecaria), si puede cancelarse parcialmente la hipoteca, y liberar una de las fincas por el deudor, con carácter general y base en el 124 LH. Es decir, si se permite la cancelación parcial y liberación total de una de las fincas hipotecadas a instancias del deudor, cuando se ha pagado parte del crédito garantizado.

Existen diversas resoluciones que resuelven casos en los que, a pesar de haberse distribuido la responsabilidad hipotecaria entre varias fincas, y pagado parte del crédito, sostienen que no puede cancelarse parcialmente la hipoteca, lo que parece contradictorio con la dicción aparente del 124 LH. Conviene detenernos en estos casos, y en la evolución jurisprudencia que ha tenido este asunto, que ha examinado la reciente STS de 23 enero 2024, de la Sala de lo Contencioso, en la que ha aprovechado el Alto Tribunal para sentar doctrina en una cuestión de dudosa interpretación.

III. CANCELACIÓN PARCIAL DE LA HIPOTECA PREVIAMENTE DISTRIBUIDA ENTRE VARIAS FINCAS EN GARANTÍA DE UN ÚNICO CRÉDITO

La cuestión que debemos afrontar es la siguiente: Partimos del hecho de que cuando se ha distribuido la responsabilidad hipotecaria entre varias fincas, aunque se haya pagado parte del precio, en principio, y por la indivisibilidad de la hipoteca, no puede cancelarse parcialmente esta, salvo el consentimiento del acreedor (art. 122 LH), tal y como ha manifestado, entre otras la RDGN 30 octubre 2017. Pero, esta regla general tiene la excepción, como el mismo 122 LH prevé, en el art. 124 LH: "dividida la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito entre varias fincas, y pagada la parte del mismo crédito con que estuviere gravada alguna de ellas, se podrá exigir por aquel a quien interese la cancelación parcial de la hipoteca en cuanto a la misma finca."

Pues bien, corresponde que nos preguntemos si el artículo 124 LH se está refiriendo al supuesto de un crédito garantizado con hipoteca sobre varias fincas, con la consiguiente distribución de la responsabilidad hipotecaria *a priori* entre ellas (art. 119LH), cuando habla de "dividida la hipoteca", procediendo entonces la cancelación por pago parcial del crédito; o si, por el contrario, el art. 124 LH se está refiriendo al caso de división posterior del propio crédito garantizado con hipoteca, y consecuente división de la hipoteca (con distribución hipotecaria en este caso, de consentirse, voluntaria y no obligatoria).

Antes de detenernos en el examen de la sentencia de 23 enero 2024, que sienta doctrina jurisprudencial, hay que señalar que el Tribunal y la Dirección de los Registros y del Notariado ya se habían pronunciado anteriormente en este tema.

En una primera etapa, y como recoge Martinez Calvo[25], la DGRN entendió que el art. 124 LH se refería al supuesto de distribución de la responsabilidad hipotecaria del art. 119 LH. En consecuencia, distribuido *a priori* la responsabilidad hipotecaria entre varias fincas en garantía de un solo crédito, y pagado parcialmente el crédito, podía cancelarse parcialmente el crédito hipotecario y liberar una de las fincas hipotecadas (RRDGRN 27 enero y 4 diciembre 1986; 15 enero 1991 y 16 julio 1996).

Sin embargo, a raíz de la STS 4 febrero 2005 se cambia el parecer jurisprudencial. En un supuesto muy similar al que va a examinar la STS 23 enero 2024, donde existía un crédito hipotecario garantizado con varias fincas, sobre las que se había distribuido previamente la responsabilidad hipotecaria, el Tribunal Supremo va a entender que no procede aplicar el art. 124 LH cuando estamos ante una distribución de la responsabilidad hipotecaria *ab initio,* del 119 LH.

En concreto, se trataba de la constitución de una hipoteca unilateral sobre 5 fincas, en garantía de un único crédito en favor de varios bancos, donde se había distribuido la responsabilidad hipotecaria entre todas ellas. Pagado parcialmente el crédito garantizado, se solicita la cancelación parcial y liberación de dos fincas gravadas, aunque la cantidad pagada no alcanzaba la responsabilidad hipotecaria asignada a cada una de ellas. En este caso, el Tribunal Supremo señaló que no tienen aplicación al supuesto ni el artículo 124 de la LH ni el 221 del RH, pues se trata de un único crédito garantizado con una hipoteca sobre varias fincas, y no un supuesto de división del crédito (e hipoteca) entre varias fincas, debiendo primar el principio de especialidad frente a unas pretendidas hipotecas solidarias. Cuando el crédito no se divide, aunque se distribuya la responsabilidad hipotecaria, no procede aplicar el 124 LH.

Así lo expresó el Tribunal: "La invocación del artículo 124 como argumento del motivo es improcedente pues no se está en la escritura de constitución de hipoteca en presencia de la división de un crédito entre varias fincas, sino en presencia de un único crédito para cuyo pago se hipotecan diversas fincas, con la consiguiente y obligatoria valoración de las mismas. Es decir, que se está ante el supuesto del artículo 119 de la Ley Hipotecaria que dispone que «cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito se determinará la cantidad o parte de gravamen de que cada una pueda responder».

Y en lo que aquí importa no es posible liberar ninguna de las fincas hipotecadas, en caso de pago parcial, cualquiera que sea la parte del crédito que el deudor haya satisfecho, y esto ocurre independientemente de que existan o no terceros poseedores de los bienes gravados. Es decir, tampoco aquí tienen aplicación los artículos 124 de la Ley Hipotecaria y 221 del Reglamento Hipotecario, de modo que ni el hipotecante ni el tercer poseedor pueden exigir la cancelación parcial de la hipoteca cualquiera que sea la parte de crédito satisfecha."

El Alto Tribunal basa su decisión en la distinción entre la distribución de la responsabilidad hipotecaria y la solidaridad, afirmando que "Y es que sustituido el principio de generalidad por el de especialidad de las hipotecas, hoy el concepto de solidaridad hay que referirlo necesariamente a la hipoteca sobre fincas ciertas y determinadas inscritas. En este sentido, como en el caso que nos ocupa, la hipoteca solidaria (concepto inducido de los artículos 119 y 123 de la Ley Hipotecaria), es aquella por la que quedan sujetas varias fincas simultáneamente en garantía de un mismo crédito, sin determinarse la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder, pudiendo el acreedor repetir por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las fincas gravadas o contra todas ellas."

Y concluye resumiendo los hechos probados que son contrarios a la aplicación del 124 LH, pues la cantidad pagada era inferior a la responsabilidad de cada finca; solo existía un crédito garantizado (aunque distribuida la responsabi-

lidad a efectos 119 LH); los acreedores hipotecarios no han consentido a la cancelación y no existe tercero hipotecario; por lo tanto, no se aplica el 124 LH, sino el 119 y 120LH[26], que se refieren a un caso distinto del que recoge ese artículo.

Esta misma idea es repetida y consolidada en la STS 23 enero 2024. En ella se analizan los siguientes hechos: se otorga escritura de hipoteca unilateral a favor de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, en garantía de dos liquidaciones, constituyendo una única hipoteca sobre un total de 176 inmuebles, en garantía de una deuda de 1.720.256, 58 euros. La responsabilidad hipotecaria se distribuyó entre las fincas hipotecadas, sin distinción de las dos deudas tributarias, que se incorporaban en el único crédito garantizado. Más tarde, como consecuencia de la anulación de la liquidación de una de las deudas tributarias, se solicitó "el levantamiento parcial de las hipotecas (sic) en lo que respecta a determinadas fincas (de las 176 sobre las que se constituyó hipoteca)"

Como afirma el Tribunal, la cuestión es "Determinar si, cuando ha sido formalizada una hipoteca unilateral sobre varias fincas en garantía de la suspensión de la ejecución de varias liquidaciones, la anulación de una de ellas en vía judicial da derecho al recurrente a cancelar parcialmente la hipoteca sobre determinados bienes inmuebles o, por el contrario, la cancelación debe hacerse de forma proporcional sobre todos los bienes hipotecados.". El Auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 3 febrero 2022, objeto del presente recurso ante el TS, concluyó que no es posible dicha cancelación parcial y liberación de finca, y que no es aplicable el art. 124 LH, "ya que ya que contempla el caso de hipotecas divididas entre varias fincas, para el supuesto de que, pagado un crédito que grava una de ellas, se puede cancelar la hipoteca sobre esa finca, toda vez que estamos ante un supuesto de hipoteca única sobre todas las fincas para garantizar todas las deudas, es decir, el supuesto del art. 122 LH, y a tal norma nos acogemos para desestimar el recurso de reposición". Y, como existe una única hipoteca sobre varias fincas, en garantía de un único crédito (por dos deudas tributarias), no puede olvidarse que la hipoteca es indivisible y subsiste sobre todas las fincas mientras no se termine de pagar la totalidad de la obligación asegurada (122LH).

El TS confirma lo establecido en el auto y afirma que "de una interpretación conjunta de los artículos 1860 del Código Civil (LA LEY 1/1889), en relación con el 122 y 124 de la LH, se deduce este principio de la indivisibilidad de la hipoteca, característico de este derecho real de garantía en nuestro Ordenamiento Jurídico. Ello implica que, si una hipoteca se constituye en garantía de un crédito único sobre una pluralidad de fincas, permanecerá íntegra sobre todas ellas hasta que aquél se haya satisfecho en su totalidad, a no ser que el crédito se haya dividido, de forma que cada una de las fincas hipotecadas responda de una porción concreta del mismo. A esta conclusión no empecé lo dispuesto en el artículo 119

de la LH, que obliga a que "cuanto se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito, se determinará la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder", en definitiva, la responsabilidad hipotecaria de cada finca que actúa como límite en beneficio de terceros adquirentes de los bienes y de terceros acreedores posteriores.

Si la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las diferentes fincas hipotecadas equivaliera a la división del crédito entre las mismas a la que se refieren los artículos 124 de la LH y 1860 del C.c., como tal distribución es exigible legalmente en todo caso, no tendría sentido ni aplicación lo dispuesto con carácter general en el artículo 122 LH conforme al cual "La hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada, y sobre cualquiera parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido; pero sin perjuicio de lo que se dispone en los dos siguientes artículos".

Y acogiendo lo dispuesto en el art. 119 LH, continúa afirmando que "Lo que se deduce de esta norma, en coherencia con el artículo 122 LH es que no se puede exigir esa cancelación parcial por el deudor, ni por el hipotecante no deudor, sino por el tercer poseedor que podrá pagar la deuda que ha sido distribuida a la finca, así como los correspondientes intereses y exigir la cancelación de la hipoteca en lo que afecte a la finca adquirida."

El Tribunal Supremo termina remarcando lo que ya hemos afirmado antes: los supuestos de aplicación del 123-124H y del 119 LH son diferentes, y el primero de ellos supone la división *a posteriori* de la fina hipotecada, con la consecuente división del crédito y garantía, mientras que la aplicación del 119 LH solo se refiere a una distribución de la responsabilidad, pero permaneciendo la hipoteca y el crédito indivisibles[27].

Y termina fijando la doctrina jurisprudencial siguiente: "*e*n los casos en que se ha otorgado hipoteca unilateral sobre varias fincas registrales, para la suspensión de la ejecución de varias obligaciones tributarias, la anulación de una de ellas en vía judicial, subsistiendo la garantía otorgada respecto a otras liquidaciones tributarias, no otorga a la parte que ha constituido la garantía el derecho a que sea cancelada parcialmente la hipoteca sobre determinados bienes hipotecados.*"*

Por lo tanto, el art. 124 LH no puede aplicarse cuando se produce una distribución hipotecaria del 119 LH, obligatoria y *a priori*, y el crédito sea único. Lo descrito en el 124 LH no afecta al supuesto descrito en el art. 119 LH, con carácter general.

De esta doctrina, entendemos y deducimos que el art. 124 LH —y la cancelación parcial que prevé— están pensados para aquellos supuestos de división del crédito y garantía, consecuencia de la división *a posteriori* de la finca inicialmente garantizada, pues el supuesto del 119 LH parece excluirse. Parece

que es en estos casos donde procederá esa cancelación parcial, aparentemente contraria a la indivisibilidad de la hipoteca, pero que no lo es porque ya no hay una única hipoteca en garantía de un crédito, sino una división también de este y su garantía real entre las nuevas fincas resultantes, y siempre que así lo consienta el acreedor.

Esta es la doctrina jurisprudencial imperante, la que debemos dar por buena, si bien, comparto las objeciones que a la misma ya hizo Martínez Calvo[28], pues, no veo descabellado pensar que el 124 LH se aplique al supuesto del 119 LH, cuando se haya distribuido la responsabilidad hipotecaria entre varias fincas desde el inicio, y ello, como dice este autor porque es más coherente con la interpretación sistemática y teleológica de este artículo: "Aunque la jurisprudencia ha interpretado que dicha posibilidad se refiere exclusivamente a aquellos casos en los que el propio crédito se haya dividido, si llevamos a cabo una interpretación sistemática de la ley y tenemos además en cuenta el carácter excepcional que el legislador ha atribuido a la hipoteca solidaria, parece más razonable entender que se extiende también a los supuestos de unidad de crédito. Además, esta interpretación garantiza una mayor reciprocidad de los derechos e intereses entre las partes, evitando que se produzca una situación de sobregarantía, así como los grandes perjuicios que ello podría causar al propietario de la finca gravada, que se vería impedido para disponer de ella libre de cargas o acceder a financiación complementaria a través de la celebración de nuevos contratos de préstamo garantizados por la finca gravada. Por ello, sería deseable un replanteamiento de esta cuestión por parte de nuestros Tribunales."

Considero que sería bueno esa reinterpretación del 124LH, que no obsta ni al principio de especialidad ni al de indivisibilidad, haciendo compatibles ambos sistemas en situaciones diferentes.

IV. CONCLUSIONES

I. La distribución de la responsabilidad hipotecaria es consecuencia del principio de especialidad registral, ligado inexorablemente a la hipoteca y que exige la perfecta delimitación de todos los elementos de la relación jurídico-registral.

II. La distribución de la responsabilidad hipotecaria exige que, constituida una hipoteca en garantía de un crédito sobre diversas fincas, se concrete la cantidad de la que cada una de ellas va a responder (responsabilidad hipotecaria). Se hace *a priori*, cuando desde el inicio se hipotecan varias fincas a la vez.

III. Aparentemente, el principio de especialidad y la distribución de la responsabilidad hipotecaria parecen contradecir, en cierto modo, el de indivisibilidad de la hipoteca —fuente de la solidaridad—. Si por la especialidad de la hipoteca, la responsabilidad hipotecaria se divide entre todas las fincas que garantizan un mismo crédito, dando lugar a tantas hipotecas como fincas existan, la indivisibilidad de la hipoteca proclama la integridad de la hipoteca, aunque el crédito garantizado o la finca hipotecada se dividan (arts. 122 y 123 LH).

IV. Sin embargo, la distribución de la responsabilidad hipotecaria se opone a la hipoteca solidaria, pero no tanto a la indivisibilidad de la hipoteca ya que esta implica que, hasta que no se pague la totalidad del crédito garantizado, la hipoteca subsiste y la cosa hipotecada sigue siéndolo, aunque se reduzca la cantidad adeudad o finca hipotecada (123 LH).

V. Ambos principios recogen dos supuestos distintos y no contradictorios: cuando *a priori* se establezca una hipoteca en garantía de un sólo crédito sobre varias fincas, deberá dividirse o distribuirse la responsabilidad hipotecaria (art. 119 LH, principio de especialidad); cosa distinta ocurrirá cuando una finca hipotecada en garantía de un solo crédito se divida *a posteriori*. En este caso la hipoteca no se dividirá, sino que permanecerá íntegra sobre la totalidad de las fincas (indivisible). Son, por tanto, compatibles. Si no hay distribución, hay indivisibilidad. Y si se divide *a posteriori* y se distribuye la responsabilidad, prima la especialidad (ahora voluntaria).

VI. No obstante, podemos encontrar una "excepción" a la complementariedad entre el 119 LH y el 123 LH, en el 124 LH que permite, de forma excepcional, cancelar parcialmente la hipoteca de una de las fincas hipotecadas cuando se haya pagado parte del crédito.

VII. En la práctica, es frecuente que, con base en este art. 124 LH, se solicite la cancelación parcial de una hipoteca y liberación de una de las fincas gravadas desde el inicio, en garantía de un crédito, previa —y porque— distribución de la responsabilidad hipotecaria entre ellas (según recoge el art. 119LH). En estos casos, afirma el Tribunal Supremo, no es de aplicación el 124 LH.

VIII. No puede aplicarse el artículo 124 de la LH ni el 221 del RH, pues se trata de supuestos en los que existe un único crédito garantizado con una hipoteca sobre varias fincas, y no un supuesto de división del crédito (e hipoteca) entre varias fincas. Desde el inicio solo hay un crédito garantizado y una hipoteca, eso sí, sobre varias fincas. Debe, en consecuencia, primar el principio de especialidad frente a unas pretendidas

hipotecas solidarias. Mientras el crédito no se divida, aunque se distribuya la responsabilidad hipotecaria *a priori y* como consecuencia del 119LH, no procede aplicar el 124 LH y la cancelación parcial.

IX. A la vista de esta doctrina jurisprudencial, entendemos nosotros que este artículo 124 LH solo se aplicará en cuanto se produzca *a posteriori* una división hipotecaria, del crédito y la hipoteca.

X. Sin embargo, creemos que puede discutirse esta doctrina, y que el art. 124 LH y la cancelación parcial de hipoteca que recoge, podría ser posible en un supuesto de pluralidad objetiva originaria, del 119 LH, pues la propia dicción del 124 LH implica la existencia de un solo crédito garantizado y la división o distribución hipotecaria previa. De otro modo, se da carta de naturaleza a la prevalencia de hipotecas solidarias (que no se pueden cancelar) frente al principio de especialidad registral.

XI. Hay que entender cada uno de los supuestos a los que deben aplicarse estos artículos que son todos ellos complementarios, cierran un círculo perfecto en el que se ensamblan los principios de determinación (especialidad) e indivisibilidad de la hipoteca.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Dirección General de los Registros y del Notariado, hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

- RDGRN 28 octubre 1886
- RDGRN 12 junio 1899
- RDGRN 16 marzo 1929
- RDGRN 12 marzo 1936
- RDGRN 4 noviembre 1968
- RDGRN 17 marzo 1969
- RDGRN 4 julio 1984
- RDGRN 27 enero 1986
- RDGRN 4 diciembre1986
- RDGRN 12 febrero 1988
- RDGRN 22 marzo 1988
- RDGRN 27 mayo 1989
- RDGRN 15 enero 1991
- RDGRN 16 julio 1996
- RDGRN 15 octubre 1999
- RDGRN 3 mayo 2000

- RDGRN 1 octubre 2001
- RDGRN 17 octubre 2001
- RDGRN 13 enero 2003
- RDGRN 4 junio 2003
- RDGRN 16 mayo 2012
- RDGRN 30 octubre 2017

Tribunal Supremo

- STS 25 febrero 1986
- STS 4 febrero 2005
- STS 23 enero 2024

Tribunal Superior de Justicia

- Auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 3 febrero 2022

VI. BIBLIOGRAFÍA

Aa.vv. (1974). *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución,* tomo I, Castalia: Madrid.

Álvarez Caperochipi, J.A. (1987). *Curso de derechos reales,* tomo II, Civitas: Madrid.

Ballester Giner, E. (1989). *Derechos reales,* Organización Velló: Valencia.

Cano Tello, C. (1982). *Iniciación al estudio del Derecho hipotecario,* Civitas: Madrid.

Chico y Ortiz, J.M. (1989). *Estudios de Derecho hipotecario,* tomo II, Marcial Pons: Madrid.

Cossío y Corral, A. (1986). *Instituciones de Derecho hipotecario,* Civitas: Madrid.

Diaz González, C. (1967). *Iniciación a los estudios de Derecho hipotecario*, Editorial Revista de Derecho Privado: Madrid.

Doral García, J.A. (1966). *La fase de seguridad en la hipoteca*, Universidad de Navarra: Pamplona.

García García, J.M. (1988). *Derecho inmobiliario registral o hipotecario,* tomo I, Civitas: Madrid.

García Goyena, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español,* tomo IV, Sociedad Tipográfica Editorial: Madrid.

González Laguna M. y Manzano Solano, A. (2004). Comentario al art. 124 LH, en *Comentarios al Código Civil, Tomo VII, Vol* 6.º, Edersa: Madrid.

González Ordóñez, J.M. (1953). *Apuntes de Derecho hipotecario,* Centro de Estudios y Oposiciones: Madrid.

González y Martínez, J. (1948). *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil,* tomo I, Ministerio de Justicia: Madrid.

Martínez Calvo, J. (2020). La hipoteca sobre varias fincas en garantía de un único crédito: distribución de responsabilidad, cancelación parcial y ejecución, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* n.º 779, pp. 1649-1682.

Pau Pedrón, A. (1996). *Manual de Derecho registral inmobiliario,* Fundación para la Formación de Altos Profesionales: Madrid.

Roca Sastre, R.M. (1968). *Derecho hipotecario,* tomo IV-1.º, Bosch: Barcelona.

Rodríguez Otero, L. (2016). *Elementos de Derecho hipotecario.* Madrid: Wolters Kluwer.

Sanz Fernández, A. (1953). *Instituciones de Derecho hipotecario,* tomo II, Reus: Madrid.

Ventoso Escribano, A. (2011). Distribución de la responsabilidad hipotecaria, *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 79, julio-septiembre, pp. 403-494

NOTAS

[1] Cfr. González y Martínez, J. (1948). *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil,* tomo I, Ministerio de Justicia: Madrid p. 427; Sanz Fernández, A. (1953). *Instituciones de Derecho hipotecario,* tomo II, Reus: Madrid, p. 207; Álvarez Caperochipi, J.A. (1987). *Curso de derechos reales,* tomo II, Civitas: Madrid, pp. 138-139.

[2] Cfr. en este sentido García García, J.M. (1988). *Derecho inmobiliario registral o hipotecario,* tomo I, Civitas: Madrid, p. 552: "a éste (el Registro) sólo deben acceder situaciones jurídicas que estén perfectamente determinadas, porque sólo de este modo se producirá una plena claridad en los asientos, que es la base de la publicidad registral y del fomento del crédito territorial".

[3] Art. 1784 del Proyecto de CC 1851, en García Goyena, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español,* tomo IV, Sociedad Tipográfica Editorial: Madrid, p. 184.

Art. 1784: "no puede constituirse —la hipoteca— sino sobre bienes inmuebles, especial y expresamente determinados". Como comentario a este artículo, García Goyena afirma que "la publicidad no sería completa si quedaran subsistentes las hipotecas generales; la especialidad es el complemento necesario de aquel principio; sin ella sería imposible conocer la situación verdadera de un bien inmueble que hubiera de servir de objeto a una obligación". Queda patente la importancia que adquiere este principio de especialidad en las hipotecas en este Proyecto de Código.

[4] En AA.VV. (1974). *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución,* tomo I, Castalia: Madrid, p. 122.

[5] Cfr. Exposición de Motivos Ley Hipotecaria 1861, en *Leyes hipotecarias y registrales de España...,* tomo I, ob. cit., p. 331.

[6] Artículos 9, 12, 119 LH 1909, que tienen el mismo contenido que los actuales, relativo al principio de especialidad en cuanto se exige que en el Registro consten determinadas circunstancias del derecho que se inscribe (art. 9), el importe de la obligación que se garantiza con hipoteca (art. 12), la distribución de responsabilidad hipotecaria entre varias fincas (art. 119). La LH actual de 1944-46, repite estos artículos, por lo tanto, me remito para su estudio a las siguientes líneas.

[7] De forma muy parecida lo ha definido la doctrina hipotecaria, entre ellos, destacan: Díaz González, C. (1967). *Iniciación a los estudios de Derecho hipotecario*, Editorial Revista de Derecho Privado: Madrid, p. 265; para el cual, el principio de especialidad consiste en que "tanto objetiva como jurídicamente aparezca perfectamente determinado el dominio o derecho real que se inscribe y su titular"; González Ordóñez, J.M. (1953). *Apuntes de Derecho hipotecario,* Centro de Estudios y Oposiciones: Madrid, p. 122; concreta este principio en la necesidad de que "los derechos inmobiliarios aparezcan registrados con una especificación descriptiva que abarque su base física, su contenido jurídico y económico y su titularidad"; Cano Tello, C. (1982). *Iniciación al estudio del Derecho hipotecario,* Civitas: Madrid, p. 110; trata de describir el contenido del principio de especialidad, y dice que, en virtud del mismo, no sólo es necesario "concretar e individualizar las fincas..., sino que además es necesario especificar cada uno de los derechos reales constituidos sobre ella, y es preciso además expresar con exactitud quién es el propietario de la finca y quiénes son los titulares de los derechos reales existentes sobre la misma, así como las cuotas de participación en su caso".

[8] Roca Sastre, R.M. (1968). *Derecho hipotecario,* tomo IV-1.º, Bosch: Barcelona, pp. 527-529.

[9] Díaz González, C. (1967). *Iniciación a los estudios de Derecho hipotecario*, ob. cit., p. 86.

[10] Martínez Calvo, J., (2020). La hipoteca sobre varias fincas en garantía de un único crédito: distribución de responsabilidad, cancelación parcial y ejecución, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* n.º 779, p. 1656.

[11] Ventoso Escribano, A. (2011). Distribución de la responsabilidad hipotecaria, *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 79, julio-septiembre, pp. 423 y 424.

[12] Y continúa explicándolo con este ejemplo: "Es decir, si una finca garantiza 100 y el deudor paga 30, la hipoteca sigue íntegra sobre la finca; no es que el deudor siga debiendo 100, sino que debe 70, pero la hipoteca sigue gravitando sobre la totalidad de la finca. Si en garantía de 100 se hipotecan cuatro fincas, el principio de determinación exige precisar la cantidad de que cada una responda (por ej., 25 cada una); en tal caso, pagadas 20 no se puede pedirla cancelación parcial; en caso de pagar 25 y poder exigir la cancelación de una de ellas (arg. art. 221 RH) no estaríamos ante una cancelación parcial, sino total con relación a esa finca".

[13] Afirma Ventoso Escribano que "estamos ante esferas distintas, de un lado la proscripción de la solidaridad y de otro la indivisibilidad", ob. cit., p. 424.

[14] Doral García, J.A. (1966). *La fase de seguridad en la hipoteca*, Universidad de Navarra, Pamplona, p. 387.

[15] Cfr. Chico y Ortiz, J.M. (1982). *Estudios sobre Derecho hipotecario,* ob. cit., tomo II. Marcial Pons: Madrid, p. 745.

[16] Cfr. Roca Sastre, R.M. (1968). *Derecho hipotecario,* tomo IV-1.º, ob. cit., p. 526; Chico y Ortiz, J.M. (1982). *Estudios sobre Derecho hipotecario,* tomo II, ob. cit., p. 1626*;* Díaz González, C. (1967). *Iniciación a los estudios de Derecho hipotecario,* tomo III, ob. cit., p. 86; Ballester Giner, E. (1989). *Derechos reales,* Organización Velló: Valencia, p. 377; Cossío y Corral, A. (1986). *Instituciones de Derecho hipotecario,* Civitas: Madrid, p. 363. Rodríguez Otero, L. (2016). *Elementos de Derecho hipotecario.* Madrid: Wolters Kluwer, p. 803, y Martínez Calvo, J., (2020). La hipoteca sobre varias fincas en garantía de un único crédito: distribución de responsabilidad, cancelación parcial y ejecución, ob. cit. p. 1656.

[17] De todas formas, la más usual será la primera —escritura de hipoteca—, ya que el notario tiene la obligación de distribuir la responsabilidad hipotecaria si fuera preciso, ya que sabe que, si no lo hace, el instrumento no podrá inscribirse por adolecer de un defecto. En este sentido, la RDGRN 4 noviembre 1968 rechaza la inscripción de una escritura de hipoteca sobre varias fincas, sin que se haya hecho la correspondiente distribución de la responsabilidad hipotecaria sobre ellas; no bastando, a tal efecto, que en la escritura se haya establecido el precio de venta. De dichas cantidades no se puede deducir, sin más, que sean las mismas que deban tomarse como base para la distribución, sin que se diga explícitamente.

[18] Cfr. Roca Sastre, R.M. (1968). *Derecho hipotecario,* tomo IV-1.º, ob. cit., p. 534.

[19] En este sentido: Roca Sastre, R.M. (1968). *Derecho hipotecario,* tomo IV-1.º, ob. cit., pp. 536-537; Chico y Ortiz, J.M. (1989). *Estudios de Derecho hipotecario,* tomo II, ob. cit., p. 1628; Pau Pedrón, A. (1996). *Manual de Derecho registral inmobiliario,* Fundación para la Formación de Altos Profesionales: Madrid, p. 196; Ballester Giner, E. (1989). *Derechos reales,* ob. cit., p. 379.

[20] Cfr.: Roca Sastre, R.M. (1968). *Derecho hipotecario,* tomo IV-1.º, ob. cit., pp. 538-541; Chico y Ortiz, J.M. (1989). *Estudios de Derecho hipotecario,* tomo II, ob. cit., pp. 1626-1628; Pau pedrón, A. (1996). *Manual de Derecho registral inmobiliario,* ob. cit., p. 195; Ballester Giner, E. (1989). *Derechos reales,* ob. cit., p. 379.

[21] Art. 123 LH: "Si una finca hipotecada se dividiere en dos o más, no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario, sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor. No verificándose esta distribución, podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera o contra todas a la vez."

[22] En este sentido Ventoso Escribano, A. (2011). Distribución de la responsabilidad hipotecaria, *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 79, julio-septiembre, p. 425: "Sin embargo, por otra parte, hay que preservar los intereses del acreedor y estos no deben verse perturbados por tales actos; como la división de la finca puede dañar al acreedor y lógicamente este acto no debe perjudicarle se establece que no hay distribución de la hipoteca entre las nuevas fincas salvo que medie acuerdo (art. 123 LH)."

[23] En este sentido los siguientes autores: Pau pedrón, A.: *Manual de Derecho registral inmobiliario,* ob. cit., pág. 196; ROCA Sastre, R.M. (1968). *Derecho hipotecario*, tomo IV-1.º, ob. cit., pp. 543-546; Chico y Ortiz, J.M. (1989). *Estudios sobre Derecho hipotecario*, tomo I, ob. cit., pp. 1629-1634; Ballester Giner, E. (1989). *Derechos reales*, ob. cit., p. 380.

[24] Ya lo afirmó Morrel y Terry, al preguntarse si el art. 124 LH modifica lo dispuesto en el 1160 CC, que permite al acreedor rechazar los pagos parciales de su crédito. En este sentido, entiende que "cuando el acreedor no consiente la entrega parcial de la prestación, el deudor no puede pagar parcialmente y no cabe, por ello, que pueda exigir la cancelación parcial, ni eligiendo ni sin elegir, a pesar del último inciso del artículo 124 de la Ley Hipotecaria que, por tanto, queda limitado al caso en que el deudor se halle autorizado para verificar pagos parciales o cumplir parcialmente la obligación, o aquel en que el acreedor admita, aun sin hallarse autorizada, la entrega parcial". Tal y como recogen González Laguna M. y Manzano Solano, A. (2004). Comentario al art. 124 LH, en *Comentarios al Código Civil, Tomo VII, Vol* 6.º, Edersa: Madrid.

[25] Martínez Calvo, J., (2020). La hipoteca sobre varias fincas en garantía de un único crédito: distribución de responsabilidad, cancelación parcial y ejecución, ob. cit. pp. 1663–1666.

[26] STS 4 febrero 2005: "la cantidad pagada es inferior a la cantidad garantizada por capital frente a terceros, sin tener en cuenta intereses ni costas; sólo existe un crédito o deuda única, que a los solos efectos del artículo 119 de la Ley Hipotecaria, se distribuyó entre distintas fincas; los bancos no han consentido ninguna imputación específica para la cancelación registral de la responsabilidad hipotecaria de una o varias fincas; el artículo 124 de la Ley Hipotecaria no es aplicable a este supuesto de hecho porque corresponde la aplicación de los artículos 119 y 120 de la misma Ley; y, no existe tercero porque Pauce S.L. es una creación artificial."

[27] STS 23 enero 2024: "Los artículos 123 y 124 LH contemplan también la pluralidad de fincas, pero sobrevenida, consecuencia de la división o segregación de la finca hipotecada con posterioridad a la constitución de la hipoteca. El artículo 124 LH permite, que no impone, la distribución por pacto; en ese caso, conforme se va pagando la parte correspondiente a alguna de las fincas, se puede pedir la cancelación de la hipoteca en cuanto a la misma finca. Pero, sería el acreedor quien ha consentido la distribución, que no le viene impuesta por la ley."

[28] Martínez Calvo, J., (2020). La hipoteca sobre varias fincas en garantía de un único crédito: distribución de responsabilidad, cancelación parcial y ejecución, ob. cit., p. 1677

1.5. Obligaciones y contratos

Gastos hipotecarios: Sobre el *dies a quo* tras las sentencias del TJUE

Mortgage expenses: On the dies a quo after EUCJ decisions

por
ROBERT REINHART SCHULLER
Investigador predoctoral en formación FPI-UR/CAR 2022
Universidad de La Rioja

RESUMEN: El dilema del plazo de prescripción de los gastos hipotecarios ha traído diversas posturas en la jurisprudencia española. Ello ha supuesto el planteamiento de varias cuestiones prejudiciales, todas ellas con un mismo objetivo, la consecución de una respuesta, por parte del TJUE, que permita dilucidar a partir de cuándo empieza a correr el plazo de prescripción de la restitución de lo indebidamente abonado.

ABSTRACT: The dilemma of the limitation period for mortgage expenses has brought about various positions in Spanish jurisprudence. This has led to the raising of several preliminary questions, all of them with the same objective, the achievement of a response, by the EUCJ, that makes it possible to elucidate when the limitation period for the restitution of what was unduly paid begins to run.

PALABRAS CLAVE: Gastos hipotecarios, nulidad, prescripción, *dies a quo*, restitución, préstamo hipotecario.

KEY WORDS: mortgage expenses, nullity, prescription, dies a quo, restitution, mortgage loan.

SUMARIO: I. SITUACIÓN ANTERIOR A LAS STJUE DE 2024 — II. INTRODUCCIÓN A LA STJUE DE 25 DE ENERO DE 2024.—1. Respuesta y comentario a la primera parte de la primera cuestión prejudicial y segunda. 2. Segunda parte de la primera cuestión prejudicial— III. APUNTES DOCTRINALES— IV. LAS STJUE DEL MES DE ABRIL. DE LA CUESTIÓN DEL TS Y DEL JUZGADO (N.º20) DE PRIMERA INSTANCIA DE BARCELONA.— 1. introducción. 2. Asunto C-484/21. 3. Asunto C-561/21. 4. Reflexión.— V. CONCLUSIONES.— VI. RESOLUCIONES.— VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. SITUACIÓN ANTERIOR A LAS STJUE DE 2024

La STS 705/2015 de 23 de diciembre abrió el camino para la declaración de la abusividad de la cláusula de gastos, creándose un cuerpo jurisprudencial a partir de ese momento; hecho que se confirmó por las STSs del año 2019[1].

Sin embargo, a pesar de la abusividad de esa cláusula, otro enigma iba surgiendo, el cual no ha sido pacífico en la jurisprudencia menor. El interrogante versa sobre la posible existencia de dos acciones, o no, las cuales se refieren a la acción declarativa, por un lado y, por otro, a la restitutiva. Como se verá a continuación, sobre la base de unos ejemplos, la jurisprudencia menor ha mantenido ciertas discrepancias en orden a disipar tal incertidumbre.

La disociación entre la acción declarativa y restitutoria, como es sabido, no es contraria a la doctrina del TJUE. Ya en su STJUE de 9 de julio de 2020, asuntos C-698/18 y C-699/18, se estableció que: "*no se oponen a una normativa nacional que, al mismo tiempo que establece el carácter imprescriptible de la acción cuyo objeto es declarar la nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, somete a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esa declaración, siempre y cuando ese plazo no sea menos favorable que el aplicable a recursos similares de carácter interno (principio de equivalencia) y no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, en particular por la Directiva 93/13 (principio de efectividad)*[2]".

En la jurisprudencia son dos doctrinas, las cuales, con una mayor o menor discrepancia, orbitan en relación con la prescripción de los gastos hipotecarios:

En primer lugar, se puede situar a la AP de La Rioja, donde en la SAP La Rioja 449/2021 de 1 de octubre resume su doctrina y también la de otras Audiencias. Al citar a la SAP La Rioja 332/2019 de 5 de septiembre dice: "*Ya hemos*

explicado que la cláusula es abusiva y por consiguiente, nula. Pero inmediatamente debemos dejar indicado que se trata de un supuesto de nulidad radical de la cláusula y que por lo tanto no se ve afectada por el plazo del art. 1964 del Código Civil, pues es imprescriptible. Es cierto que quizás pudiera someterse a revisión crítica esta doctrina de la imprescriptibilidad de una acción que no deja de ser una acción personal, como a la posible distinción que formula la apelante entre la acción de nulidad y la pretensión resarcitoria, pero por el momento el Tribunal Supremo es claro al seguir manteniendo la imprescriptibilidad de esta acción y a esa doctrina nos debemos, por más que a la hora de valorar si la misma ha sido o no estimada, y si lo ha sido o no totalmente, no pueda atenderse solo a la mera acción declarativa de nulidad, sino también, y como luego veremos, a la concreta suma reclamada en virtud del ejercicio de dicha acción[3]".

Por otro lado, también resulta de interés lo dicho en la SAP Pontevedra 494/2017 de 13 de noviembre: "*debe quedar ya excluido todo argumento que tienda a hacer del paso del tiempo —donde no hay ni prescripción ni caducidad— un efecto sanador del abuso bancario. El silencio y quietud del consumidor no responden sino a actitud basada en el desconocimiento del ilícito proceder del banco. No tiene sentido que el mero lapso del tiempo haga que la buena fe con que los prestatarios acatan la cláusula haya de volverse en su contra, de tal modo que aniquile su derecho, con beneficio y recompensa de quien abusó de su confianza. Sin duda, los clientes asumieron los términos de una cláusula en el desconocimiento de que los gastos a que la misma se refieren no tenían que ser soportados por ellos. O incluso, aun conociendo quien era el verdadero obligado al pago, se vieron forzados y empujados a la aceptación de la cláusula por su desigual y asimétrica posición en el contrato, desde la que tenían obstaculizada, cuando no virtualmente vedada, toda negociación, dada su evidente inferioridad frente a la preeminencia de la entidad financiera. El cliente reacciona cuando los tribunales declaran abusiva tal práctica bancaria. De seguro que si los prestatarios tuviesen capacidad de negociación en plano de igualdad, no hubiesen asumido voluntariamente un quebranto económico tan improcedente como indeseado..... El art. 1303 del CC establece que declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con sus intereses. Es sabido, por abundante doctrina jurisprudencial, que la restitución a que dicho precepto se refiere es un efecto ex lege, esto es, no nace del contrato anulado, sino de la ley SSTS de 24-10-1989, 24-2-1992, 23-6-2008). Se trata de consecuencia natural e ineludible que va necesariamente vinculada a la nulidad (STS de 8-1-2007). De ahí que no precise de una petición expresa de la parte (STS de 26-6-2006), de modo que el propio tribunal puede acordar*

la restitución en virtud del principio iura novit curia, sin que el juez incurra en incongruencia (STS antes citada de 8-1-2007)".

La segunda posición discurre respecto la posibilidad de disociar entre acción declarativa y restitutiva, habiendo ciertas diferencias respecto del cuándo debería iniciarse el *dies a quo* de dicho plazo.

Un ejemplo podría constituirlo la SAP Salamanca 751/2020 de 16 de diciembre, donde se defiende, a raíz de distintos argumentos, que el *dies a quo* comienza tras los pagos de las cantidades indebidamente abonadas.

Con una visión distinta, en la SAP Ourense 724/2023 de 7 de noviembre se manifiesta que: "*conforme al cual "partiendo de la doctrina y normas de derecho interno sobre prescripción que se dejan señaladas, ponderando las razones proporcionadas por las diversas Audiencias Provinciales en relación con la materia y el principio de seguridad jurídica, con aceptación de la opinión mayoritaria sobre el deslinde entre acción declarativa de nulidad y acción de reintegro de las cantidades indebidamente abonadas, esta Sala adoptó en su momento las siguientes conclusiones: 1) estimar de aplicación el plazo de cinco años para el ejercicio de la acción de reintegro patrimonial (quince años en la fecha de la demanda). 2) descartar como "dies a quo" del cómputo del plazo, el del pago de la celebración del contrato, porque entonces el consumidor desconocía la abusividad de la cláusula, su nulidad y las acciones de ella derivadas, de modo que esa interpretación dejaría al consumidor en una situación de indefensión, en contra de la protección dispensada por la legislación tuitiva; y 3) se decanta por considerar día inicial el de la publicación de la STS de 23 de diciembre de 2015 que se pronunció sobre la nulidad de cláusulas sobre gastos análogas, siendo entonces de general conocimiento la posibilidad de ejercicio de la acción*".

En definitiva, básicamente se contemplan dos opciones con sus diferentes matices. Las cuales se podrían resumir en la imprescriptibilidad de la restitución[4] y, por el otro lado, la prescripción de la restitución y la incógnita del inicio del *dies a quo*[5].

II. INTRODUCCIÓN A LA STJUE DE 25 DE ENERO DE 2024

Inicialmente la STJUE de 25 de enero de 2024, asuntos C-801/21 a C-813/21, goza de aparente claridad. Del análisis de su contenido se observará que existen varias incógnitas que son necesarias de despejar, con las cuales los Tribunales nacionales deberán lidiar.

Antes de entrar en un examen del contenido, conviene realizar unos breves apuntes que permitan ilustrar el meollo del asunto y la posición que se tomará en este comentario. Los preceptos que son objeto de interpretación, en relación al

Derecho Nacional, son: el art.6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores[6]. Por otro lado, los supuestos a analizar se rigen por el Código civil de Cataluña, no obstante, pese a haber ciertas diferencias, lo resuelto en la sentencia se puede trasladar con facilidad al Derecho Común. Básicamente, se citan como preceptos que deben interpretarse de conformidad con la Directiva 93/13, el art.121-20 del CC catalán, donde se establece el plazo para las acciones que no lo tuvieran, a efectos de prescripción. En segundo lugar, el art.121-23 que marca, de manera indeterminada, el *dies a quo* del plazo de prescripción[7]. En tercer lugar, el art.121-11 que regula las causas de interrupción de la prescripción. Por último, el art.1303 del CC (común) que regula los efectos restitutorios declarada la nulidad de una obligación.

Desde el punto de vista temporal, en relación con el asunto C-810/21, conviene tener en cuenta que el contrato se celebró el 4 de febrero de 2004. Los gastos, según factura, se abonaron el 4 de mayo de 2004; se solicitó la nulidad y restitución de los gastos el 16 de enero de 2018.

Asimismo, en el asunto C-811/21, el contrato se perfeccionó el 20 de enero de 2004, cuya factura consta de fecha de 15 de marzo de 2004 y las acciones judiciales se iniciaron el día 16 de enero de 2018.

Por otro lado, del asunto C-812/21 ha de subrayarse que el contrato se celebró el día 17 de diciembre de 2004 y que la factura se abonó el día 18 de marzo de 2005; las acciones judiciales se interpusieron el día 12 de septiembre de 2017.

Por último, en relación con el asunto C-813/21 se extrae que el contrato es de 14 de julio de 2006, que la factura relativa a los gastos se abonó el día 4 de octubre de 2006 y que las acciones judiciales se iniciaron el día 15 de diciembre de 2017[8].

Las cuestiones prejudiciales planteadas por la AP de Barcelona fueron las siguientes:

"*1) a) En el ejercicio de una acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de una cláusula que impone al prestatario los gastos de formalización del contrato, ¿es compatible con el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/2013 someter el ejercicio de la acción a un plazo de prescripción de diez años9 a contar desde que la cláusula agota sus efectos con la liquidación del último de los pagos, momento en el que el consumidor conoce los hechos determinantes de la abusividad o es necesario que el consumidor disponga de información añadida sobre la valoración jurídica de los hechos? b) De ser necesario el conocimiento de la valoración jurídica de los hechos, ¿debe supeditarse el inicio del cómputo del plazo a la existencia de un criterio jurisprudencial consolidado sobre la nulidad de la cláusula o el tribunal nacional puede tomar en consideración otras circunstancias distintas?*

2) Estando sujeta la acción restitutoria a un plazo largo de prescripción de diez años, ¿en qué momento debe el consumidor estar en condiciones de conocer el carácter abusivo y los derechos que le confiere la Directiva [93/2013], antes de que el plazo de prescripción empiece a correr o antes de que el plazo expire?"

El TJUE responde a las cuestiones prejudiciales de modo que agrupa la primera parte de la primera cuestión prejudicial con la segunda cuestión. Por consiguiente, únicamente responderá a la segunda parte de la primera cuestión prejudicial en el caso de que conteste de forma negativa a las anteriores.

1. Respuesta y comentario a la primera parte de la primera cuestión prejudicial y segunda.

El TJUE aúna y reinterpreta de modo que extrae una pregunta y contenido concreto. En esencia, el TJUE responderá si un Derecho Nacional puede ser conforme a la Directiva 93/13 en el supuesto de que el *dies a quo* comience una vez realizado el pago de los gastos o, en su caso, si fuera necesario también que el consumidor pueda conocer la valoración jurídica de los elementos determinantes del carácter abusivo de la cláusula en cuestión. Por otro lado, de requerirse la valoración jurídica, se responderá respecto a cuándo se deberá adquirir dicho conocimiento, si antes de que empiece a correr el plazo de prescripción o antes de que el mismo prescriba.

El Tribunal recuerda algo trascendental, y es que el Derecho de la Unión Europea no se opone a que exista una disociación entre la acción declarativa de nulidad de una cláusula abusiva y la posible prescripción de los efectos restitutorios de esta cláusula abusiva. Esta doctrina ya ha tenido presencia en numerosas sentencias del TJUE, condicionándola a que exista, por parte del Estado miembro, un respeto a los principios de equivalencia y de efectividad[10].

Uno de los requisitos, desde el punto de vista del principio de efectividad, es que dicho plazo no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva. Esto supone tener en cuenta la duración del plazo y el mecanismo, que cada ordenamiento contenga, respecto al inicio del *dies a quo*. En otras palabras, que el plazo sea suficiente desde el punto de vista material.

En el análisis y solución que se propone en este comentario el considerando cuarenta y ocho deviene esencial, pues constituirá la base sobre la cual ha de orbitar la solución respecto del *dies a quo* en materia de gastos hipotecarios, así como otros supuestos que pudieran albergar dudas. El TJUE condiciona la compatibilidad de un plazo de prescripción con el principio de efectividad, de modo

que únicamente será acorde si el consumidor pudo conocer sus derechos[11] antes de que dicho plazo empezase a correr o de que expirase[12].

Es importante tener en cuenta que el TJUE tras analizar la documentación recibida, observa que no solo es necesario que el consumidor conozca los hechos, que básicamente se reducen al pago de los gastos, sino también su valoración jurídica. Esto supone que en combinación con el importante considerando cuarenta y ocho, el pago por sí mismo no es suficiente para el inicio del plazo de prescripción, pues será necesario que el consumidor conozca los derechos que le confiera la Directiva 93/13 (conocimiento o posibilidad de cognición de la abusividad de la cláusula), además de que tenga el plazo suficiente para preparar y poder reclamar.

La respuesta a esta parte de la cuestión prejudicial es la siguiente: "*Por cuanto antecede, procede responder a la primera parte de la primera cuestión prejudicial y a la segunda cuestión prejudicial que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071), en relación con el principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una interpretación jurisprudencial del Derecho nacional según la cual, a raíz de la anulación de una cláusula contractual abusiva por la que se imponen al consumidor los gastos de formalización de un contrato de préstamo hipotecario, la acción restitutoria relativa a tales gastos está sujeta a un plazo de prescripción de diez años a contar desde que la referida cláusula agota sus efectos con la realización del último pago de dichos gastos, sin que se considere pertinente a estos efectos que ese consumidor conozca la valoración jurídica de esos hechos. La compatibilidad de las normas por las que se rige un plazo de prescripción con las citadas disposiciones debe apreciarse teniendo en cuenta el conjunto de esas normas*".

La contestación a esta cuestión prejudicial parece ser clara, no obstante, puede ofrecer varias perspectivas según el caso concreto. La primera pregunta que se ha de formular en este comentario es: ¿se debe descartar que el *dies a quo* empiece con el pago de los gastos hipotecarios? La respuesta, en principio, debe ser que no, por la explicación que se ofrecerá a continuación. Un letrado con conocimiento en materia de consumo pudo solicitar un préstamo hipotecario en el año 2018 o incluso 2019, antes de la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario[13]. A sabiendas de que debería pagar los gastos y conociendo la litigiosidad de la materia, decide aceptar abonar, pues las condiciones ofrecidas por la entidad eran mejores que las de otras entidades. Nadie dudaría de que se cumplen dos elementos, el del pago de los gastos, pero también de la propia valoración jurídica de esos hechos. Ahora bien, este ejemplo puede resultar sencillo y en la práctica no todos los supuestos tendrán dicho alcance, siendo estos casos un tanto minoritarios. Alte-

rando un elemento de la situación anterior, se encontraría un letrado que solicita un préstamo hipotecario en el año 2004. A pesar de sus conocimientos, no podría decirse que el elemento de hecho y valoración jurídica coinciden desde el punto de vista temporal, por razones obvias, pues todavía ni siquiera se trataba de un debate en ciernes. Aunque se hable de Derecho de Consumo, ante la cualidad subjetiva de la persona, desde un punto de vista objetivo, se espera que el mismo tenga un conocimiento de la valoración jurídica de esos hechos con anterioridad a cualquier otro consumidor. Debe remarcarse que esta perspectiva no debe confundir que la protección del consumidor varie según su condición y oficio, pues únicamente operaría a efectos de determinar o poder probar un *dies a quo*, según la posibilidad y facilidad de obtención de información por la persona concreta. Esta regla podría resultar útil en el supuesto de que se tome un criterio *quasi* puramente subjetivo.

Sin embargo, lo anterior no resolvería el dilema de la mayoría de los supuestos y conduciría a numerosas cuestiones, como las que se formularán con posterioridad. ¿Por qué se sostiene que difícilmente podrá coincidir el momento del pago y la valoración jurídica en el resto de los casos? La respuesta debe hallarse en la falta de conocimiento jurídico por parte de la mayoría de los consumidores, así como también su nivel de información. No obstante, podrían existir supuestos, sobre todo acercándose al año 2019, en el cual el consumidor pudo tener conocimiento de la abusividad de tales gastos, sin embargo, a pesar de la abusividad, la oferta de préstamo le seguía siendo interesante; en relación a supuestos de contratación en esas fechas, pero también respecto de préstamos hipotecarios celebrados con anterioridad. También sucederá que aquí difícilmente se podrá demostrar que el consumidor conocía esa potencial abusividad en ese momento o en un momento posterior cercano. Con lo cual: ¿deberá probar la entidad bancaria en cada supuesto cuándo se produjo esa valoración jurídica de los hechos? ¿la regla más certera consiste en que el *dies a quo* empiece una vez declarada la nulidad de la cláusula?

La primera postura supondría el traslado de una suerte de *probatio* diabólica, pues difícilmente una entidad bancaria podrá conocer cuándo el consumidor descubrió la abusividad de esa cláusula. Esto conduce, nuevamente, a la necesidad de que se pueda establecer una regla objetiva a través de la cual, con mayor o menor exactitud se pueda generar una presunción de conocimiento o potencial conocimiento, premisa esta que permita dilucidar el inicio del plazo de prescripción en el caso concreto.

La segunda pregunta, en parte, otorga seguridad, pero volvería al punto de partida del cual pretende alejarse en la actualidad la doctrina más moderna. En otras palabras, para qué se pretende abandonar el famoso brocardo *quod nullum est nullum effectum producit*, si con la doctrina *dies a quo* tras la declaración de

abusividad se obtendría el mismo resultado. Es decir, se interpretaría, nuevamente, el art.1303 del Código civil de forma que no existiera acción declarativa y de restitución, siendo esta última meramente una consecuencia de la primera. Claro está, esta regla podría tener sentido en el caso de que se quisiera disociar entre prescripción restitutoria en Derecho de Consumo y Derecho Civil, de modo que coexistiera una diferente concepción según la materia. Ahora bien, mantener este hecho, con el único apoyo jurisprudencial, quizás no sería lo más congruente, sino que requeriría de intervención legislativa. Puede ser que existan motivos de fondo, pues podría sustentarse sobre la base del elemento disuasorio y una mayor protección del consumidor. Tampoco esta posición sería contraria a la doctrina del TJUE; la problemática residiría en que se alejaría de la concepción que se va construyendo en los Estados miembros en relación con la abusividad de una cláusula y la restitución, diferenciándose entonces dos facetas.

Estos primeros pasos deberían oscurecer aquello que en principio parecía nítido. Realmente la regla que se extrae de la STJUE de 25 de enero de 2024, sin entrar todavía a la última parte de la sentencia, no concuerda con la naturaleza de estos pleitos en masa. La necesidad de un cauce objetivo, que razonablemente quepa extraer una presunción de conocimiento, se ajusta perfectamente al tipo de pleitos donde se ubica a los gastos hipotecarios.

De esta primera parte del comentario surgen numerosas posibilidades de combinaciones. Se podría sostener, en algunos casos, que el momento del pago puede coincidir con la valoración jurídica (conocimiento del carácter o potencial capacidad de cognición de la condición de abusiva de la cláusula). Este ejemplo cumple perfectamente con la premisa por la cual el consumidor deba conocer sus derechos antes de que el inicio del plazo empezase a correr o de que expirase. También podría suceder que desde el punto de vista del Derecho interno dicho plazo haya empezado a correr, pero que todavía el consumidor no tuviera conocimiento de la valoración jurídica, siempre y cuando este plazo no expirase antes de que se produzca dicho conocimiento. Esto último conduce a aceptar la posibilidad por la cual el *dies a quo* se inicie tras el abono de los gastos, pero que inmediata o posteriormente se suspenda, para que llegado un momento idóneo, el consumidor pueda tener conocimiento o posibilidad de discernimiento respecto de la abusividad de la cláusula.

También es congruente conforme a la STJUE de 22 de abril de 2021, asunto C-485/19, que el *dies a quo* no pueda iniciarse simplemente con la realización del pago, sino que deben cumplirse los requisitos citados *ut supra*. Aunque en este supuesto se analizó un crédito al consumo, resulta útil a efectos de descifrar los requisitos tenidos en cuenta por el TJUE para que el plazo de prescripción pueda iniciarse, así como también para hablar de un criterio homogéneo en la doctrina del TJUE.

2. SEGUNDA PARTE DE LA PRIMERA CUESTIÓN PREJUDICIAL

En esta parte se analiza la valoración que deba concederse a la existencia de una jurisprudencia nacional consolidada en relación con la nulidad de las cláusulas sobre gastos.

El TJUE comienza su discurso recordando la situación de inferioridad en la cual se halla el consumidor respecto del profesional; situación esta que incide en numerosos factores tanto de negociación como de conocimiento.

El considerando cincuenta y ocho tiene una importancia primordial, pero cuyo significado es difícil de descifrar. En este se sostiene: "*En segundo lugar, por lo que se refiere a la información de que dispone el profesional, este sigue teniendo una posición preponderante después de la celebración del contrato. Así, cuando existe una jurisprudencia nacional consolidada en la que se ha reconocido el carácter abusivo de determinadas cláusulas tipo, cabe esperar que las entidades bancarias la conozcan y actúen en consecuencia*". ¿A qué se refiere que deban actuar en consecuencia? ¿Podría interpretarse este hecho en que reconozcan las pretensiones del consumidor una vez que se produzca la reclamación extrajudicial? ¿Acaso que deban notificarle, una vez exista jurisprudencia consolidada, de la posibilidad de reclamación? El alcance de esta afirmación resulta difícil de descifrar, pues según el sentido que se pretenda atribuirle, la incidencia en la prescripción será una u otra[14].

A los simples efectos de seguridad jurídica, el criterio de conocimiento en relación con una jurisprudencia consolidada resulta atractivo. Ahora bien, el TJUE dota de significado el que pueda existir una jurisprudencia consolidada, y realiza unos apuntes con relación a la conducta y posibilidad de recepción de información por parte del consumidor[15]: "*no cabe esperar una actitud similar de estos últimos, habida cuenta del carácter ocasional, o incluso excepcional, de la celebración de un contrato que contenga una cláusula de este tipo*".

Respecto de la solución que ofrece: "*se opone a una interpretación jurisprudencial del Derecho nacional según la cual, para determinar el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción que puede ejercitar el consumidor para obtener la restitución de las cantidades pagadas indebidamente con arreglo a una cláusula contractual abusiva, puede considerarse que la existencia de una jurisprudencia nacional consolidada sobre la nulidad de cláusulas similares constituye una prueba de que se cumple el requisito relativo al conocimiento, por el consumidor de que se trate, del carácter abusivo de esa cláusula y de las consecuencias jurídicas que se derivan de ella*".

Dicha afirmación permite, en principio, descartar de pleno que la existencia de una jurisprudencia nacional consolidada, sobre todo a partir del año 2019, sirva de parámetro y guía para establecer el *dies a quo* a raíz de esas sentencias.

Ahora bien, siguiendo el tenor literal de la doctrina del TJUE, inicialmente no existiría impedimento alguno para que el *dies a quo*, en determinados casos, pueda iniciarse antes de esa jurisprudencia consolidada o incluso con posterioridad.

III. APUNTES DOCTRINALES

VILLARUBIA GONZÁLEZ discrepa de la posición aquí sostenida, pues sostiene que el *dies a quo* no puede establecerse tras el último pago de las facturas[16]. No obstante, tal como se ha hecho en este comentario, dicha posición requiere de matización, pues, aunque podría parecer inusual, tal como se ha citado *ut supra*, en ocasiones el *dies a quo*, cumpliéndose los requisitos exigidos por la STJUE de 25 de enero de 2024, podría iniciarse tras el pago de la última factura.

Por otro lado, para GARCÍA GUTIÉRREZ afirma que, tras la STJUE de 25 de enero de 2024, el criterio que ha de mantenerse es que el conocimiento de la abusividad de la cláusula comienza tras la declaración de abusividad por parte de un tribunal[17].

DURÁN RIVACOBA, por su parte, analiza varias posibles opciones en relación con cuándo el consumidor tendría consciencia respecto del abuso jurídico sufrido. La primera de ellas parte de la idea de considerar el inicio del plazo tras la declaración de nulidad en la sentencia. El autor rechaza de plano esta opción, pues convertiría la acción en imprescriptible.

Por otro lado, alude a la situación en la cual el *dies a quo* comenzaría tras el pago de las cantidades adeudadas. También rechaza el autor esta tesis, basándose en que se opone al principio de efectividad. Mayor rechazo le produce que el *dies a quo* empiece, no desde el pago, sino desde la perfección del contrato de préstamo.

La solución que propone el autor, si bien no recae en su totalidad respecto de una jurisprudencia consolidada, sí que tiene relación con un hecho presumiblemente notorio. Parte de la importancia y difusión de las campañas publicitarias respecto a las reclamaciones, las cuales tienen su cortina y fundamento sobre la base de esa jurisprudencia consolidada. La base de su propuesta se encontraría en la difusión que tuvo la STS 705/2015 de 23 de diciembre[18]. Aunque es cierto que la STS de 2015 tuvo su importancia, en realidad, desde un punto de vista de la consolidación este hecho no sucedió hasta el 2019. Ahora bien, ¿hasta qué punto puede tomarse como certera esta fecha en relación con la difusión publicitaria[19]?

Lo que se extrae, hasta este momento, es que se debe seguir el criterio del caso por caso y que la entidad bancaria deba demostrar la existencia de ese conocimiento; salvo que se encuentre una regla objetiva que pueda cumplir con los requisitos señalados, según el TJUE, en esta sentencia.

Por otro lado, debe descartarse que el *dies a quo*, como regla general, empiece tras la terminación del contrato, pues según la STJUE de 9 de julio de 2020, asuntos C-698/18 y C-699/18, aunque a efectos de un préstamo personal, ello podría no dar cobertura a todas las situaciones. Lo anterior tiene su razón de ser, según la citada sentencia, en que el consumidor desconozca el carácter abusivo de la cláusula o que no perciba la amplitud de los derechos que le confiera la Directiva 93/13; hecho este que todavía puede ocurrir con posterioridad al cumplimiento y terminación del contrato.

La clave se basa en que el consumidor pueda tener en ese momento concreto un conocimiento del carácter abusivo de la cláusula inserida en un contrato. De este modo, parece que cualquier criterio sería válido, siempre y cuando se cumpla la coletilla: "*que el consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de una cláusula de ese contrato*".

El problema es que tampoco, en principio, según la solución de la jurisprudencia del TJUE, parece que a partir de cierto momento se pueda presumir que el consumidor, sin verificar ese hecho, tenga o deba tener conocimiento del carácter abusivo de dicha cláusula[20].

IV. LAS STJUE DEL MES DE ABRIL. DE LA CUESTIÓN DEL TS Y DEL JUZGADO (N.º20) DE PRIMERA INSTANCIA DE BARCELONA

1 Introducción

La sentencia de enero de 2024 ha servido para plantear un debate sobre si el TJUE ha zanjado y ofrecido un criterio definitivo sobre el inicio del plazo de prescripción. Las reflexiones vertidas más arriba han de completarse con las dos nuevas sentencias del TJUE en la materia. Debido a la similitud de los casos, pues en la STJUE de 25 de abril de 2024, asunto C-484/21, cuya cuestión prejudicial fue planteada por el Juzgado (N.º20) de Primera Instancia de Barcelona, al igual que en la sentencia analizada con anterioridad, se analiza el Código Civil Catalán, esta primera sentencia no se tratará con exhaustividad.

2. Asunto C-484/21

El Juzgado de Primera Instancia n.º 20 de Barcelona planteó las siguientes cuestiones prejudiciales:

"*1) Si es compatible con el artículo 38 [de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea], con el principio de efectividad del Derecho de la UE y con los artículos 6.1 y 7.1 de la [Directiva 93/13] que la prescripción de*

la acción para reclamar las consecuencias económicas de una cláusula abusiva, como la de gastos, se inicie con anterioridad al momento en que dicha cláusula ha sido declarada nula por abusiva.

2) Si es compatible con el artículo 38 [de la Carta de los Derechos Fundamentales], con el principio de efectividad del Derecho de la UE y con los artículos 6.1 y 7.1 de la [Directiva 93/13] fijar como inicio del plazo de prescripción de una cláusula abusiva la fecha en que un tribunal con capacidad de crear jurisprudencia, como es el Tribunal Supremo, indique que una determinada cláusula es abusiva con independencia de que el consumidor concreto conozca o no el contenido de esa sentencia.

3) Si es compatible con el artículo 38 [de la Carta de los Derechos Fundamentales], con el principio de efectividad del Derecho de la UE y con los artículos 6.1 y 7.1 de la [Directiva 93/13] fijar, en un contrato de larga duración, que el plazo de prescripción de una acción para reclamar unos gastos pagados [en virtud de una cláusula abusiva] para constituir la hipoteca se inicie en el momento en que se hace el pago, dado que la cláusula abusiva ha agotado sus efectos en ese momento y no hay riesgo de que la cláusula se vuelva a aplicar".

El TJUE realiza una breve reminiscencia sobre su doctrina respecto de las cláusulas abusivas, el efecto restitutorio y la necesidad de que el ordenamiento nacional sea conforme a la Directiva 93/13. Con posterioridad decide aunar las cuestiones primera y tercera para resolver conjuntamente. En definitiva, se responde respecto de la compatibilidad a que el *dies a quo* se inicie en la fecha del pago o antes de que se declare la abusividad de dicha cláusula. El TJUE vuelve a recordar la compatibilidad de que exista una disociación entre acción declarativa y restitutiva con el Derecho de la Unión, en el considerando veintiséis.

Se dice en el considerando treinta: "*Así, en el presente asunto, del auto de remisión resulta que, como la cláusula de gastos produjo sus efectos en el momento de la celebración del contrato, que coincide con el del pago de esos gastos, señalar como inicio del plazo de prescripción de una acción de reclamación de dichos gastos el momento de esa celebración y de ese pago tendría como consecuencia que, en la fecha en que los demandantes en el litigio principal ejercieron la acción de restitución, esta ya estuviera prescrita con independencia de si los consumidores tenían o, cuando menos, podían razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula de gastos*".

De este considerando se vuelve a deducir la importancia de que el consumidor tenga o pueda tener, de forma razonable, conocimiento de la abusividad de esa cláusula. Por otro lado, no cabe olvidar que la prueba sobre si el consumidor ha tenido o podido tener conocimiento, ha de recaer sobre la entidad bancaria.

Aunque constituya una obviedad, el TJUE se pronuncia a favor de que el consumidor tiene conocimiento sobre la abusividad de la cláusula cuando esta se

declara mediante resolución judicial firme. Debe precisare que el criterio más nítido y cristalino es este, pues aquí habrá certeza sobre el conocimiento por parte del consumidor. Es importante disociar que el TJUE no impone que sea a partir de este momento cuando empiece el cómputo del *dies a quo*, pues únicamente se pronuncia a favor de la certeza que generaría tal criterio y, por otro lado, que este no es incompatible con el Derecho de la UE[21]. Con lo cual, tal como se afirma en el considerando treinta y cinco: "*la referida Directiva no se opone a que el profesional tenga la facultad de probar que ese consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento de tal hecho antes de dictarse una sentencia que declare la nulidad de dicha cláusula*".

Si se tiene en cuenta lo dicho, al analizarse la sentencia del TJUE de 25 de enero de 2024, la respuesta a estas primeras preguntas volvería a constituir un calco de las reflexiones realizadas con anterioridad. Y es que en la respuesta, considerando treinta y siete, se dice: "*Habida cuenta de las consideraciones que anteceden, procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y tercera que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, a la luz del principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que el plazo de prescripción de una acción de restitución de gastos que el consumidor ha abonado, en el momento de la celebración de un contrato con un profesional, en virtud de una cláusula contractual cuyo carácter abusivo se ha declarado por resolución judicial firme dictada con posterioridad al pago de esos gastos comience a correr en la fecha de ese pago, con independencia de si ese consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de esa cláusula desde el momento de dicho pago, o antes de que por esa resolución se declarara la nulidad de dicha cláusula*". Es decir, vuelve a reiterarse que no puede constituir una regla general el momento del pago, sin tener en cuenta y probar si el consumidor conoció o pudo conocer la abusividad de dicha cláusula.

En la respuesta a la segunda cuestión prejudicial se vuelve a reiterar que una doctrina consolidada del TS no puede tampoco constituir la base para establecer una regla genérica. El fundamento reside en que el consumidor, a pesar de tal hecho, podría no tener conocimiento o posibilidad de cognición, aunque exista dicha doctrina consolidada. Ahora bien, tal como se deduce de los considerandos cuarenta a cuarenta y dos, cosa distinta hubiera sido si el profesional tuviera la obligación de informar, al consumidor, de tal circunstancia, o en su caso, si el profesional lo hubiera hecho *motu proprio*; en relación a esto último téngase en cuenta lo dicho en el considerando cuarenta y ocho respecto los servicios de atención al cliente. Al no darse tales circunstancias, el consumidor para conocer tal situación, doctrina consolidada, necesitaría llevar a cabo labores de investigación jurídica.

3. Asunto C-561/21

En el auto de 22 de julio de 2021, por parte del TS se realizan las tres preguntas que se reproducen a continuación:

"*1.—¿Es conforme con el principio de seguridad jurídica interpretar los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE (LCEur 1993, 1071) del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, en el sentido de que el plazo de prescripción de la acción para reclamar lo pagado en virtud de una cláusula abusiva no comienza a correr hasta que por sentencia firme se haya declarado la nulidad de dicha cláusula?*

2.—Si tal interpretación no fuera conforme con el principio de seguridad jurídica, ¿se opone a los mencionados artículos de la referida Directiva una interpretación que considere día inicial del plazo de prescripción la fecha de las sentencias del Tribunal Supremo que fijaron doctrina jurisprudencial sobre los efectos restitutorios (sentencias de 23 de enero de 2019 (RJ 2019, 91)?

3.—Si tal interpretación se opusiera a los referidos artículos, ¿se opone a los mismos una interpretación que considere día inicial del plazo de prescripción la fecha de las sentencias del Tribunal de Justicia que declararon que la acción de restitución podía estar sujeta a un plazo de prescripción (básicamente, SSTJUE de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank SA, asuntos acumulados C-698/10 (TJCE 2020, 170) y 699/18; o de 16 de julio de 2020 (TJCE 2020, 104), Caixa-Bank SA, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, que confirma la anterior?"

Antes de proceder a realizar un análisis de la primera cuestión prejudicial, el TJUE vuelve a reiterar su doctrina, en relación a cláusulas abusivas, prescripción y compatibilidad del Derecho nacional con el Derecho de la UE.

La primera cuestión prejudicial para responder tiene relación con el principio de seguridad y, si este se vería conculcado en el caso de que el plazo de prescripción comience tras la sentencia que declare la abusividad de la cláusula en cuestión.

Puede decirse que la respuesta a esta cuestión ya tenía su base y fundamento en la STJUE de 9 de julio de 2020, citada anteriormente. En este supuesto, el Tribunal rumano alega que diferentes tribunales asimilan a las cláusulas abusivas con el régimen de nulidad absoluta. La clave de este caso se encuentra en que el Tribunal rumano explica que en estas situaciones resulta imprescriptible la restitución (pues el plazo de prescripción empezaría a correr tras la sentencia que declara la nulidad de la cláusula), dando lugar a un restablecimiento de la situación anterior y a la restitución de lo abonado. El TJUE a raíz del principio de efectividad, realiza en sus considerandos ochenta a ochenta y dos varias apreciaciones que merecen ser reproducidas:

"*80. De lo que se deduce que, de comprobarse la similitud de las acciones en cuestión, tarea que incumbe en exclusiva al tribunal remitente, la interpretación acogida por dicho órgano jurisdiccional y resumida en el apartado anterior supondría instaurar modalidades procesales diferentes que tratan de modo menos favorable las acciones basadas en el sistema de protección previsto en la Directiva 93/13. Una diferencia de trato de ese tipo, según ha señalado el Abogado General en el punto 84 de sus conclusiones, no puede justificarse por motivos de seguridad jurídica* (el resaltado es nuestro).

81 Si bien es cierto que los plazos de prescripción se arbitran en garantía del principio de seguridad jurídica (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de abril de 2020, Nelson Antunes da Cunha, C-627/18, apartado 60), no es menos cierto que, en la medida en que el legislador rumano ha estimado que el principio de seguridad jurídica no se opone al plazo de prescripción de las acciones referidas en el apartado 79 de la presente sentencia, no puede considerarse que dicho principio se oponga a aplicar, en virtud del principio de equivalencia, el mismo plazo a las acciones basadas en el sistema de protección previsto por la Directiva 93/13 (el subrayado es nuestro)*"*.

82 De las consideraciones anteriores se deduce que, de comprobar el tribunal remitente la similitud de las acciones antes mencionadas, el principio de equivalencia debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación de la legislación nacional que considera que el plazo de prescripción de una acción judicial de restitución de las cantidades pagadas indebidamente a consecuencia de una cláusula abusiva empieza a correr a partir de la fecha de cumplimiento íntegro del contrato, mientras que, tratándose de una acción similar de Derecho interno, ese mismo plazo empieza a correr a partir de la fecha de la declaración judicial de la causa de la acción (el resaltado es nuestro)".

Lo dicho en esta sentencia resulta ser diáfano. No existiría contradicción y transgresión alguna respecto de la seguridad jurídica, debiendo comprobar los tribunales españoles, de ser cierto, si existen situaciones similares con relación al Derecho interno y el cómputo del *dies a quo* tras la declaración de nulidad. El TJUE mostrará un pronunciamiento favorable de modo que corresponderá al Tribunal nacional comprobar si efectivamente, en otros supuestos, se aplica dicho criterio respecto del cómputo del plazo de prescripción

Tras el anterior paréntesis, corresponde retomar lo dicho en la STJUE de 25 de abril de 2024. El TJUE, al igual que en la anterior sentencia analizada, de 25 de abril de 2024, vuelve a reiterar que en el caso concreto el consumidor tendría un conocimiento cierto tras la firmeza de la sentencia que declara la abusividad de la cláusula en cuestión, considerando treinta y cinco y treinta y seis.

Se precisa que tal criterio no contravendría al principio de efectividad, pues el consumidor tendría la oportunidad de conocer la abusividad de tal cláusula

antes de que el plazo se iniciase o expirara, véase el considerando treinta y siete. Por el otro lado, tampoco se quebrantaría el principio de seguridad jurídica por cuanto ha sido el propio profesional quien ha generado la situación que la Directiva 93/13 prohíbe y pretende evitar.

Por último, respecto de esta primera pregunta, se reitera: "*En cualquier caso, como resulta del apartado 38 de la presente sentencia, el profesional tiene la facultad de demostrar que el consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula en cuestión antes de dictarse una sentencia que la declare nula, aportando al efecto pruebas concretas sobre sus relaciones con ese consumidor de conformidad con el régimen nacional de la prueba que resulte de aplicación*".

Con lo cual, responde a esta primera cuestión: *"Habida cuenta de las consideraciones que anteceden, procede responder a la primera cuestión prejudicial que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como el principio de seguridad jurídica, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el plazo de prescripción de una acción de restitución de gastos que el consumidor ha abonado en virtud de una cláusula contractual cuyo carácter abusivo se ha declarado por resolución judicial firme dictada con posterioridad al pago de tales gastos comience a correr en la fecha en que esa resolución haya adquirido firmeza, sin perjuicio de la facultad del profesional de probar que ese consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula en cuestión antes de dictarse dicha resolución*".

Sobre la segunda y tercera cuestión prejudicial, el primer dilema que puede surgir de la formulación de estas preguntas se basa en su naturaleza. Es decir, en el caso de que se respondiera afirmativamente a la primera, si el TJUE contestaría a las demás o daría por concluida la cuestión. El TJUE decidió responder a tales preguntas a pesar de que respondió positivamente a la primera.

Es preciso señalar que el TJUE vuelve a realizar unas manifestaciones calcadas a las vertidas en la otra STJUE de 25 de abril, cuyo contenido se trató con anterioridad. Con lo cual, se repite la idea de que una doctrina consolidada no puede constituir una regla general a raíz de la cual se pueda presumir el conocimiento o potencial conocimiento por parte del consumidor.

La novedad que se vendría a señalar en este caso lo constituiría la propia tercera cuestión prejudicial, donde se señala si la doctrina del TJUE podría constituir la base para que el cómputo del plazo de prescripción comience a correr. El TJUE aprecia una similitud entre esta y la segunda cuestión prejudicial, con lo cual, confirma que se ha de aplicar la misma respuesta. Recuerda que el TJUE no declara la abusividad de una cláusula, sino que únicamente dota y remite al Tribunal en cuestión de pautas para resolver el caso concreto.

Igualmente tiene importancia que el TJUE afirme que sus sentencias no constituyan una fuente de información, para el consumidor, en relación con la abusividad de una cláusula concreta.

4. Reflexión

De la doctrina del TJUE, en relación a los gastos hipotecarios, deben extraerse una serie de conclusiones que invitan a una serie de reflexiones. Que no es incompatible con el principio de seguridad jurídica que el *dies a quo* comience tras la declaración de abusividad mediante sentencia firme. No obstante, el TJUE no afirma, ni impone, que esa deba ser la regla a seguir. Lo que se extrae de su contenido es que tal criterio dotaría de certeza respecto del cuándo y si el consumidor tiene conocimiento sobre la abusividad. Quiere esto decir que pueden existir otras situaciones que permitan conocer al consumidor la abusividad de dicha cláusula. Ahora bien, no puede tomarse como regla general que el consumidor haya conocido, ya sea a raíz de la doctrina consolidada del TS o de las sentencias del TJUE, el derecho a la reclamación. Podría darse la situación de que adquiera el conocimiento a raíz de esas sentencias, pero dicho hecho no sería una presunción, si no que le correspondería a la entidad prestamista demostrar tal situación.

Lo anterior conduce a que la regla más cristalina sea el cómputo tras la declaración de abusividad. Es cierto que el TJUE no impone tal situación, pero de la dificultad probatoria se deduce que será tras la declaración de abusividad cuando comience el *dies a quo* del plazo de prescripción. Los casos en los cuales la entidad bancaria podrá demostrar tal conocimiento serán ínfimos, pues difícilmente, eliminando reglas genéricas, puede demostrarse o presumirse tal conocimiento. Es muy probable que tampoco se tome como hecho cierto de conocimiento las campañas publicitarias de distintos despachos o las noticias en diferentes medios, ya sea a raíz de las sentencias o con el fin de captar clientes. Nuevamente se parte en estos casos que la presunción de conocimiento podría no abarcar todas las situaciones. Con lo cual, aunque el TJUE manifieste el criterio del caso por caso, véase los considerandos cuarenta y siete, cincuenta, cincuenta y uno, de la STJUE de 25 de abril, asunto C-561/21, la dificultad probatoria hará que en la mayoría de los casos se tome como criterio a seguir el de la declaración de abusividad mediante sentencia.

IV. CONCLUSIONES

La STJUE de 25 de enero de 2024 goza de una aparente y sencilla claridad. Su estudio y el de la jurisprudencia anterior del TJUE conduce a que las cosas no sean tan diáfanas.

La regla que fija la doctrina del TJUE en materia de prescripción, difícilmente puede adecuarse a un criterio objetivo, diferente del de la declaración de abusividad, pues siempre podrán existir situaciones en las cuales determinados consumidores no han tenido o podido conocer la abusividad o potencial abusividad de esa cláusula.

De la doctrina de esta sentencia, al igual que las anteriores, se extrae que pueden existir casos en los cuales el *dies a quo* comience tras el pago de los gastos hipotecarios. No obstante, tal como se ha observado anteriormente, difícilmente en la mayoría de las situaciones podrá darse dicha situación.

Puede decirse que un hecho ha quedado rotundamente claro y es que, por sí misma, una jurisprudencia nacional consolidada no es suficiente para acreditar el conocimiento de la abusividad o potencial cognición de una cláusula abusiva, a efectos del cómputo de la prescripción.

Las dos STJUE de 25 de abril de 2024 aclaran varias situaciones. A raíz de ambas resulta diáfano que el criterio de la jurisprudencia nacional no puede constituirse en factor para el inicio del *dies a quo*, lo cual confirma lo dicho por la STJUE de 25 de enero de 2024; tampoco lo sería la jurisprudencia del TJUE.

Debe quedar claro que el TJUE no fija, ni puede, la fecha en la cual ha de iniciarse el *dies a quo* del plazo de restitución. La manifestación del Tribunal ha sido clara por cuanto que el inicio del plazo del *dies a quo*, tras la sentencia declarativa de abusividad, no es incompatible con la Directiva 93/13 y, por ende, con el principio de seguridad jurídica.

Tal criterio puede resultar el más cristalino, pero no el único, pudiendo probar la entidad bancaria que el consumidor tuvo o pudo tener un conocimiento previo con anterioridad a tal sentencia. No obstante, tal prueba será una tarea ardua, por cuanto no constituye prueba de tal conocimiento las sentencias del TS o del TJUE.

Con lo cual, por mucho que el inicio pueda producirse con anterioridad a la sentencia declarativa, según el criterio de que el consumidor deba conocer sus derechos antes de que el inicio del plazo empezase a correr o de que expirase, la entidad bancaria difícilmente podrá probar tal hecho.

V. RESOLUCIONES

- STJUE de 25 de abril de 2024, asunto C-561/21.
- STJUE de 25 de abril de 2024, asunto C-484/21.
- SAP Barcelona (Secc15.ª) 62/2024 de 15 de marzo.
- STJUE de 25 de enero de 2024, asuntos C-801/21 a C-813/21.
- STJUE de 14 de diciembre de 2023, asunto C-28/22.

- SAP Ourense 724/2023 de 7 de noviembre.
- STJUE de 8 de septiembre de 2022, asuntos C-80/21 a C-82/21.
- SAP La Rioja 449/2021 de 1 de octubre.
- Auto de 22 de julio de 2021, que se tramita como asunto C-561/21 en el TJUE.
- STJUE de 10 de junio de 2021, asuntos C-776/19 a C-782/19.
- STJUE de 22 de abril de 2021, asunto C-485/19.
- SAP Salamanca 751/2020 de 16 de diciembre.
- STJUE 16 de julio de 2020, asuntos C-224/19 y C-259/19.
- STJUE de 9 de julio de 2020, asuntos C-698/18 y C-699/18.
- SAP Pontevedra 494/2017 de 13 noviembre.
- STS 550/2005 de 6 de julio.

VI. BIBLIOGRAFÍA

DURÁN RIVACOBA, R. (2024). Acerca del *dies a quo* en su cómputo para las acciones restitutorias de cantidades pagadas por el consumidor en virtud de una cláusula nula por abusiva. Diario La Ley, N.º10443.

GARCÍA GUTIÉRREZ, F.J. (2024). *Dies a quo* en la acción restitutoria de los gastos hipotecarios: estado de la cuestión tras la sentencia del TJUE de 25 de enero de 2024 (acumuladas C-810/21 y C-813/21). *Diario La Ley,* N.º 10443.

VILLARUBIA GONZÁLEZ, J. (2024). Golpe del TJUE con la sentencia de 25 de enero de 2024 a la banca española. Mantiene abierta la vía para la reclamación de los gastos de constitución de hipoteca tras resolver la prescripción de la acción restitutoria por aplicación de cláusulas abusivas*. Diario La Ley*, N.º10442

NOTAS

[1] Véase la nota de prensa que menciona dichos pronunciamientos plenarios, en https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-fija-doctrina-sobre-gastos-asociados-a-un-prestamo-hipotecario.

[2] En el mismo sentido, STJUE de 22 de abril de 2021, asunto C-485/19. Por otro lado, también se pronuncia el TJUE, en relación con un préstamo hipotecario y la prescripción, en STJUE de 14 de diciembre de 2023, asunto C-28/22; aunque el supuesto de hecho no resulta interesante, al menos para la cuestión que aquí se trata. Misma opinión en STJUE 16 de julio de 2020, asuntos C-224/19 y C-259/19. *Idem* STJUE de 8 de septiembre de 2022, asuntos C-80/21 a C-82/21. También STJUE de 10 de junio de 2021, asuntos C-776/19 a C-782/19.

[3] En la SAP La Rioja 395/2018 de 30 de noviembre sostuvo: "*... Hemos de aclarar que la acción ejercitada es la de nulidad por abusividad de la cláusula y ésta, como bien precisa la resolución recurrida, es imprescriptible y no se somete a plazo alguno por lo que el hecho de que el préstamo hipotecario se suscribiese en el año 1.996 no constituye un obstáculo para abordar esta cuestión, máxime si tomamos en consideración que no consta que el mismo haya sido cancelado. En efecto, conforme a jurisprudencia reiterada y unánime, la acción de nulidad por abusividad es imprescriptible y la restitución de lo percibido no es sino un efecto o consecuencia de dicha declaración de nulidad conforme alart. 1303 del CCpor lo que difícilmente podemos entender que ha prescrito el derecho de reintegro de lo indebidamente pagado*".

[4] Posición clásica del TS en materia de nulidad absoluta, la cual se resume perfectamente en la STS 550/2005 de 6 de julio. No obstante, la postura del TS ha cambiado y ello se deduce de forma nítida a raíz del planteamiento de la cuestión prejudicial. Véase para ello el auto de 22 de julio de 2021, que se tramita como asunto C-561/21 en el TJUE.

[5] Es esta la posición que sigue la doctrina más moderna y autorizada, en opinión de quien suscribe este comentario. También, como se verá a continuación, la disgregación entre acción declarativa y restitutiva es conforme al Derecho de la UE. Sobre bibliografía y doctrina más autorizada, véase, DELGADO ECHEVERRÍA, J., M.ª .A., PARRA LUCÁN (2005). *Las nulidades de los contratos*. Madrid: Dykinson. PASQUAU LIAÑO, M. (1997). *Nulidad y anulabilidad del contrato*. Madrid: Civitas. MARÍN LÓPEZ, M.J. (2018). *La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios.* Madrid: Reus. Cabe precisar que el último autor cuenta con numerosa bibliografía en relación a los gastos hipotecarios, su abusividad y la prescripción de la acción de restitución. No obstante, en el momento que se suscribe este comentario, todavía no existe publicación alguna del prof.MARÍN LÓPEZ en relación a las nuevas STJUE.

[6] En adelante, Directiva 93/13.

[7] En Derecho común deben tenerse en cuenta los arts.1964.2 y el art.1969. En el primero se estipula: "*Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan*". Mientras que en el segundo se dice: "*El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse*".

[8] Consta que el 15 de noviembre de 2017 se reclamó extrajudicialmente. De los otros asuntos, nada se menciona en la STJUE de 25 de enero de 2024. Cabe destacar que en Primera

Instancia en todos los asuntos se apreció el derecho a la restitución de las cantidades, salvo en este último asunto. Las dudas de la AP la condujeron a plantear las cuestiones prejudiciales.

[9] En Derecho común, para las acciones que no tuvieran un plazo específico asignado, este será de cinco años según el art.1964.2 segundo, el cual fue modificado por la Ley 42/2015, de 5 de octubre. Desde un punto de vista material, este plazo resulta suficiente, pues el TJUE ya se pronunció a favor de un plazo de tres años en la STJUE de 9 de julio de 2020, asuntos C-698/18 y C-699/18 (aunque por razones temporales, la Directiva no resulta de aplicación al último asunto); debe precisarse que los asuntos versaban sobre préstamos personales y no préstamos hipotecarios. Igualmente, en STJUE de 22 de abril de 2021, asunto C-485/19, plazo de tres años, en relación a un crédito al consumo. De manera explícita, en relación con el plazo de cinco años y su validez desde un punto de vista material, en relación al Derecho español, véase la STJUE 16 de julio de 2020, asuntos C-224/19 y C-259/19.

[10] Véase la nota dos sobre la jurisprudencia del TJUE en la materia.

[11] Sobre el conocimiento de los derechos que le confiere la Directiva, se desconoce cuál debería ser la postura o significado atribuible, no habiendo un criterio o aclaración alguna por parte del TJUE. Aunque esta frase se repita en numerosas ocasiones, el significado más probable que pueda asignarse en la actualidad consiste en el conocimiento o potencial cognición de abusividad de la cláusula en cuestión. No obstante, afirmaciones como la contenida en la STJUE de 25 de abril de 2024, asunto C-484/21, ponen en duda de nuevo tal hecho. Y es que se dice: "*Asimismo, debe recordarse que es posible que los consumidores ignoren que una cláusula incluida en un contrato de préstamo hipotecario es abusiva o no perciban la amplitud de los derechos que les reconoce la Directiva 93/13*", en considerando veintiocho.

[12] Manifestación esta que no es novedosa, sino que ya se encontraba recogida en la STJUE de 10 de junio de 2021, asuntos C-776/19 a C-782/19 y también en la STJUE de 8 de septiembre de 2022, asuntos C-80/21 a C-82/21.

[13] Véase el art.14 de dicha norma.

[14] En la STS 2040/2024 de 25 de abril, aunque analiza una situación a efectos de costas, existen una serie de manifestaciones que tienen relevancia y relación con el dilema planteado. En este caso se habla de la introducción de un supuesto deber proactivo por parte de las entidades bancarias, en situaciones de jurisprudencia reiterada, de modo que se espera que dichas entidades tomen la iniciativa, dirigiéndose a los consumidores para reparar las consecuencias de su conducta abusiva.

[15] En este considerando, número sesenta, se parte de una distinción de actitudes respecto del empresario y consumidor con relación al conocimiento de aspectos jurídicos, a raíz de la posibilidad y accesibilidad de información que ambos pudieran tener.

[16] *Vid.*, VILLARUBIA GONZÁLEZ, J. (2024). Golpe del TJUE con la sentencia de 25 de enero de 2024 a la banca española. Mantiene abierta la vía para la reclamación de los gastos de constitución de hipoteca tras resolver la prescripción de la acción restitutoria por aplicación de cláusulas abusivas. *Diario La Ley*, N.º10442.

[17] GARCÍA GUTIÉRREZ, F.J. (2024). *Dies a quo* en la acción restitutoria de los gastos hipotecarios: estado de la cuestión tras la sentencia del TJUE de 25 de enero de 2024 (acumuladas C-810/21 y C-813/21), *Diario La Ley,* N.º 10443, pg.3.

[18] Véase, DURÁN RIVACOBA, R. (2024). Acerca del *dies a quo* en su cómputo para las acciones restitutorias de cantidades pagadas por el consumidor en virtud de una cláusula nula por abusiva. Diario La Ley, N.º10443.

[19] Tal es el camino seguido por la SAP Barcelona (Secc15.ª) 62/2024 de 15 de marzo. En esta sentencia se toma como parámetro al consumidor medio con el fin de establecer un criterio objetivo y general. Lo anterior conduce a la AP a fijar el inicio del plazo de prescripción a inicios del año 2017. El factor a utilizar para tomar como punto de partida esta pauta se basa en las distintas campañas publicitarias para la captación de clientes. No obstante, esta sentencia choca con la STJUE que cita, pues en ella se dice que no cabe tomar como criterio la existencia de una jurisprudencia consolidada, la cual es posterior al año 2017. Por el otro lado, como se verá con posterioridad, también es contraria a las dos STJUE de 25 de abril, pues estas abogan por un criterio de caso por caso y no una regla de carácter genérico.

[20] Hecho este que se deduce, por ejemplo, de la STJUE de 8 de septiembre de 2022, asuntos C-80/21 a C-82/21 o STJUE de 10 de junio de 2021, asuntos C-776/19 a C-782/19.

[21] Véanse los considerandos treinta a treinta y cuatro.

1.7. Concursal

La cesión de bienes para pago y el concurso de acreedores. Ámbito de aplicación del artículo 1175 del Código Civil[1]

The transfer of assets for payment and the bankruptcy of creditors. Scope of application of article 1175 of the Civil Code

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: La cesión de bienes para pago es un subrogado del cumplimiento que a diferencia de la dación en pago, no produce por sí mismo el pago ni la transmisión de propiedad a los acreedores, sino que confiere un poder irrevocable a estos para proceder a la venta de los bienes cedidos y aplicar su producto líquido al pago de los créditos. El artículo 1175 del Código Civil contempla una cesión de bienes para pago extrajudicial (fruto de la autonomía de la voluntad) y una cesión de bienes para pago judicial, tácitamente derogada por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que prohibió los convenios liquidativos, salvo los que tuvieran por objeto la transmisión de unidades productivas con asunción de deuda.

La cuestión que se plantea es qué ámbito de aplicación tiene la cesión de bienes extrajudicial en la medida en que el deudor está obligado a solicitar su concurso de acreedores en caso de insolvencia actual.

ABSTRACT: The transfer of assets for payment is a payment subrogated that, unlike dation in payment, does not in itself produce payment or the transfer of property to creditors, but rather confers irrevocable power to them to proceed with the sale of the transferred assets and apply its liquid proceeds to the payment of the credits. Article 1175 of the Civil Code contemplates a transfer of assets for extrajudicial payment (as a result of the autonomy of the will) and a transfer of assets for judicial payment, tacitly repealed by Law 22/2003, of July 9, Bankruptcy, which prohibited liquidation agreements, except those whose purpose is the transfer of productive units with assumption of debt.

The question that arises is what scope of application the extrajudicial transfer of assets has to the extent that the debtor is obliged to request bankruptcy in the event of current insolvency.

PALABRAS CLAVE: Cesión de bienes para pago, insolvencia, iliquidez, concurso de acreedores

KEY WORDS: Transfer of assets for payment, insolvency, iliquidity, bankruptcy procedure

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NATURALEZA DE LA CESIÓN DE BIENES PARA PAGO.—III. LA CESIÓN DE BIENES EXTRAJUDICIAL.—IV. LA CESIÓN DE BIENES JUDICIAL. 1. La reforma operada por la Ley 22/2003, Concursal. 2. La nueva interpretación del artículo 1175 del Código Civil. 2.1. *Obligatoriedad de solicitar la declaración de concurso por el deudor común.* 2.1.1. El presupuesto objetivo de la declaración de concurso. 2.1.2. La obligación del deudor de solicitar el concurso voluntario. 2.2. *El contenido del convenio.*—V. CESIÓN DE BIENES Y ACUERDOS DE REESTRUCTURACIÓN.—VI. LA CESIÓN DE BIENES PARA PAGO EN LA JURISPRUDENCIA.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN.

La cesión de bienes para pago es un subrogado del cumplimiento que produce los efectos del pago, no por sí misma sino cuando se aplica el producto de los bienes cedidos al pago de los créditos.

El artículo 1175 del Código Civil regula este subrogado del cumplimiento contemplando una cesión de bienes extrajudicial y otra judicial. Aquella, posible al amparo de la autonomía de la voluntad y esta derogada por la prohibición del artículo 100.3 de la Ley 22/2003 y 318.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal.

El presente artículo tiene por objeto determinar el ámbito de aplicación del artículo 1175 del Código Civil, teniendo presente la obligación del deudor de solicitar su propio concurso en caso de insolvencia actual y la mera posibilidad de alcanzar un plan de reestructuración en caso de probabilidad de insolvencia.

II. NATURALEZA DE LA CESIÓN DE BIENES PARA PAGO.

A la cesión de bienes para pago se refiere el artículo 1175 del Código Civil, ubicado en la sección primera, del Capítulo IV ("De la extinción de las obligaciones") del Título Primero ("De las obligaciones") del Libro Cuarto del Código Civil ("De las obligaciones y contratos"). Dicha sección lleva por rúbrica "El pago".

Señala el artículo 1175 del Código Civil:

"El deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas. Esta cesión, salvo pacto en contrario, sólo libera a aquél de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos. Los convenios que sobre el efecto de la cesión se celebren entre el deudor y sus acreedores se ajustarán a las disposiciones del título XVII de este libro, y a lo que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil".

De la redacción del artículo 1175 del Código Civil cabe extraer diversas consecuencias sobre la naturaleza de la cesión de bienes para pago.

En primer lugar, que la *cesión no produce por sí misma el pago* a diferencia de lo que ocurre con la dación en pago que puede conceptuarse como una compraventa en la que el precio es el crédito que se extingue. En la cesión de bienes para pago, sin embargo, no hay transmisión de propiedad ya que el efecto propio de la misma es la liquidación de los bienes cedidos para hacerse pago de los créditos con dicho importe líquido. Se trata de un subrogado del cumplimiento que exceptúa el artículo 1166 del Código Civil como consecuencia del acuerdo alcanzado entre deudor y acreedor o acreedores[2].

Mientras que la dación en pago produce los efectos del pago (*datio pro soluto*), la cesión de bienes es un negocio para el pago (*datio pro solvendo*), pago que se produce efectivamente en un momento posterior, no por la celebración del contrato de cesión de bienes en sí, sino cuando se aplica el producto líquido obtenido con la venta de los bienes a la satisfacción de los créditos.

Como señala DÍEZ PICAZO "a diferencia de la dación en pago, que es una transmisión de bienes con efectos solutorios de una deuda anterior, el pago por cesión de bienes no comporta un efecto solutorio inmediato, sino simplemente la entrega de bienes a los acreedores y la atribución a éstos de la facultad de someter los bienes cedidos a una liquidación para hacerse pago con su importe. Así como la dación en pago es un negocio *pro soluto*, pues la deuda queda extinguida con la transmisión, la cesión de bienes es un negocio *pro solvendo*, es decir, hecho para pago, pues la extinción sólo se producirá total o parcialmente, tras la liquidación y destino del importe obtenido a la satisfacción de los acreedores"[3].

En segundo lugar, se deduce del artículo 1175 del Código Civil que la cesión de bienes para pago *solo libera al deudor de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos* lo que significa que si la enajenación de tales bienes no bastase para satisfacer a los acreedores, el deudor continuará siéndolo por la diferencia. Y en contrapartida, si hubiese un remanente o sobrante tras el pago a los acreedores deberá entregarse el mismo al deudor[4], ya que como propietario de los bienes vendidos, tiene derecho a que se aplique el principio de subrogación real (el precio sucede en el lugar de la cosa y la cosa en el lugar del precio).

La cesión de bienes puede ser judicial o extrajudicial. La extrajudicial se rige por la autonomía de la voluntad (convenios sobre el efecto de la cesión), siempre que respete las normas contenidas en los artículos 1921 y siguientes del Código Civil sobre clasificación y prelación de créditos, ya que estas normas son de orden público económico, y por lo tanto, imperativas, no cabiendo su alteración mediante pacto, si bien es posible que el acreedor renuncie a su privilegio, de ostentarlo[5]. La mención a la cesión de bienes judicial hacía referencia a la que se producía en el marco del concurso y de la quiebra. Tras la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, hay que entender que el precepto remite a lo que sobre el particular establezca la Ley Concursal[6].

Cabe, pues, definir la cesión de bienes para pago como "el negocio jurídico por el cual el deudor entrega al acreedor o acreedores la posesión de sus bienes, con el mandato irrevocable de que los enajenen y con el precio obtenido se hagan pago de sus créditos"[7].

Como señala GARCÍA AMIGO "la cesión de bienes, es una aplicación práctica del artículo 1911 del Código Civil, pues entrega al acreedor la garantía consistente en los bienes del deudor, desprendiéndose éste de ellos y legitimando al acreedor para que gestione su enajenación, obtener dinero líquido y aplicarlo al pago total o parcial de las deudas; e incluso si resulta dinero sobrante después de pagadas las deudas, se devolverá al deudor"[8].

III. LA CESIÓN DE BIENES EXTRAJUDICIAL.

Como hemos dicho antes, la cesión de bienes extrajudicial es fruto de la autonomía de la voluntad (arts. 6.2 y 1255 CC). Teniendo como límite lo previsto en los artículos 1921 y siguientes del Código Civil.

Cabe decir que es "una facultad del deudor que queda supeditada a la aceptación por los acreedores, lo que la distingue de las situaciones concursales de ejecución universal del patrimonio del deudor", ya que no es facultativo para el deudor el declararse en concurso[9].

Por el contrato de cesión el deudor entrega la posesión de ciertos bienes muebles o inmuebles a los acreedores, conservando la propiedad de los mismos, dándoles un mandato irrevocable a estos para que procedan a su venta y apliquen su precio al pago de sus créditos (arts. 1172 y siguientes del Código Civil sobre imputación de pagos y arts. 1922 a 1925 sobre clasificación de los créditos y arts. 1926 a 1929 sobre prelación o graduación de créditos para su pago).

La cesión de bienes para pago tiene lugar, por lo tanto, mediante un contrato que celebran el deudor y el acreedor o acreedores del mismo. Como señala ALBALADEJO el deudor puede celebrar este contrato de cesión "con el acreedor que quiera o algunos o todos, y respecto a uno o varios de sus bienes o todos, quedando los acreedores no intervinientes al margen, *de modo que sus derechos no resultan afectados por la cesión*, la cual no constituye novación (pues sigue debiéndose la misma deuda) pero necesita (como la dación en pago) de entrega de los bienes … y se rige, a falta de otra regulación pactada, por las reglas generales de las obligaciones y contratos"[10].

No obstante, se ha indicado que la cesión "deberá convenirse con todos los acreedores [al menos aquellos cuyos créditos estén vencidos y sean exigibles], pues no puede beneficiarse a unos en perjuicio de otros [lo que haría al contrato rescindible pese a no constituir propiamente un acto de enajenación sino para la enajenación *ex* art. 1111 y 1295.3.ª CC, del mismo modo que son rescindibles los pagos hechos por obligaciones prescritas o aún no exigibles], como tampoco alterarse el sistema legal de prelación de créditos [lo que se produciría si créditos vencidos y exigibles no pudiesen pagarse *in natura* con el resto de patrimonio del deudor no afectado por la cesión y quedasen al margen de este contrato o no pudiesen cobrarse con cargo al bien mueble o inmueble afecto al privilegio especial]"[11].

En este sentido señala DÍEZ PICAZO que "un convenio extrajudicial de cesión de bienes, en el que conscientemente se deje fuera a algunos acreedores, puede ser constitutivo de fraude para ellos si el deudor no conservara solvencia suficiente para responder de tales deudas. En todo caso, dicho convenio sería rescindible por causa de fraude a instancia de los acreedores perjudicados"[12].

Entiendo que es de esta forma como hay que entender el que los acreedores no intervinientes queden al margen de modo que sus derechos no resulten afectados por la cesión.

Por lo tanto, "si la parte de los bienes que el deudor excluye del objeto del contrato es suficiente para la realización de los derechos de los acreedores no participantes, no se produce quiebra alguna del principio de *igual condición y trato de los acreedores,* y el contrato de cesión de bienes desplegará toda su eficacia"[13].

Para llevar a cabo este contrato es preciso, pues, que el deudor no se encuentre en situación de insolvencia, dado que, si concurriere el presupuesto objetivo para la declaración de concurso de acreedores, el deudor debería cumplir con esta obligación legal[14].

Normalmente el presupuesto justificativo de la cesión de bienes para pago será una situación en que el activo del deudor es mayor que el pasivo, pero el deudor tiene problemas transitorios de liquidez[15].

Deudor y acreedores pueden regular los efectos de la cesión, de manera que cabría establecer un pacto por el que se limitase la responsabilidad del deudor al importe líquido de los bienes cedidos (*arg. ex* art. 140 LH), con el límite de no infringir normas imperativas como la que prohíbe la exoneración o limitación de la responsabilidad por dolo (arts. 1102 y 1107 CC).

Finalmente, como señala ALBALADEJO, si los créditos no eran obligaciones pecuniarias, "solamente hay pago si, a cambio de los bienes del deudor, consiguen los acreedores la prestación específica que les era debida.

En otro caso, es preciso que sus créditos, mediante novación, se conviertan en dinerarios, para que sean pagados con el precio de los bienes enajenados"[16].

IV. LA CESIÓN DE BIENES JUDICIAL.

1. La reforma operada por la Ley 22/2003, Concursal.

El Código Civil en su artículo 1175 remitía la regulación de la cesión de bienes judicial a los artículos 1912 a 1920 del Código Civil, que regulaban el concurso de acreedores. Esta remisión "hoy en día, debe entenderse realizada a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, puesto que los arts. 1912 a 1920 del Código Civil han sido derogados por dicha ley, en la que se contiene una regulación transversal tanto de los aspectos sustantivos como procesales del concurso de acreedores"[17].

A diferencia del derecho anterior, la Ley 22/2003 prohibió "la inclusión de acuerdos con los acreedores relativos a la liquidación del patrimonio del concursado como contenido de la propuesta de convenio concursal que se presente

al Juez del concurso (art. 100.3). Esta prohibición afecta tanto a los pactos de cesión de bienes para el pago de las deudas como a cualesquiera otras formas de liquidación global del patrimonio del deudor"[18].

"Por otra parte, desaparecidos los procedimientos judiciales de suspensión de pagos y la quita y la espera en el orden civil, tras la entrada en vigor de la Ley Concursal, la única conclusión a la que se puede llegar, aunque no haya habido una derogación formal del artículo 1175 del Código Civil, es que ha tenido lugar una supresión de la figura de la cesión judicial de bienes por haber quedado vacío de contenido el referido precepto"[19].

En efecto, el artículo 100.3 de la Ley 22/2003 prohibió como contenido del convenio los acuerdos de liquidación entre deudor y acreedores, ya se tratase de una cesión de bienes para pago, de una dación en pago, de adjudicaciones en pago o para pago de deudas. En este aspecto, la nueva ley da una nueva orientación al Derecho Concursal, pues con anterioridad, dado el silencio del legislador en torno al contenido del convenio cabía entender que el que pusiese fin a la quiebra o al concurso de acreedores, podía contener además de proposiciones de quita y espera, acuerdos liquidativos del patrimonio del deudor quebrado o concursado (antiguos art. 898 C de C y 1917 CC)[20].

Por otro lado, dada la obligatoriedad de la solicitud de concurso por el deudor en caso de insolvencia actual (es decir, cuando no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles) e incluso de insolvencia inminente (el deudor prevé que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones en un futuro inmediato) *ex* artículos 2 y 5.1 Ley 22/2003 "el margen previsto para aceptar la celebración de un convenio extrajudicial de liquidación de los bienes del deudor queda reducido al mínimo …", al supuesto de una situación de mera iliquidez del patrimonio del deudor. "Ante la previsión de una falta de liquidez para hacer frente al pago de los créditos de vencimiento más cercano, el deudor opta por ofrecer sus bienes para el pago de sus créditos, a la espera de regular su situación de cara al vencimiento del resto de las deudas. En principio, nada obsta a la celebración de un acuerdo liquidatorio de este tipo sobre los bienes del deudor. Si el pasivo del deudor es inferior a su activo, no hay duda de que no cabe discutir la validez de un pago hecho a un acreedor o a varios, siempre que no se lesione el derecho de aquellos que tienen preferencia según la ley. Por el mismo motivo, tampoco debe ser negada la admisibilidad de aquellos negocios que supongan una vía alternativa al pago, como una cesión de bienes o una dación en pago, y que cumplan con el objetivo de satisfacer los intereses de los acreedores implicados"[21].

De acuerdo con lo expuesto anteriormente podemos afirmar que la Ley 22/2003 otorga a la celebración de una cesión de bienes para pago a los acreedores en el ámbito extrajudicial un estrecho margen, siendo inexistente tal po-

sibilidad en el marco del proceso concursal [con los matices que veremos en sucesivos epígrafes], lo que exige una nueva interpretación del artículo 1175 del Código Civil[22].

"Conforme a la legislación anterior a la reforma concursal, y a la luz del artículo 1175 del Código Civil, es perfectamente defendible la existencia de ambas formas de cesión de bienes a los acreedores: una voluntaria o convencional, que tiene su razón de ser en el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), conforme al cual el deudor y los acreedores pueden acordar los pactos que consideren necesarios para regular la forma en que deba llevarse a cabo la cesión y los efectos que hayan de producirse; y una cesión de bienes judicial, que se celebra dentro de la esfera propia de los procedimientos concursales y que consagra el artículo 1175 cuando dispone que << Los convenios que sobre el efecto de la cesión se celebren entre el deudor y sus acreedores se ajustarán a las disposiciones del título XVII de este libro y a lo que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil >>. De este modo, el último párrafo del artículo 1175 CC se refiere a un convenio de cesión de bienes acordado en el seno de los procedimientos concursales, y es por ello por lo que se remite, en general, a las normas del Código Civil relativas al concurso de acreedores (art. 1913 y ss. CC) [hoy derogadas] y, en particular, a los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan el convenio entre los acreedores y el concursado (arts. 1303 a 1313 LEC de 1881) y el convenio entre los acreedores y el quebrado (arts. 1389 a 1396 del mismo cuerpo legal)"[23].

"Pues bien, con la nueva Ley Concursal y descartada toda posibilidad de acordar una cesión de bienes a los acreedores o cualquier otra forma de convenio liquidatorio del patrimonio del deudor como contenido del convenio concursal (art. 100.3 LC), y desaparecidos asimismo los procedimientos judiciales de suspensión de pagos, y de quita y espera en el orden civil, la conclusión a la que necesariamente se ha de llegar es la consecuente extinción de toda forma de cesión de bienes judicial. Como consecuencia, y destacando el hecho de que la Ley 22/2003 no contiene ninguna mención derogatoria respecto al último párrafo del artículo 1175 del Código Civil, sólo nos queda por determinar a qué normas se referirá el precepto cuando se remite a las disposiciones del Título XVII del Libro IV del Código y a la Ley de Enjuiciamiento Civil... La única respuesta plausible consiste en entender la remisión hecha a las normas del Código Civil sobre concurrencia y prelación de créditos y las correspondientes normas procesales referidas a la realización judicial del derecho. … En conclusión, la nueva Ley Concursal provoca un vació de contenido de parte del artículo 1175 del Código Civil que solo podrá ser superado a partir de una nueva interpretación de la letra del precepto…"[24].

2. La nueva interpretación del artículo 1175 del Código Civil

Efectivamente, procede realizar una nueva interpretación sistemática del texto del artículo 1175 del Código Civil, en parte tácitamente derogado por la Ley 22/2003, poniéndolo en relación con la obligatoriedad de la declaración de concurso y la prohibición de realizar convenios concursales con un contenido liquidativo.

2.1 Obligatoriedad de solicitar la declaración de concurso por el deudor común

2.1.1. El presupuesto objetivo de la declaración de concurso.

De acuerdo con el artículo 2 del TRLC la declaración de concurso procede en caso de insolvencia del deudor, la cual puede ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.

Se trata de un concepto de insolvencia "amplio o funcional, donde lo esencial es *la incapacidad de cumplir con las obligaciones*, al margen de que ello se deba a una insuficiencia patrimonial del deudor (desbalance patrimonial o pasivo superior al activo) o a una falta de liquidez que le impida cumplir *regularmente* con sus obligaciones", irregularidad en el cumplimiento que se manifestaría si para poder cumplir las obligaciones vencidas y exigibles el deudor debiera liquidar apresuradamente sus bienes[25].

Ahora bien, una cesión de bienes para pago entiendo que no puede conceptuarse como una liquidación apresurada y ruinosa de los bienes del deudor en la medida en que los acreedores cesionarios deben maximizar el resultado de la venta de los bienes cedidos, no pudiendo considerarse que cumplieron su encargo diligentemente si los bienes no se vendieron al menos a precio de mercado, como hemos señalado antes. Por lo tanto, una situación de iliquidez puede ser presupuesto de una cesión de bienes, sin necesidad de constituir presupuesto objetivo de una declaración de concurso de acreedores.

Sin embargo, siendo el activo mayor que el pasivo, si el deudor no es capaz de obtener activo líquido o realizable en cantidad suficiente para atender sus obligaciones exigibles (es decir, no puede obtenerse este resultado mediante una cesión de bienes para pago), entonces cabe considerar que el deudor está en estado de insolvencia aunque su activo sea mayor que su pasivo, porque lo relevante para que concurra el presupuesto objetivo del concurso no es el incumplimiento

de las obligaciones (que puede deberse a causas distintas de la insolvencia) sino la *incapacidad de pago*[26].

Como señala GONZÁLEZ VÁZQUEZ "nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado [el concepto de insolvencia] que exige atender a las circunstancias concretas de cada caso, dada la dificultad de acudir a una definición legal cerrada o más estricta"[27].

En caso de insolvencia inminente, concepto acotado "tras la reforma introducida en el artículo 2 por la Ley 16/2022, cuyo principal objetivo era transponer a nuestro ordenamiento la Directiva UE 2019/1023, sobre reestructuración e insolvencia y, con ello, armonizar el Derecho preconcursal en torno a los planes de reestructuración", el deudor está facultado, pero no obligado a solicitar el concurso "siendo perfectamente legítimo que éste opte por buscar otra solución alternativa a su dificultad económica y financiera", como podría ser una cesión de bienes para pago[28].

En este supuesto sólo el deudor está legitimado para para instar el concurso ya que "al no ser todavía insolvente, la imposición contra su voluntad de una declaración de concurso, podría considerarse atentatoria al contenido esencial de la libertad de empresa (art. 38 CE)"[29].

Con mayor motivo, si el deudor se encuentra en estado de mera probabilidad de insolvencia, que el artículo 584 del TRLC considera que existe "cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años", está facultado para optar por aplicar medidas distintas del plan de reestructuración, como puede ser una cesión de bienes para pago[30].

En efecto, de acuerdo con el artículo 585 TRLC "en caso de probabilidad de insolvencia o de insolvencia inminente, el deudor, sea persona natural o jurídica *podrá comunicar al juzgado competente para la declaración del concurso* la existencia de negociaciones con sus acreedores, o la intención de iniciarlas de inmediato, para alcanzar un plan de reestructuración que permita superar la situación en que se encuentra.

El deudor que se encuentre en estado de insolvencia actual podrá efectuar la comunicación a que se refiere el apartado anterior en tanto no se haya admitido a trámite solicitud de declaración de concurso necesario".

2.1.2. La obligación del deudor de solicitar el concurso voluntario.

El deudor no solo está legitimado sino obligado a solicitar su concurso voluntario, deber que habrá de cumplir dentro de los dos meses siguientes a haber conocido o debido conocer su estado de insolvencia (arts. 3.1 y 5.1 TRLC). Se

presume *iuris tantum* que el deudor ha conocido que se encontraba en estado de insolvencia cuando hubiere acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a la solicitud de cualquier otro legitimado, los cuales están recogidos en el artículo 2.4 TRLC. Si la insolvencia es actual existe este deber de solicitar el concurso, no así como hemos indicado en el caso de insolvencia inminente, lo que resulta pacífico en la doctrina en la actualidad[31]. Ello da un margen de aplicación a la celebración del convenio de cesión de bienes para pago.

2.2. El contenido del convenio

El artículo 100.3 de la Ley 22/2003 señalaba que "en ningún caso la propuesta [de convenio] podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas…".

Esta prohibición obedecía a que "la liquidación de un patrimonio concursal debe hacerse necesariamente abriendo la fase de liquidación. Por liquidación global se entiende la liquidación en conjunto de los bienes y derechos que integran la masa activa, es decir, la liquidación como un todo del patrimonio concursal. Con esta prohibición se pretende dejar patente que el modelo de convenio es, fundamentalmente, un convenio de continuación de la actividad, con clara finalidad conservadora, relegando cualquier fórmula de carácter liquidativo a lo dispuesto para esta otra forma de solución del concurso, alternativa al convenio.

Bajo la vigencia de la Ley 22/2003 no se admitían, pues, los convenios de liquidación global, sea ésta directa o indirecta o por conversión; no sólo están prohibidos aquellos convenios cuyo objeto sea la liquidación global de la masa, sino también aquellos otros convenios de continuación en los que, en caso de incumplimiento, se atribuya a una comisión de acreedores o a los antiguos administradores concursales la facultad de proceder a la enajenación en conjunto de la masa activa para pagar a los acreedores con el producto obtenido en esa liquidación.

Por el contrario, no existía inconveniente en atribuir a los administradores concursales la facultad de enajenar bienes determinados, con los límites antes señalados, para el caso de que el deudor no pueda hacer frente a los compromisos adquiridos frente a los acreedores de la masa o frente a los propios acreedores concursales. No se prohibía la enajenación de bienes o derechos singulares, dado que la Ley 22/2003 art. 100.4 [actual TRLC art. 331] disponía que << las propuestas deberán presentarse acompañadas de un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento, incluidos los procedentes de la enajenación de *determinados bienes y derechos del concursado* >>. Lo que debe conjugarse con la posibilidad de enajenar [el conjunto de] activos afectos a la

actividad empresarial o determinadas unidades productivas, a tenor del número 2 del propio artículo, *pero proscribe los convenios de liquidación global directa o indirecta*"[32].

El Texto Refundido de la Ley Concursal en su artículo 318.2 "suprime la referencia al carácter << global >> de la liquidación, que se prohíbe como contenido del convenio y hace referencia a la liquidación de la masa activa, no del patrimonio del deudor como hacía la Ley 22/2003"[33].

En efecto, mientras que la Ley 22/2003 señalaba en el artículo 100.3 que "en ningún caso la propuesta [de convenio] podrá consistir en la liquidación global del *patrimonio del concursado* para la satisfacción de sus deudas", el artículo 318.2 establece que en ningún caso la propuesta de convenio podrá suponer "la liquidación de la *masa activa* para la satisfacción de los créditos".

La justificación de esta modificación puede obedecer a que la Ley 22/2003 (art. 100.2 LC) y ahora el Texto Refundido de la Ley Concursal (artículo 324 TRLC) admiten la transmisión global de la empresa con asunción de deuda es decir "la adquisición por una persona natural o jurídica, determinada en la propia propuesta, bien del conjunto de bienes y derechos de la masa activa afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado, bien de determinadas unidades productivas, *con asunción por el adquirente del compromiso de continuidad de esa actividad durante el tiempo mínimo que se establezca en la propuesta, y de la obligación de pago, total o parcial, de todos o algunos de los créditos concursales*".

Lo que supone una excepción a la prohibición de los convenios liquidativos permitiendo una transmisión global de la empresa o de unidades productiva con asunción de deuda *pero no la venta desmembrada de todos y cada uno de los bienes o derechos integrados en la masa activa*[34].

Por otro lado, a raíz de la transposición por el Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio, de diversas directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles, se permite la cesión global de activo y pasivo como una forma más de modificación estructural junto con la transformación, fusión y escisión, indicando el artículo 3.2 del citado Real Decreto-Ley que "las sociedades que se encuentren en concurso de acreedores o sometidas a un plan de reestructuración o, en su caso, a un plan de continuación, podrán proceder a una transformación, fusión, escisión o cesión global. La formación de la voluntad social, los derechos de los socios y la protección de los acreedores se ajustarán a lo previsto en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal".

Artículo este que se complementa con la previsión introducida por el Real Decreto-Ley 5/2023 en el artículo 399 ter, que lleva por rúbrica "fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo *en ejecución del convenio*".

Se precisa así con mayor claridad por el legislador el alcance de la prohibición de convenios liquidativos[35].

V. CESIÓN DE BIENES Y ACUERDOS DE REESTRUCTURACIÓN.

De acuerdo con el artículo 583 del Texto Refundido de la Ley Concursal "cualquier persona natural o jurídica que lleve a cabo una actividad empresarial o profesional *podrá efectuar* la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores o solicitar directamente la homologación de un plan de reestructuración de conformidad con lo previsto en este libro" (art. 583.1 TRLC), salvo los deudores excluidos en el art. 583.2 TRLC y los deudores incluidos en el ámbito de aplicación del Libro Tercero, o sea, las microempresas, las cuales se sujetarán exclusivamente a las disposiciones del Libro Tercero.

Las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público no quedan comprendidas en el presupuesto subjetivo del artículo 583.1 del Texto Refundido.

La comunicación de apertura de negociaciones o la homologación de un plan de reestructuración procederán cuando el deudor se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual, considerándose que existe probabilidad de insolvencia cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los dos próximos años (art, 584 TRL).

Parecería que esta regulación limita de nuevo el ámbito de aplicación de la cesión de bienes para pago extrajudicial.

Sin embargo hay que notar que no es obligatorio ni la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores ni tampoco alcanzar un plan de reestructuración (art 585 y 611 TRLC)[36].

Es más, el régimen de los planes de reestructuración (Título III, Libro II TRLC) "está previsto para quienes deseen (art. 615 TRLC) *actuar al margen de una posible actuación privada y sin protección que siempre será posible,* o bien extender los efectos a acreedores que no estén conformes en la reestructuración, o bien a los socios, o bien para proteger la financiación interina o la nueva financiación"[37].

Es posible, pues, llevar a cabo la cesión para pago de bienes extrajudicial en situación de probabilidad de insolvencia. Teniendo presente además, que el deudor persona natural que no sea titular de una actividad empresarial o profesional, queda fuera de la posibilidad de recurrir a los planes de reestructuración por lo que la cesión de bienes para pago es un remedio al que puede recurrir mientras no concurra el deber de solicitar el concurso de acreedores.

VI. LA CESIÓN DE BIENES EN LA JURISPRUDENCIA

La Jurisprudencia conviene sustancialmente con la doctrina científica en cuanto a la naturaleza y alcance de la cesión de bienes para pago.

Así por ejemplo, la SAP de Madrid (sección 12.ª), 779/2012, de 12 de diciembre, señala que "la cesión de bienes se regula en el artículo 1.175 del Código Civil, que establece que el deudor puede ceder sus bienes a sus acreedores en pago de sus deudas. A diferencia de la dación en pago, que es una transmisión de bienes con efectos solutorios de una deuda anterior, *el pago por cesión no comporta efecto solutorio inmediato*, sino simplemente la entrega de bienes a los acreedores y la atribución a éstos de la facultad de someterlos a un proceso de liquidación para hacerse pago por su importe. Así como la dación es un pago *pro soluto*, pues la deuda queda extinguida con la transmisión, la cesión de bienes es un pago *pro solvendo*, es decir, hecho para pago, pues la extinción se producirá total o parcialmente, tras la liquidación y destino del importe obtenido a la satisfacción de los acreedores. En la práctica, para llevar a efecto el convenio de cesión, el deudor *apodera irrevocablemente a sus acreedores para la enajenación y administración de los bienes cedidos. La irrevocabilidad de ese poder se justifica porque se ejerce en beneficio del apoderado (acreedor) y para cumplir un convenio (el de cesión). Autorizar la libre revocación del poder sería tanto como permitir a una de las parte del convenio la resolución unilateral de lo pactado*. En cuanto a los efectos de la cesión, según el artículo 1.175, ésta libera al deudor de sus responsabilidades por el importe líquido de los bienes cedidos, salvo pacto en contrario. Si no existe este pacto y los acreedores no quedan totalmente satisfechos, podrán perseguir los bienes que posteriormente adquiera el deudor. Con la cesión de los bienes no se produce la transmisión del dominio, continuando el deudor siendo su dueño, ni la extinción del crédito (*cessio pro solvendo*), que solo se extinguirá una vez liquidados los bienes cedidos y en la cuantía que resulte de esa liquidación, por lo que, si lo obtenido en la liquidación rebasa la cuantía del crédito, tiene el deudor derecho a exigir esa diferencia económica y si lo obtenido es inferior a la cuantía del crédito, tiene derecho el acreedor a exigir del deudor el pago de la parte del crédito no extinguido"[38].

Y añade con cita de la SAP de Madrid, sección 21.ª, de 13 de diciembre de 2011 que "en cualquier caso, lo pactado o convenido entre el acreedor y el deudor debe prevalecer, salvo que sea contrario a la ley, a la moral o al orden público (artículo 1.255 del Código Civil), siendo los pactos los que determinarán si la entrega de los bienes fue una «dación en pago» o una «cesión de bienes para pago de acreedores». Ahora bien, una vez determinada la naturaleza de la entrega, si fue una «dación en pago» o una «cesión de bienes para pago de acreedores», deben aplicarse las consecuencias jurídicas propias y genuinas de cada una de estas figuras jurídicas (ya reseñadas) y si alguna de las partes invoca un

pacto contrario a alguna de esas consecuencias jurídicas le incumbe la carga de la prueba de la existencia de ese pacto. Normalmente en la «cesión de bienes para pago de acreedores» se hará una cesión de todos los bienes del deudor a favor de todos sus acreedores. Pero ello no es una característica esencial de la «cesión de bienes para pago de acreedores» *que puede hacerse únicamente con uno o alguno de los acreedores cediéndoles algunos, no todos los bienes del deudor"*[39].

Esta doctrina es reiterada por la SAP de Madrid (sección 12.ª), 281/2013, de 17 de abril y SAP de Pontevedra (sección 6.ª), 106/2014, de 18 de febrero.

En cuanto a la prohibición de los convenios liquidativos en el concurso de acreedores la STS 180/2012, de 28 de marzo de 2012 indica que "los abusos cometidos al amparo de la libertad de convenio en el régimen derogado, ha llevado al legislador de 2003 a fijar ciertos límites legales al contenido del convenio, que, como con acierto señala la sentencia recurrida, operan como frontera infranqueable. El art. 100.3 LC dispone que *[e]n ningún caso la propuesta (de convenio) podrá consistir en la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos, ni en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas...».*

La norma transcrita no prohíbe la enajenación de bienes o derechos singulares, al disponer en el número 4 que *«[l]as propuestas deberán presentarse acompañadas de un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento, incluidos, en su caso, los procedentes de la enajenación de determinados bienes o derechos del concursado"*. Lo que debe conjugarse con la posibilidad de enajenar activos afectos a la actividad empresarial o determinadas unidades productivas, a tenor del número 2 del propio artículo, según el cual *«las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio",* pero proscribe los convenios de liquidación global directa o indirecta.

En definitiva, como indica la Exposición de Motivos *«lo que no admite la Ley es que, a través de cesiones de bienes y derechos en pago o para pago de créditos u otras formas de liquidación global del patrimonio del concursado, el convenio se convierta en cobertura de solución distinta de aquella que le es propia. Para asegurar ésta y la posibilidad de cumplimiento, la propuesta de convenio ha de ir acompañada de un plan de pagos"*.

En la Jurisprudencia registral cabe destacar la RDGRN de 8 de julio de 2013 que sienta la siguiente doctrina:

"La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo diferencia con claridad los negocios de la adjudicación en pago y para pago de deudas. Así la Sentencia de 28 de junio de 1997, a la que se remite la de 1 de octubre de 2009, recuerda la reiterada doctrina de esta Sala sobre las características diferenciadoras entre la *datio*

pro soluto y la *datio pro solvendo,* recogida, entre otras, en Sentencias de 14 de septiembre de 1987, 4 y 15 de diciembre de 1989, 29 abril de 1991 y 19 octubre de 1992, ampliamente expuesta en la de 13 de febrero de 1989, al decir que la *datio pro soluto,* significación de adjudicación del pago de las deudas, si bien no tiene una específica definición en el Derecho sustantivo civil, aunque sí en el ámbito fiscal, se trata de un acto en virtud del cual el deudor trasmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que éste aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular, actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa, dado que, según tiene declarado esta Sala en Sentencia de 7 de diciembre de 1983, bien se catalogue el negocio jurídico que implica como venta, ya se configure como novación o como acto complejo, su regulación ha de acomodarse analógicamente por las normas de la compraventa, al carecer de reglas específicas, adquiriendo el crédito que con tal cesión se extingue, como viene dicho, la categoría de precio del bien o bienes que se entreguen en adjudicación en pago de deudas, en tanto que la segunda, es decir, la *datio pro solvendo ,* reveladora de adjudicación para el pago de las deudas, que tiene especifica regulación en el artículo 1175 del Código Civil, se configura como un negocio jurídico por virtud del cual el deudor propietario transmite a un tercero, que en realidad actúa por encargo, la posesión de sus bienes y la facultad de proceder a su realización, con mayor o menor amplitud de facultades, pero con la obligación de aplicar el importe obtenido en la enajenación de aquéllos al pago de las deudas contraídas por el cedente, sin extinción del crédito en su totalidad, puesto que, salvo pacto en contrario, el deudor sigue siéndolo del adjudicatario en la parte del crédito a que no hubiese alcanzado el importe líquido del bien o bienes cedidos en adjudicación toda vez que ésta sólo libra de responsabilidad a tal deudor por el importe líquido de los bienes cedidos en adjudicación, como expresamente previene el meritado artículo 1175 del Código Civil, no generando en consecuencia el alcance de efectiva compraventa, que es atribuible por el contrario a la adjudicación en pago de dudas o *datio pro soluto.* Por su parte, la Sentencia de 7 de diciembre de 1983, en la misma línea que las citadas y con cita, a su vez, de la de 1 de marzo de 1969, añade que «la diferencia es terminante por lo que respecta a la traslación de título real, puesto que así como la cesión [para pago] sólo atribuye la posesión de los bienes con un carácter personal que permite al acreedor efectuar la venta para cobrarse con su importe, en cambio, en la dación [en pago] se produce una verdadera transmisión sin restricción ni cortapisa alguna».

En el mismo sentido, la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de mayo de 1995, y atendida la relevancia fiscal de la distinción, ha diferenciado con nitidez tres clases distintas de adjudicaciones: «la adjudicación en pago de deudas, la adjudicación en pago de asunción de deudas y la adjudicación para pago de deudas. En la primera, el adjudicatario es acreedor del adjudicante por un crédito

propio; en la segunda, resulta deudor de terceros por la cesión de deudas y bienes hecha por el adjudicante, y en la tercera recibe determinados bienes para, con ellos o con su producto, hacer el pago de deudas del adjudicante. De esta manera las dos primeras implican una verdadera transmisión del bien, sea en solvencia del crédito o en compensación de las deudas asumidas, por lo que la transmisión queda sujeta al impuesto en condiciones normales. Por contra, en la adjudicación para pago de deudas el adjudicatario cumple una función vicaria que no va más allá de pagar las deudas del adjudicante con los bienes recibidos o con el producto de su venta y, por ello, se le reconoce el derecho a la devolución de lo cautelarmente ingresado por impuesto, caso de que en determinado plazo justifique haber cumplido aquel cometido. Para la Sala Primera de este Tribunal Supremo (por ejemplo, Sentencia de 14 septiembre 1987) la adjudicación en pago es un negocio *pro soluto ,* mientras que la adjudicación para pago es un negocio *pro solvendo ,* sin efectos liberatorios o extintivos hasta que se enajenen y liquiden los bienes y con su importe se pague a los acreedores de modo total o parcial, produciendo la extinción también total o parcialmente, y *siendo su naturaleza la de un mandato liquidatorio o de pago que se ejecuta mediante el otorgamiento de un poder irrevocable, perfeccionándose la cesión con la entrega de los bienes y, si no se ha pactado otra cosa, el obligado sólo se libera por el importe de los bienes liquidados, persistiendo su responsabilidad por la parte de deuda que queda sin cubrir».*

De esta doctrina jurisprudencial se deduce con absoluta nitidez que en las adjudicaciones para pago de deudas no existe un efecto traslativo del dominio a favor del adjudicatario. De las dos tesis doctrinales principales que se han enfrentado tradicionalmente en relación con la naturaleza y efectos de la dación para pago, la que considera que sólo transmite a los acreedores la posesión y administración de los bienes, con el mandato de liquidarlos y cobrarse (con indisponibilidad meramente obligacional por parte del deudor), y la que considera que produce una transmisión fiduciaria de los bienes cedidos a favor de los acreedores, que los reciben con el encargo de liquidarlos y cobrar con su producto sus créditos, la jurisprudencia se ha inclinado por la primera. Por ello, este Centro Directivo, al trasladar esta doctrina jurisprudencial al ámbito registral en relación con las inscripciones practicadas conforme al artículo 2, n.º 3, de la Ley Hipotecaria*, a favor del adjudicatario en los casos de dación para pago, ha afirmado que al interpretar el alcance de tales inscripciones hay que tener en cuenta que la adjudicación para pago es una adjudicación «en vacío» puramente formal, para permitir la disposición final del bien, sin que el bien entre en el patrimonio del adjudicatario*. Así la Resolución de 3 de septiembre de 2008 ha afirmado que: «*Se trata de una titularidad meramente formal, aparente y provisional, que legitima para los actos dispositivos que, para realizar el pago, tenga que verificar el adjudicatario; y que no sólo no transmite el bien sino que ni siquiera genera*

derecho real de garantía a favor de los acreedores de la herencia [y lo mismo debe afirmarse en los casos de concurso], salvo que en la misma adjudicación se hubiera estipulado expresamente o que sobre los bienes se tome en plazo anotación preventiva (cfr. art. 45 de la Ley Hipotecaria)». En definitiva, en la adjudicación para pago no ha de valorarse fraccionadamente la total operación realizada, sino de un modo global, en coherencia con su carácter unitario, con la íntima vinculación e integración de sus determinaciones, y en función de la efectiva finalidad práctica perseguida, que revela suficientemente que la verdadera voluntad de aquellos es atribuir al adjudicatario la facultad de proceder a la realización del bien, a su monetización, y con ello a la satisfacción de las deudas pendientes. Esta singular titularidad impedirá al adjudicatario actuar fuera de estos límites. Sostener lo contrario supondría atribuir efectos «ultra vires» a tales adjudicaciones y convertiría al adjudicatario en propietario pleno sin causa que justificase tal atribución patrimonial (lo que se ha de tomar en cuenta a la hora de interpretar el régimen registral de tales adjudicaciones: *vid.,* en particular, arts. 45 de la Ley Hipotecaria y 353, n. .º 2, de su Reglamento)".

VII. CONCLUSIONES

1. Aunque el artículo 1175 del Código Civil está tácitamente derogado por la Ley 22/2003 en lo relativo a la cesión judicial de bienes para pago, tiene un ámbito de aplicación innegable en la cesión de bienes para pago extrajudicial.
2. Las situaciones en que puede realizarse este negocio jurídico con mayor frecuencia son situaciones de mera iliquidez.
3. Si bien el deudor está obligado a solicitar el concurso de acreedores en caso de insolvencia actual, *en caso de insolvencia inminente* el deudor está facultado, pero no obligado a solicitar el concurso, pudiendo optar por realizar una cesión de bienes para pago.
4. Dado que no es obligatorio para el deudor comunicar la existencia de negociaciones con los acreedores ni alcanzar un plan de reestructuración en caso de probabilidad de insolvencia, esta situación es idónea para la celebración de un contrato de cesión de bienes para pago.
5. Aunque el Texto Refundido de la Ley Concursal prohíbe los convenios liquidativos, o sea, la venta desmembrada de todos los bienes incluidos en la masa activa en sede de convenio concursal, sí permite una transmisión global de la empresa o de unidades productiva con asunción de deuda.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS:

- SAP de Madrid (sección 12.ª), 779/2012, de 12 de diciembre
- SAP de Madrid (sección 12.ª), 281/2013, de 17 de abril
- SAP de Pontevedra (sección 6.ª), 106/2014, de 18 de febrero
- RDGRN de 8 de julio de 2013

IX. BIBLIOGRAFÍA:

ALBALADEJO, M. (2011). *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones.* Madrid: Edisofer.

ALBIOL PLANS, J. (2022). *Claves y aspectos prácticos de la reforma concursal y paraconcursal.* Madrid: Bosch.

CAMPUZANO, A. B. y SANJUAN, E. (2022). *GPS concursal. Guía profesional.* Valencia: Tirant lo Blanch.

DÍEZ PICAZO, L. (2008). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. II. Las relaciones obligatorias.* Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas.

ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M. (2024). Fase de convenio. En Memento Práctico Francis Lefebvre. Concursal. 22 de diciembre de 2023. Madrid: Lefebvre-El Derecho, pp. 531–597.

GARCÍA AMIGO, M. (1995). *Teoría General de las Obligaciones y Contratos.* Madrid: Mc Graw Hill.

GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C. (2022). La declaración de concurso. En: J. Pulgar Ezquerra (dir.). *Manual de Derecho Concursal.* Madrid: La Ley, pp. 207–235.

INFANTE RUIZ, F. J. (2016). Del pago por cesión de bienes. En: A. Cañizares Laso; P. de Pablo Contreras; J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dir.). *Código Civil Comentado. Vol. III. Libro IV. De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (arts. 1088 a 1444).* Cizur Menor (Navarra): Editorial Civitas, pp. 403–407.

JUÁREZ GONZÁLEZ, J.M. (2016). Parte primera. Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones. En V. M. Garrido de Palma (dir.). *Instituciones de Derecho Privado. Tomo III. Obligaciones y contratos. Vol. 1.º* Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, pp.135–220.

LÓPEZ DE LA CRUZ, L. (2003). *La cesión de bienes a los acreedores.* Valencia: Tirant lo Blanch.

LÓPEZ DE LA CRUZ, L. (2004). El convenio de liquidación de los bienes del deudor al amparo de la nueva Ley Concursal en *Revista de Derecho Patrimonial,* vol. 13, pp. 85–101.

O´CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2016). *Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de obligaciones.* Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P. (2023). El pago. En J. R. de Verda y Beamonte (coord.). *Derecho Civil II. Obligaciones y Contratos.* Valencia: Tirant lo Blanch.

NOTAS

[1] Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación "La protección jurídica de la vivienda habitual: un enfoque global y disciplinar" con referencia PID2021-124953NB-I00, dirigido por la Catedrática de Derecho Civil, Profesora Dra. Matilde Cuena Casas.

[2] INFANTE RUIZ, 2016, 403 y 404.

[3] DÍEZ PICAZO, 2016, 635–636.

[4] ALBALADEJO, 2011, 154.

[5] Como señala GARCÍA AMIGO "los convenios [de cesión] no pueden tener cláusulas contrarias a las normas allí contenidas [Título XVII, Libro IV CC], que funcionan como ley imperativa, inderogable por la voluntad de las partes; hay una naturaleza de orden público, que debe respetarse siempre en la prelación de créditos" (GARCÍA AMIGO, 1995, 595).

[6] INFANTE RUIZ, 2016, 404; O´CALLAGHAN, 2016, 138.

[7] O´CALLAGHAN, 2016, 137.

[8] GARCÍA AMIGO, 1995, 594. GARCÍA AMIGO habla de que el deudor legitima a los acreedores para la venta de los bienes cedidos, pero no menciona la existencia de un mandato irrevocable. Ello obedece a que ha sido discutida la naturaleza de la relación jurídica que surge entre el acreedor y los deudores, considerando unos que consiste en un mandato irrevocable, otros que consiste en una transmisión fiduciaria de la propiedad del deudor a los acreedores, opinión que según DÍEZ PICAZO "comporta la dificultad de tener que articular dos transmisiones diferentes para lograr una finalidad que es unitaria". Y finalmente, se ha mantenido también la tesis "muy extendida, que considera que existe en la cesión de bienes un negocio jurídico autorizativo por virtud del cual se concede a los acreedores una especial legitimación para realizar en su propio interés actos dispositivos sobre los bienes del deudor" (DIEZ PICAZO, 2016, 636). Según esta última construcción doctrinal la cesión de bienes para pago tendría una trascendencia jurídico-real al otorgar a los acreedores una facultad del dominio como es la facultad de disposición, por lo que a tenor del artículo 7 del Reglamento Hipotecario sería inscribible en el Registro de la Propiedad. Según este precepto son inscribibles en el Registro de la Propiedad los actos y contratos de trascendencia real que sin tener nombre propio en derecho, modifiquen desde luego o en lo futuro, facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales. Ello para evitar una doble disposición por el titular registral (deudor) que accedería al Registro por cumplirse el tracto sucesivo y podría dar lugar al surgimiento de un tercero hipotecario al que el negocio de cesión y las enajenaciones consecuencia del mismo no le fuesen oponibles (art. 32 LH). Todo ello en perjuicio de los adquirentes del deudor a través de la legitimación otorgada a los acreedores para la venta, cuyas adquisiciones no podrían acceder al Registro con arreglo al artículo 17 de la Ley Hipotecaria, pudiendo únicamente exigir una indemnización al doble disponente (mediante una acción al amparo del art. 1902 CC o bien mediante una acción de enriquecimiento sin causa).

[9] JUÁREZ GONZÁLEZ, 2016, 174.

[10] ALBALADEJO, 2011, 154. Pienso que también serían aplicables las normas del mandato por analogía, dado el mandato irrevocable que reciben los acreedores de proceder a la venta de los bienes. La buena fe (art. 1258 CC) exigiría no proceder a la venta en momentos inoportunos (de caída del valor de los bienes a vender) o por precios irrisorios. Es más la buena fe exigiría maximizar el importe de realización de los bienes, pudiendo exigirse de lo contrario responsabilidad al cesionario (arts. 1719 y 1726 CC). *Vid.,* STS de 13 de marzo de 1953, citada por GARCÍA AMIGO, 1995, 594–595). *Vid*., asimismo en este sentido LÓPEZ DE LA CRUZ,

2003, 307–310, que considera que en defecto de un grado de diligencia señalado en el contrato de cesión, se incurrirá en una negligencia indemnizable si no se obtiene en la venta el precio medio de mercado (art. 1726 CC), exigible tras la rendición de cuentas una vez finalizada la liquidación (LÓPEZ DE LA CRUZ, 2003, 310).

[11] DE VERDA Y BEAMONTE y CHAPARRO MATAMOROS, 2023, 95. LÓPEZ DE LA CRUZ se plantea si puede sostenerse en el Derecho español que el deudor está obligado a ofrecer el contrato de cesión de bienes a todos sus acreedores y si los acreedores tienen la facultad de poder participar en el mismo incluso en contra de la voluntad del cedente. La autora rechaza tal posibilidad sobre la base del artículo 1254 del Código Civil señalando que "el consentimiento al que se refiere el artículo citado no debe entenderse limitado al contenido contractual sino que, en principio, es también extensible al aspecto subjetivo del contrato, en el sentido de que cualquiera puede contratar con cualquiera y, *contrario sensu,* no se puede obligar a nadie a contratar con quien no quiera" (LÓPEZ DE LA CRUZ, 2003, 205). Añade que es posible que el deudor ceda sus bienes a aquellos acreedores "que considere más honestos o con mayor capacidad comercial, conocimiento del mercado, etc." o a los acreedores con vencimiento anterior de sus créditos, confiando en poder pagar, en un momento posterior, créditos aún no vencidos. Por otro lado, el que el deudor "ceda sus bienes a ciertos acreedores no quiere decir que a los acreedores no participantes les esté siendo sustraída la posibilidad de ejecutar el entero patrimonio de su deudor común". "Si algún acreedor excluido de la cesión de bienes se opone a la celebración del negocio entre el deudor y los demás acreedores, podrá acudir a los tribunales para incoar el correspondiente juicio ejecutivo cuando no haya visto satisfecho su crédito al momento de su vencimiento, pero no podrá imponer al deudor su deseo de formar parte del contrato de cesión de bienes" (LÓPEZ DE LA CRUZ, 2003, 207–208). Ello "porque el contrato de cesión no transmite la propiedad de los bienes a los acreedores cesionarios, por lo que los bienes cedidos siguen formando parte del patrimonio del deudor y responden de sus obligaciones (art. 1911 CC) durante toda la vida del contrato y hasta el momento en que se haya efectuado la enajenación de los bienes por los cesionarios a los terceros" (LÓPEZ DE LA CRUZ, 2003, 208–209). Pudiendo también los acreedores excluidos incoar el concurso de acreedores si se dan los presupuestos legales para ello, lo cual provocará la imposibilidad de proseguir con la ejecución del contrato de cesión de bienes (LÓPEZ DE LA CRUZ, 2003, 209–210). "Si el pasivo del deudor es inferior a su activo, no cabe discutir la validez de un pago a un acreedor o a varios, siempre que no se lesione el derecho de aquellos que tienen preferencia según establece la ley" (LÓPEZ DE LA CRUZ, 2003, 215).

[12] DÍEZ PICAZO, 2008, 637. Como señala LÓPEZ DE LA CRUZ, "en la primera fase del negocio, los acreedores cesionarios poseen unos bienes cuya titularidad corresponde al deudor cedente. Los bienes siguen formando parte del patrimonio del deudor, por lo que el ejercicio de la acción revocatoria por los acreedores no cesionarios estaría encaminado, en la práctica, a impugnar únicamente el otorgamiento de poder a los cesionarios, que por sí mismo no implica negocio dispositivo alguno. … Una vez que definitivamente los bienes del cedente han sido vendidos por los acreedores cesionarios y el precio recibido ha sido aplicado al pago de los créditos, la duda que se plantea es si, mediante la acción pauliana se trata de impugnar los contratos de compraventa celebrados o el pago efectuado a los acreedores cesionarios con el resultado". Si los compradores tienen buena fe, los bienes vendidos no podrán ser recuperados (art. 1295.2.º CC). En tal caso, "solo queda la posibilidad de impugnar el pago de los cesionarios siempre y cuando éste pueda ser calificado de fraudulento, lo cual nos deja un margen de acción que se reduce a los limitados casos del artículo 1292 del Código Civil (pagos de deudas inexigibles —deudas prescritas, deudas extinguidas por compensación, deudas de juego, deu-

das procedentes de obligaciones naturales, etc.) y pagos anticipados" (LÓPEZ DE LA CRUZ, 2003, 232–233).

[13] LÓPEZ DE LA CRUZ, 2003, 223.

[14] DE VERDA Y BEAMONTE y CHAPARRO MATAMOROS, 2023, 95.

[15] LÓPEZ DE LA CRUZ, 2003, 213–214.

[16] ALBALADEJO, 2011, 154.

[17] INFANTE RUIZ, 2016, 404.

[18] INFANTE RUIZ, 2016, 404, con cita de LÓPEZ DE LA CRUZ, 2004, 101.

[19] INFANTE RUIZ, 2016, 404, con cita de LÓPEZ DE LA CRUZ, 2004, 101.

[20] LÓPEZ DE LA CRUZ, 2004, 94.

[21] LÓPEZ DE LA CRUZ, 2004, 99.

[22] LÓPEZ DE LA CRUZ, 2004, 99.

[23] LÓPEZ DE LA CRUZ, 2004, 100.

[24] LÓPEZ DE LA CRUZ, 2004, 101.

[25] GONZÁLEZ VÁZQUEZ, 2022, 215.

[26] GONZÁLEZ VÁZQUEZ, 2022, 215.

[27] GONZÁLEZ VÁZQUEZ, 2022, 216. Como señala el autor "quizá por la dificultad inherente a la definición del presupuesto objetivo del concurso y del peligro que podría suponer para la seguridad del tráfico el eventual abuso por parte de terceros de dicha indefinición, el legislador ha establecido un elenco tasado de hechos que deberá probar el acreedor solicitante para obtener la declaración de concurso de su deudor. Así el artículo 2.4 TRLC establece que el acreedor debe fundar su solicitud en: 1.º) La existencia de una previa declaración judicial o administrativa de insolvencia del deudor siempre que sea firme [obtenida por ejemplo, a través de la sentencia por la que se dé lugar al ejercicio de una acción revocatoria o paulina o al ejercicio de una acción subrogatoria *ex* art. 1111 CC, ya que la prueba de la insolvencia del deudor se produce en tales procedimientos como presupuesto para la prosperabilidad de la acción]. 2.º) La existencia de un título por el cual se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio sin que del embargo hubieran resultado bienes libres conocidos bastantes para el pago. 3.º) La existencia de embargos por ejecuciones en curso que afecten de una manera general al patrimonio del deudor. 4.º) El sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones del deudor. 5.º) El sobreseimiento generalizado en el pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud del concurso; el de las cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo periodo, o el de los salarios e indemnizaciones a los trabajadores y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades. 6.º) El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor" (GONZÁLEZ VÁZQUEZ, 2022, 216).

[28] GONZÁLEZ VÁZQUEZ, 2022, 219.

[29] GONZÁLEZ VÁZQUEZ, 2022, 219.

[30] Artículo 584 TRLC: "1. La comunicación de apertura de negociaciones o la homologación de un plan de reestructuración procederán cuando el deudor se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual. 2. Se considera que existe probabilidad de insolvencia cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse el plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años".

[31] GONZÁLEZ VÁZQUEZ, 2022, 220.

[32] ENCISO ALONSO-MUÑUMER, 2023, 543.

[33] ENCISO ALONSO-MUÑUMER, 2023, 543.

[34] *Cfr.:* ENCISO ALONSO-MUÑUMER, 2023, 544.

[35] Art. 399 ter Real Decreto Legislativo 1/2020. "Fusión, escisión o *cesión global de activo y pasivo en ejecución del convenio*". 1. En el caso de que el convenio previera una modificación estructural los acreedores concursales no tendrán los derechos de tutela individual reconocidos en el libro primero del Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio, … 2. *La inscripción de la fusión, de la escisión total o la cesión global de activo y pasivo que produzca la extinción de la sociedad declarada en concurso, será causa de conclusión del concurso de acreedores*".

[36] Artículo 585 Texto Refundido de la Ley Concursal: "1.—En caso de probabilidad de insolvencia o insolvencia inminente, el deudor, sea persona natural o jurídica, podrá comunicar al juzgado competente para la declaración del concurso la existencia de negociaciones con sus acreedores, o la intención de iniciarlas de inmediato, para alcanzar un plan de reestructuración que permita superar la situación en que se encuentra. 2.—El deudor que se encuentre en estado de insolvencia actual podrá efectuar la comunicación a que se refiere el apartado anterior en tanto no se haya admitido a trámite solicitud de concurso necesario. 3.—En caso de persona jurídica, la competencia para presentar la comunicación corresponde al órgano de administración del deudor". Artículo 611 del Texto Refundido de la Ley Concursal: "1. Transcurridos tres meses desde la comunicación, el deudor que no haya alcanzado un plan de reestructuración deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente, salvo que no se encontrara en estado de insolvencia actual".

[37] ENCISO ALONSO-MUÑUMER y SANJUÁN Y MUÑOZ, 2022, 67. Se señala a este respecto que el Capítulo I del Título III del Libro II "tiene como finalidad delimitar el ámbito de aplicación de dicho Título III. Aparece regulado en los artículos 614 y 615 TRLC y, tal y como se indica en la Exposición de Motivos [de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal, y a los efectos de llevar a cabo la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019] ha optado por una definición muy amplia del concepto de << planes de reestructuración >> e incluye las medidas de reestructuración que afectan tanto al pasivo como al activo. La Ley también acoge la opción, permitida por la Directiva, de homologar un plan de reestructuración que prevea la venta de partes o incluso de la totalidad de la empresa, los llamados planes liquidativos, que pueden resultar una opción atractiva, en particular, para las pequeñas y medianas empresas… En segundo lugar, el ámbito de aplicación objetivo viene determinado por los efectos que se pretendan dar al plan de reestructuración. El recurso al régimen especial que se prevé en este título será necesario cuando se pretenda extender sus efectos a acreedores disidentes dentro de una clase, a clases enteras de acreedores disidentes o incluso a los socios, esto es, *cuando se excepcione el juego de las reglas generales del derecho civil o mercantil.* Igualmente, el recurso a este régimen especial será preciso cuando se quiera proteger el plan y las garantías, actos o negocios previstos en él de las reglas generales sobre acciones rescisorias concursales o conceder determinados privilegios a la financiación otorgada o comprometida en el contexto de un plan de reestructuración, en el caso de posterior concurso" (ALBIOL PLANS, 2022, 53–54).

[38] En este sentido cita la SAP Madrid (sección 12.ª), 779/2012, de 12 de diciembre, las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo números 643/2009, de 1 de octubre de 2009; 637/2007, de 6 de junio de 2007; 370/2007, de 28 de marzo de 2007; 845/2002, de 23 de septiembre de 2002; 1.100/2000, de 30 de noviembre de 2000; 645/1997, de 14 de julio de 1997; 779/1996, de 30 de septiembre de 1996; 927/1996, de 18 de noviembre de 1996; 1102/1994, de 2 de diciembre de 1994; 153/1993, de 27 de febrero de 1993; 861/1992, de 7 de octubre de 1992; 793/1992, de 4 de septiembre de 1992; 15 de diciembre de 1989; 23 de septiembre de 1988 y 7 de diciembre de 1983.

[39] En el supuesto que se enjuiciaba, en el contrato de préstamo financiación a comprador de bienes muebles, en las condiciones generales, constaba un paco de reserva de dominio del vehículo financiado a favor de la entidad Renault Financiación, indicándose en la condición número 20.2: "Entrega del vehículo financiado al Financiador para pago de la deuda. Si el Financiador y el Prestatario/Comprador acordaran vender el vehículo financiado, para aplicar el producto de la venta a cuenta del saldo adeudado por el préstamo, el Prestatario/Comprador da su conformidad y autoriza, en los más amplios términos que en derecho fueran necesarios, para que el Financiador pueda desistir unilateralmente de la reserva de dominio y/o prohibición de disponer sobre el vehículo pactadas, y que se encuentren inscritos en el Registro de Bienes Muebles a su favor, con la finalidad de que pueda transmitirse el vehículo al futuro comprador e inscribirse a su nombre, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación garantizada, hasta su completo pago". Sobre la base de dicha cláusula y de un posterior documento firmado unilateralmente por el comprador prestatario, el Tribunal consideró que el supuesto era de cesión de bienes para pago y no de dación en pago. En dicho documento el comprador hacía cesión del bien (vehículo comprado) para pago, indicando: "no pudiendo hacer frente a las obligaciones de pago asumidas por mi parte, y en virtud de la Reserva de Dominio pactada en el Contrato, hago entrega en este acto, libre de toda carga y gravamen, a RCI Banque, S.A. Sucursal en España [sucesora de Reanult Financiación, S. A.] del citado vehículo financiado junto con toda su documentación, debidamente suscrita, para que procedan, en mi nombre a su venta. El importe de la venta se aplicará, una vez realizado el mismo, hasta donde alcance, a la mayor deuda que mantengo con ustedes, una vez descontadas las cargas, impuestos y reparaciones que existan o deban realizarse sobre el vehículo".

2. MERCANTIL
DERECHO CONCURSAL

La enajenación en fase común concursal sin autorización judicial como negocio incompleto, legitimación e interés jurídico

Disposal in the common bankruptcy phase without judicial authorization as an incomplete business, legitimation and legal interest

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado

RESUMEN: El Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de diciembre de 2023 analiza las consecuencias de la enajenación en fase común si autorización judicial, así como la legitimación activa e interés jurídico para oponerse a los efectos de la misma.

ABSTRACT The Supreme Court in its ruling of December 22, 2023 analyses the consequences of the common phase sale without judicial authorization, as well as the active legitimacy and legal interest to oppose its effects.

PALABRAS CLAVE: Venta concursal sin autorización judicial, Negocio incompleto, legitimación procesal e interés jurídico.

KEYWORDS: Concursal sale without judicial authorization, Incomplete agreement, procedural legitimacy and legal interest

SUMARIO: I. INTRODUCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL DEBATE.—II. LA VENTA EN FASE COMÚN SIN AUTORIZACION JUDICIAL COMO NEGOCIO INCOMPLETO.—III. DETERMINADAS CUESTIONES PROCESALES AL HILO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE DICIEMBRE DE 2023.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL DEBATE

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2023 n.º de Recurso: 1055/2020, n.º de Resolución: 1823/2023 (Id Cendoj: 28079110012023101806) se nos presenta una oportunidad para detenernos en la naturaleza jurídica de la enajenación de activos del concursado en fase común sin haberse obtenido la correspondiente autorización judicial, sus efectos y cuestiones tan importantes en el proceso como la legitimación activa para oponerse a los mismos, obviamente, en función de la acción jurídica ejercitada.

Como antecedentes de Hecho y según la propia Sentencia (apdo. Primero), podemos observar que la procuradora Irune Otero Uría, en nombre y representación de la entidad Escampa S.L., interpuso demanda de incidente concursal en ejercicio de la acción de anulación de compraventas realizadas ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Vitoria-Gasteiz, contra Teodoro, Luis Angel, las entidades Hoteles Silken S.A., Grupo Urvasco S.A. (GU) y Grupo Hotelero Urvasco S.A (GHU) y las administraciones concursales de las entidades Grupo Urvasco S.A. (GU) y Grupo Hotelero Urvasco S.A (GHU), para que se dictase Sentencia por la que:

"Se proceda a la anulación de las compraventas impugnadas, ordenándose la realización cuántos actos y formalidades fueren precisos a efectos de que la anulación de los actos antes reseñados surta plenos efectos, así como de aquellos que fueren consecuencia de la anulación acordada. ello con imposición de las costas procesales a los aquí demandados".

El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Vitoria dictó Sentencia con fecha 28 de septiembre de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Estimando parcialmente la demanda interpuesta por ESCAMPA, SL representada por la procuradora Sra. Otero,

"Declaró la anulación del contrato de compraventa de 5.000 acciones de Hoteles Silken SA propiedad de GHUa favor de Luis Angel por el precio de 110.000 euros, realizado en escritura pública de fecha 22.12.2015autorizada por el notario José Manuel Jiménez del Cerro (n.º de protocolo 1728), con el

efecto restitutorio de las respectivas prestaciones para las partes del negocio jurídico, con el efecto previsto en el F.D. quinto de esta resolución.

"Se estima la falta sobrevenida de objeto del procedimiento respecto de las compraventas de participaciones sociales de ESSAB TRAINING S.L. y las marcas propiedad de GU y GHU.

"Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

La Sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación

La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Álava mediante Sentencia de 17 de enero de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"*Fallamos: Desestimar el recurso de apelación y la impugnación interpuestos respectivamente por Escampa SL y por Grupo Urvasco SA y Grupo Hotelero Urvasco SA, ambos contra la Sentencia* n.º 126/18 dictada en el *procedimiento incidental n.º 149/17 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil Núm. Uno de Vitoria-Gasteiz, y en consecuencia confirmamos dicha Sentencia e imponemos a la recurrente e impugnantes las costas causadas con sus respectivos recursos e impugnación.*

Con el propósito que ahora nos ocupa, destacamos los siguientes pasajes de la meritada Sentencia del Alto Tribunal:

"2. *De este modo, para resolver la cuestión de si la demandante goza o no de legitimación para pedir la nulidad de la compraventa de las 5.000 acciones de Hoteles Silken, S.A., propiedad de la concursada Grupo Hotelero Urvasco, S.L., y a favor de Luis Angel, debemos partir de la razón por la que se solicitó y se ha estimado la nulidad.*

Al margen de cómo haya sido denominada la acción de ineficacia ejercitada en la demanda y cómo lo haya sido en la Sentencia que la estima, lo cierto es que la causa o motivo de la ineficacia es que la administración concursal vendía activos de la concursada antes de que se hubiera abierto la fase de liquidación sin recabarla preceptiva autorización judicial prevista en el art. 43.2 LC de 2003.

Este precepto contiene una prohibición:

"Hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez".

En otra ocasión, en la Sentencia 592/2017, de 7 de noviembre, consideramos que esta exigencia del art. 43.2LC complementaba las limitaciones o restricciones a las facultades de administración y disposición previstas en el art. 40 LC. De tal forma que la validez de las ventas realizadas por la administración concursal durante la fase común y antes de que se hubiera abierto la fase de liquidación, dependía de la autorización judicial.

En el bien entendido de que la conformidad del juez del concurso con la enajenación, que normalmente será previa a la realización del acto de disposición, podría ser posterior.

Desde esta perspectiva de la posible convalidación del vicio o defecto de capacidad para disponer, es desde la que podría entenderse que no se trata propiamente de una nulidad absoluta."

Del anterior razonamiento del Tribunal Supremo, extraemos una conclusión acertada como es que la falta de autorización judicial no es causa de nulidad absoluta del contrato (no sólo por el argumento de la posibilidad de subsanación del negocio, impropio del negocio nulo, salvo los casos excepcionales de conversión del mismo) y otra afirmación con la que no estamos de acuerdo que es la falta de atención a la acción ejercitada en la demanda, lo que tiene a nuestro juicio su indudable relevancia procesal en cuanto la congruencia o no de la Sentencia, tal y como razonaremos posteriormente.

Volvemos a destacar a continuación otros párrafos de esta Sentencia del Tribunal Supremo, para volver a mostrar nuestro desacuerdo y a la vez acuerdo con las conclusiones que extrae el Alto Tribunal en este caso, conforme nos explicaremos más tarde:

4. En el presente caso, los intereses afectados con la conculcación de esta prohibición de disponer del art.43.2 LC superan los propios de las partes contratantes u obligados, razón por la cual la legitimación para instar su ineficacia se extiende más allá de la prevista en el art. 1302 CC, de las personas obligadas directa o indirectamente. Cuando menos los acreedores del concursado tienen interés legítimo en que la venta de bienes y derechos de la masa antes de que se abra la fase de liquidación sea autorizada judicialmente, pues esos activos están afectados al pago de sus créditos, ordinariamente una vez abierta la liquidación (arts. 156 y concordantes LC). Por eso cualquier acreedor del concursado estaría legitimado para ejercitar esta acción de nulidad."

Habiendo afirmado anteriormente el Tribunal Supremo que el caso no es propio de la nulidad absoluta del contrato (aunque sin embargo, hable finalmente de nulidad al final de este último párrafo transcrito), resulta una incoherencia interna de la Sentencia que acuda la interpretación extensiva del artículo 1302 CC propio de la legitimación activa de las nulidades contractuales para justificar la legitimación activa del tercero ajeno al negocio jurídico que a nuestro juicio ha de calificarse de incompleto.

Por último, sin embargo, sí coincidimos con el Tribunal Supremo en la atención que realiza al interés legítimo para la confirmación de la legitimación activa del demandante aunque no haya sido parte contractual del negocio incompleto, en función de las concretas características del caso, a saber, accionista de la sociedad cuyas acciones fueron objeto de enajenación sin autorización judicial.

"5. La causa invocada para la nulidad es, como hemos visto, la contravención de una exigencia prevista para garantizar, en principio, los intereses del concurso en que la venta de los bienes y derechos de la masa activa se haga en el momento oportuno y se obtenga el máximo valor (precio). Pero es lógico que en un caso como este aflore otro interés, vinculado al anterior, digno de consideración: el activo objeto de la compraventa eran unas acciones de una sociedad anónima y la transmisión podía alterar el control de esa compañía. Es lógico que si la transmisión se hizo a favor de uno de los socios, pudiera haber algún otro interesado que no hubiera tenido oportunidad de optar a la compra, al no haberse seguido el trámite legal para la venta que sí le hubiera dado esa opción, y por ello se habría visto afectado por la irregularidad que motivaba la ineficacia. Este es el caso de Escampa, S.L., en cuanto que, al margen de cómo se caracterice esa ineficacia, la causa que lo justifica muestra su interés legítimo en hacerla valer, interés que le confiere legitimación para ejercitar la acción. Máxime cuando la irregularidad denunciada tiene, a su vez, un efecto reflejo negativo sobre el interés general del concurso en la optimización del valor de los activos en la fase de liquidación."

Por tanto, estamos ante una Sentencia que no nos ofrece claramente una respuesta al problema debatido, como es la naturaleza jurídica de la enajenación de activos en fase común sin autorización judicial en función de los recursos o argumentos que se efectúan para sostener la legitimación activa del demandante en función de la concreta acción jurídica ejercitada lo que, a nuestro juicio, sí puede tener incluso trascendencia a los efectos del requisito de congruencia de la Sentencia. Es decir, una correcta definición de la posible naturaleza jurídica como negocio incompleto, nos tendría que ofrecer como resultado que la acción de nulidad que se ejerció no es la correcta y sí, por el contrario, lo sería la declarativa de inexistencia del negocio jurídico en función del interés legítimo concreto ostentado en este caso, para ejercer dicha pretensión declarativa y por tanto detentar legitimación activa procesal.

II. LA VENTA EN FASE COMÚN SIN AUTORIZACION JUDICIAL COMO NEGOCIO INCOMPLETO

Para poder abordar la tarea concerniente a deslindar los alcances del negocio jurídico debatido y ofrecer nuestra opinión sobre la naturaleza jurídica del mismo, consideramos que como punto de partida hemos de atender al concepto de negocio jurídico ofrecido en nuestra doctrina civilista, con el indudable y necesario recurso al pensamiento de De Castro.[1]

De Castro, contribuyó sin duda a dejarnos una configuración de la dogmática del negocio jurídico que nos sirve al propósito que en estos instantes nos ocupa. [2]

En este sentido, De Castro nos enseñó efectivamente que el negocio jurídico no es sinónimo de declaración voluntad, resultando el negocio jurídico una situación compleja, en palabras del propio De Castro, quien dice que: <Tan solo después de que la regla jurídica (teniendo para ello en cuenta todos los datos de la realidad social, incluidas las circunstancias de la voluntariedad) haya calificado lo hecho (de negocio, delito, ejercicio de una facultad o derecho) será cuando se sepa hasta qué punto y de qué modo se atenderá a la voluntad de las personas y a lo que, en su caso, digan los usos; y así, cómo de qué manera dependerá de la voluntad la eficacia jurídica de lo realizado o propuesto>.

Con estos pilares, nos ofrece De Castro su obra o definición de negocio jurídico: <la declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración, o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos> [3]

O sea, De Castro entiende correctamente que la declaración de voluntad puede ser completada con otros hechos o actos, por lo tanto, la ausencia del hecho o acto concreto nos abre la puerta *a sensu contrario* a la categoría del negocio incompleto en el pensamiento de De Castro, que sin embargo, su indudable acierto en la aproximación que realiza a esta categoría del negocio incompleto o inexistente y desde la distinción entre la confirmación, conversión y convalescencia del negocio nulo, para hablar de esta última en relación con el negocio incompleto, la inclusión que el referido De Castro realiza aún cuando sea tan sólo dentro de lo que denomina concepto amplio de nulidad, no deja de no ofrecernos la nitidez suficiente sobre el problema en cuestión, respecto del cual sí que podemos afirmar que no existe una solución sencilla a la categorización de la inexistencia de la forma habilitante del negocio jurídico consistente en una autorización judicial necesaria para el mismo. [4]

Ubicado en dicha línea argumentativa, De Castro [5] nos ofrece la siguiente panorámica o especificación de lo que denomina genéricamente como *Negocio Inexistente*: <Esta designación podría reservarse para los negocios que se han solido calificar de no existentes. Dentro de este grupo pueden distinguirse: 1. *Negocios incompletos*, como aquellos que en el momento en que son considerados, carecen de un elemento esencial y no suplible por la interpretación. Los que, a su vez, podrán ser: a) *Negocios en formación;* es decir, los que están, o se han quedado en un estadio preliminar o no han logrado carácter definitivo (p. ej., tratos, ofertas y contrapropuestas, testamento revocable). b) Negocios realizados *por quien carece de poder suficiente* (p. ej., supuestos de los arts. 269, 1.259, 1.459 núms. 1-3, 1.413, 1.714), c) *Negocios carentes de forma necesaria* (p.ej., casos de artículos 632, 633, 1.669, 1.875). 2. *Negocios defectuosos*, como son aquellos a los que les falta de modo irremediable algo esencial a la existencia del negocio; por ejemplo, carencia de consentimiento (disenso), de causa (venta

sin precio) o de forma (en el testamento). 3. *Negocios aparentes*; en los que la apariencia negocial no corresponde a la realidad jurídica (así, los negocios con simulación absoluta)>.

Por lo tanto, para De Castro en los casos de falta de autorización administrativa o judicial nos encontraríamos ante un negocio inexistente e incompleto, como especie de una categoría genérica a la que denomina nulidad en sentido amplio. [6]

En estrecha conexión con lo anterior y con el objeto de poder ofrecer nuestra opinión al respecto, estimamos oportuno acercarnos al tradicional trabajo sobre la materia que elaborara en su día Rivero Hernández y poder comprobar cuál de las teorías sobre el asunto en cuestión influyó en De Castro para llegar a la conclusión de calificar al negocio realizado por quien carece de poder suficiente (art. 1259 CC) como negocio incompleto. [7]

Rivero Hernández [8] se hace eco, entre varias teorías al respecto, de la que elaborara Graziani [9] quien consideraba el negocio llevado a cabo por el *falsus procurator* <como una entidad jurídica inacabada, como negocio imperfecto, incompleto —en oposición esencial a aquella otra que la veía como perfecto y completo, aunque ineficaz—, [10] parte solamente de un *"iter"* negocial al que falta aún el consentimiento del dominus, que es precisamente la ratificación>.

Pese a todo, Rivero Hernández, antes de admitir la tesis de Graziani (vid. op. cit, pág. 1103) como *"ampliamente favorable",* estima la proximidad de la categorización de De Castro con la misma, cuando explica lo siguiente (vid. op. cit. pag. 1101 y 1102): <En nuestro país esta teoría no ha tenido apenas repercusión, como no sea en un autor a que debo hacer especial alusión. Me refiero a Federico de Castro, en quien, no obstante no haber estudiado directamente esta cuestión, que yo sepa, me parece haber encontrado cierta alusión e ideas próximas a las ahora comentadas. Efectivamente, al estudiar De Castro la convalidación del negocio nulo, y los supuestos en que cabe, cita como casos de convalidación admitidos: "1. Respecto de los negocios incompletos: a) Casos en que se concede a un extraño al negocio la facultad de convalidarlo, apropiándose del negocio mediante la ratificación (artículos 129, 1727, 1892, 1893>. Es decir, para este autor, si no he entendido mal, el negocio ratificable es un negocio incompleto, con lo que si esa breve referencia (¿quizá "obiter dicta" ?: no sé) expresa su posición en esta materia, cabría situarle muy próximo a la teoría y autores a que vengo refiriéndome>.

Rivero Hernández, (vid. op. cit, pág. 1083), desde su entendimiento del negocio imperfecto critica la tesis del negocio condicionado ya que <…entiendo que el principal fallo de la tesis ahora comentada no está tanto en hablar de negocio condicionado, de eficacia sometida a condición, o de "conditio iuris" referida a la ratificación, cuanto en considerar perfecto y completo como negocio el del

falso representante. Desde luego, creo que la ratificación no es, no puede ser, condición propia o impropia (conditio iuris) puesto que esta incide sobre negocio acabado estructuralmente, es algo externo al mismo, afecta sólo a la eficacia no al consentimiento. El negocio condicionado es válido desde que se concluye si reúne los requisitos esenciales o elementos estructurales, a los que no afecta la condición, lo pendiente de ésta es sólo la eficacia. Sin embargo, al negocio antes de la ratificación le falta el consentimiento de una de las partes, de aquella que va a sufrir o recibir sus efectos, es consentimiento, voluntad contractual nada menos, lo que le falta antes de ser ratificado>.

Con todo ello, Rivero (vid. op. cit, pág. 1134) concluye que: <De todo ello, creo poder deducir ya que el contrato del representante sin poder antes de la ratificación —tras cuya naturaleza, sentido de esa situación, vamos desde el principio— no es sino una parte de cierto camino negocial todavía no concluido, al que falta parte del total consentimiento negocial necesario para la perfección del negocio (contrato): el consentimiento del representado, precisamente; situación protegida por el Derecho, porque éste lo tiene previsto como camino o medio hábil para la autorregulación de intereses privados. Pero en cuanto negocio incompleto, imperfecto, no produce los típicos efectos negociales, los previstos para el negocio concreto cuyo iter quedó inacabado (lo que no impide que produzca algún otro efecto menor). En este sentido puede llamarse ineficaz: lo es tanto en cuanto no produce los efectos propios de un negocio perfecto y completo, aquéllos que como tal produce normal e institucionalmente.>

En opinión de Díez-Picazo [11]al tratar la teoría de la eficacia sometida a condición, nos dice que: <El problema que este tipo de razonamiento plantea estriba probablemente en que a la ratificación no se le puede calificar rigurosamente como condición en sentido estricto, ya que no se trata de un evento futuro e incierto al que voluntariamente las partes someten la eficacia del negocio, sino que se trata más bien de una pura condictio iuris, sin perjuicio de que en casos especiales los autores del negocio puedan efectivamente articularla como condición>.

Asimismo, Díez-Picazo, [12]expone su parecer del siguiente modo: <La segunda parte del precepto legal que comentamos, examina el régimen jurídico del contrato celebrado por quien carece de poder de representación suficiente, lo que puede ocurrir porque el poder no haya sido jamás otorgado, porque se haya extinguido con todos los requisitos necesarios para que esta extinción produzca efecto en relación con los terceros o porque el poder de representación sea insuficiente en relación con el acto que se pretende celebrar. Para esta hipótesis, en los casos en que la actuación del representante es abierta, el art. 1259 considera el acto nulo, aunque sin puntualizar, ni hacer ningún tipo de referencia a la clase de nulidad. Inmediatamente después de decir que es nulo añade que el acto puede

ser ratificado por el dominus o principal, lo que se compagina mal con una nulidad que, carente de calificación, habría que considerar como radical y absoluto. Efectivamente, si un acto es radicalmente nulo, no admite convalidación, ni producción de efectos en momento alguno. Un acto que puede ser ratificado y que a partir de su ratificación produce todos sus efectos, no puede ser considerado nulo en sentido estricto. Además, el precepto legal admite que el tercero puede "revocar" el contrato celebrado por el representante sin poder, lo que tampoco parece conciliable con la sanción de nulidad, pues el acto es per se nulo, el tercero no puede ni tiene por qué revocarlo.

Podría pensarse que, con la referencia a la nulidad, el CC alude a lo que técnicamente se denomina anulabilidad, más tampoco esta categoría conviene al fenómeno contemplado en el precepto que comentamos. La ley no atribuye al dominus o principal un poder especial de impugnación del acto, ni tiene éste por qué soportar la carga de llevar a cabo la impugnación. Además, aun en el supuesto de que el principal o el representado atacara o impugnara el acto, no por ello destruiría la eficacia que tal acto puede desplegar entre sus autores. Por todo ello, entendemos que la categoría técnica que expresa mejor la calificación que merece el acto del representante sin poder frente al principal o dominus es la de ineficacia relativa o irrelevancia.>

En nuestra opinión, la respuesta al problema no es sencilla ni creemos que pueda abordarse en términos absolutos, sino que efectivamente hemos de estar al negocio jurídico en cuestión y que resulte debatido.

Ya decíamos en su momento [13] que en realidad la *"condicio iuris"* no es uno de los temas propios de las condiciones en los que la doctrina y la jurisprudencia civil más se hayan prodigado.[14]

De inicio, la *condicio iuiris* no es una auténtica condición sino un presupuesto legal para la eficacia del correspondiente negocio jurídico.

Von Thur [15] razona que: <No constituyen condición en el sentido de los arts. 151 y siguientes, los hechos que han de concurrir por imperio de la ley con las declaraciones de voluntad de las partes, para completar los factores de hecho de un contrato o de otro negocio jurídico cualquiera. Estos requisitos del contrato que no responden a la voluntad de las partes, sino a la existencia de la ley, suelen denominarse *condiciones jurídicas* (condicio iuris) (…) Si las partes, superfluamente, establecen una condición jurídica como requisito para la validez del negocio, esta adición no tiene valor jurídico alguno, ni convierte la declaración en condicional.>

Sobre la falta de mención de la *condicio iuris* en el negocio, Castán Pérez [16]analiza las fuentes romanas y razona lo siguiente: <La condicio iuris tampoco suele aparecer, por principio, en el contenido del negocio, pues se halla sobrentendida en el mismo. Puesto que se trata de acontecimientos o circunstancias

preestablecidas para la perfección del negocio (ya por una orden del Derecho, ya por derivar directamente de la naturaleza jurídica del negocio celebrado) que deben cumplirse necesariamente en el futuro aunque puede que no se cumplan (de ahí su carácter de condicio), su mención expresa resulta superflua por entenderse implícita en la propia sustancia del acto realizado. Es una cláusula implícita en el tenor del negocio que no precisa de otro tipo de mención expresa (…)>.

En este punto sí coincidimos con Pérez Ramos [17] cuando al analizar la opinión de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGFPySS) expone lo siguiente: <No obstante, la DG adolece del defecto de dar un tratamiento unitario a dos casos completamente distintos, en la Resolución 5 marzo 2015 se trataba de una compraventa en la que se sujetaba a condición suspensiva la obtención de una autorización emitida por la autoridad competente por figurar el inmueble vendido en zona sujeta a la ley de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, mientras que en la Resolución 27 noviembre 2017 el evento al que se daba el carácter de condición suspensiva era «la obtención del preceptivo consentimiento de un tercero o adquisición de la propiedad de la cuota de éste por el otorgante para que se cumpla el principio de tracto sucesivo, y de ello se pretende hacer depender la eficacia del negocio». Por lo que en el primer caso encajaría en la categoría de negocio incompleto por faltar un requisito que el ordenamiento exige para que el negocio sea eficaz, pero no porque el consentimiento prestado por los contratantes no sea completo; mientras que en la Resolución de 2017 estamos ante un negocio incompleto porque falta el consentimiento de uno de los contratantes, y por ende uno de los presupuestos que el ordenamiento exige para que el negocio como tal pueda existir; y en los que, a diferencia de lo que sucede con la Resolución de 2015 no es posible sujetar el negocio a condición suspensiva>.

Es decir, entendemos que el supuesto de falta de autorización administrativa [18]o judicial, como en este último caso, sucede en el caso analizado, sí puede ser considerado efectivamente como un negocio incompleto ex. artículo 1259 CC resultando dicho negocio antes de la ratificación (al tratarse de un negocio incompleto) del cual no puede reputarse aún una eficacia del mismo y por tanto sujeto a una *condictio iuris*.

De esta forma, en el caso de falta de autorización judicial para la enajenación de activos sociales en la fase común concursal, sí ha existido consentimiento contractual de las partes del negocio jurídico de compraventa, obviamente, pero falta un requisito necesario para que se complete la eficacia exigido por el Ordenamiento Jurídico, como es la autorización judicial, ya que la *conditio iuris* como dice la propia Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 27 de noviembre de 2017 (BOE núm. 303 de 14 de diciembre de

2027) son *«hechos ajenos o extrínsecos al negocio mismo, pero cuya existencia es exigida por el legislador para que el negocio surta efectos».*

O sea, en casos diferentes al tratado en esta Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2023, si falta un elemento del contrato como es el consentimiento contractual del *dominus* la categoría del negocio incompleto predicable del mismo verdaderamente no tendría que ser reconducible a la categoría de la *condictio iuris*, resultando distintos de estos casos últimos, el analizado en esta Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2023, donde la falta de autorización judicial sí que se trata de un elemento de eficacia y no de existencia del negocio jurídico, encontrándonos por tanto ante una auténtica *condictio iuris*.

Dicha *condictio iuris* consideramos que no puede ser tratada como condición suspensiva, contractualizando plenamente la *condictio iuris* o suplida la *condictio iuris* por una condición suspensiva, tal y como vimos en su momento cuando analizamos la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2013, [19] [20] donde cuando nos referíamos a que *cuando dicha condición convencional no añadiría más en este caso si de una auténtica condición legal se tratara la autorización administrativa requerida,* nos estábamos pronunciando admitiendo la objeción de Von Thur antes mencionada, es decir, que si *las partes, superfluamente, establecen una condición jurídica como requisito para la validez del negocio, esta adición no tiene valor jurídico alguno, ni convierte la declaración en condicional,* pero no para negar la superposición en términos de eficacia (que no de validez), de una *condictio facti* a la *condictio iuris. 21*

Por otro lado, la controversia sobre la calificación del negocio jurídico que requiere autorización judicial ha sido puesta de manifiesto en los supuestos de actos dispositivos del tutor (actual curador) sin la autorización judicial correspondiente, que nos ayudan a entender el presente supuesto.

Queremos destacar de nuevo la exposición de la problemática y las conclusiones que extrae Lanchas Sánchez sobre el particular, para lo que resulta conveniente colacionar la categorización de este autor con la que estamos de acuerdo, cuando en estos casos de autorizaciones judiciales como la presente en la que no se sustituye la declaración de voluntad de los otorgantes sino que se complementa, estamos en realidad ante un negocio jurídico procesal que integra la capacidad de las partes, frente a aquellos otros supuestos que sustituyen las declaraciones de voluntad de las partes, (por ej. art. 708 LEC), quien terminaba razonando lo siguiente: <En conclusión, es la declaración de voluntad de los particulares, que presupone la capacidad de obrar de los mismos como requisito para su validez, la que nos conduce al negocio jurídico procesal al existir en nuestro ordenamiento determinados supuestos en los que la declaración de voluntad de los interesados en el negocio jurídico, por sí sola, no es suficiente para que dicho negocio despliegue sus efectos sino que requiere de un acto de los órganos jurisdicciones en

forma de autorización y/o aprobación. Los más claros exponentes de ello serían la autorización judicial prevista en el artículo 166 del Código Civil en relación a determinados actos realizados por los progenitores sobre el patrimonio de los menores, la autorización prevista en el actual artículo 287 del mismo Código Civil en relación a a actos de los curadores representativos que tienen trascendencia personal o familiar para la persona con discapacidad o afectan a su patrimonio o a ciertos derechos, y la aprobación judicial de la partición con pago de la legítima en metálico prevista en el artículo 843 del citado Código, a las que me referiré de manera más pormenorizada en la segunda parte de esta obra> [22]

Expuesto lo anterior, veamos la discusión jurisprudencial al respecto en uno de los casos de intervención judicial que complementa y no sustituye la declaración de voluntad de las partes a los efectos de trasladarlo al caso analizado en este trabajo. Nos estamos refiriendo principalmente a las actuaciones del tutor (curador con funciones representativas) ya que si bien es cierto que la aplicación de la doctrina del negocio imperfecto ex. art. 1259 CC fue adoptada en un primer momento por el Tribunal Supremo en las Sentencias de 22 de abril de 2010 (RJ/2380) y 8 de julio de 2010 (RJ 2010/6030), posteriormente el Tribunal Supremo se sumó a la tesis de la anulabilidad en la Sentencia de Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2018 (RJ 2018/156), ampliamente criticada por la doctrina, por admisión de la teoría del negocio incompleto aplicable a este caso. [23]

En el ámbito propiamente concursal no han faltado tampoco opiniones que se han decantado por la aplicación del artículo 1259 CC (y por tanto de la doctrina del negocio incompleto) por atender a que la autorización judicial responde al deber de conservación del modo más conveniente de los intereses del concurso.

De esta forma, Martínez Flórez, [24]se pronuncia sobre el particular: <En este sentido, es claro que la norma impide al concursado intervenido y a la administración concursal realizar aquellas inversiones que no sean necesarias para mantener dicho patrimonio en el estado en el que se encuentre (v. gr., no podrán utilizar el dinero depositado en un banco para comprar un inmueble, aunque crean que dicha compra sería favorable para los intereses del concurso por existir estudios que indican que el precio de tal inmueble se incrementará en los meses próximos, a no ser que la compra del inmueble fuera necesaria, por ejemplo, para poder continuar la actividad empresarial). Y le impide asimismo ampliar la actividad empresarial que viniera realizando el deudor al tiempo de la apertura del concurso (v. gr., si se pretende que junto a las dos actividades que ya se venían desarrollando se inicie una nueva, por considerar que de ese modo puede aumentarse el patrimonio concursal y la satisfacción de los acreedores). Su actuación debe dirigirse a la conservación del patrimonio concursal. Los actos realizados excediendo las facultades conferidas serán ineficaces, pues habrán sido realiza-

dos sin poderes (art. 1259-II CC). Por otro lado, gozarán de más facultades de las que tenía el deudor antes de la declaración de concurso, en la medida en que se les van a permitir actuaciones que no serían posibles en ausencia del concurso (p. ej., pedir la resolución de contratos pendientes de ejecución por ambas partes cuando así lo exija el interés del concurso art. 61.2) (…) La Ley quiere que la enajenación y el gravamen de los bienes integrantes del patrimonio concursal no se produzcan antes de la aprobación del convenio o de la apertura de la liquidación más que cuando sea necesario para conservar el patrimonio concursal. Y lo que se pretende al someterlos a autorización judicial es que el juez verifique si los actos de enajenación o gravamen cumplen efectivamente tal requisito. Para que el juez pueda autorizar la enajenación o el gravamen de un bien debe tratarse de un acto necesario para conservar dicho bien o su valor o para conservar otro bien del modo más conveniente para los intereses del concurso (p. ej., es preciso vender un bien para pagar los gastos de administración del concurso o hipotecar un bien para obtener un préstamo de dinero destinado a realizar reparaciones en un bien). La enajenación de bienes de la masa antes del momento temporal señalado por la norma no puede constituir en ningún caso un mecanismo de liquidación de la masa activa (…) La Ley no señala cuál es el régimen de los actos de disposición realizados sin la autorización del juez. Si los celebrantes se hubieran excedido de las facultades conferidas (por tratarse de actos de disposición que no eran necesarios para conservar el valor del patrimonio concursal), no llegarán a producir los efectos que le son propios por carecer de un requisito de eficacia. >

Nótese que el artículo 205 de la vigente Ley Concursal sigue diciendo que hasta la aprobación del convenio o hasta la apertura de la fase de liquidación, los bienes y derechos que integran la masa activa no se podrán enajenar o gravar sin autorización del juez sigue requiriendo dicha autorización judicial en términos análogos que el anterior artículo 43 de la Ley Concursal, sin duda porque los acreedores del concursado tienen interés legítimo en que la venta de bienes y derechos de la masa antes de que se abra la fase de liquidación sea autorizada judicialmente, pues esos activos están afectados al pago de sus créditos, ordinariamente una vez abierta la liquidación, como afirma el Tribunal Supremo en esta Sentencia que tratamos.

Al hilo de lo anterior, no encontramos datos definitivos en la Sentencia para poder afirmar si efectivamente la norma contravenida fue el artículo 43 de la Ley Concursal (la cual parece ser a la que recurre el Tribunal Supremo, actual artículo 205 de la Ley Concursal) o como afirma Carrasco Perera al comentar esta Sentencia <…el artículo 43.3.2.º (art. 206.2 TRLC) que prohíbe la venta de bienes muebles (acciones) no necesarios por un precio inferior al 20 % del valor dado en el inventario y si no constare oferta superior>, [25] aunque es cierto que en la demanda se pidió la anulación por haberse incumplido los requisitos del

artículo 43.3.2.º de la Ley Concursal, si bien en el fondo, el problema debatido no cambiaría dado el análisis que ha de realizarse desde la falta de autorización judicial al negocio en concreto.

Al margen de lo anterior, según hemos venido sosteniendo y por las razones expuestas, no somos de la opinión de que el caso haya de tratarse como una nulidad absoluta por contravención de norma imperativa ex. art. 6.3 CC, como hace Carrasco Perera [26]cuando se pronuncia del siguiente tenor: <§ 2. El precepto que oficia de norma prohibitiva no es una norma sujeta a reserva de dispensación judicial. El juez aprobará la oferta cuando cumpla ésta los requisitos sustantivos, de forma que la autorización sólo tendrá valor declarativo de efectos preexistentes. En consecuencia, no es una norma «dispensable» ni «confirmable», por lo que la sanción civil correspondiente es la nulidad absoluta>.

III. DETERMINADAS CUESTIONES PROCESALES AL HILO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE DICIEMBRE DE 2023

Entendemos que en caso de negocio incompleto ex. artículo 1259 del Código Civil, precisamente habría que interponer una acción que declarara la ineficacia del negocio imperfecto concluido en el caso analizado y no una acción de nulidad absoluta o relativa.

Nuestro artículo 5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y nuestra jurisprudencia ha admitido la procedencia de las pretensiones meramente declarativas, en las que la parte demandante tan solo pretende que el tribunal declare la existencia de un derecho.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 noviembre de 1992 (RTC 1992, 210), proclama al respecto que:

«La admisibilidad de las acciones meramente declarativas está condicionada a la existencia de un interés digno de tutela. La acción meramente declarativa como modalidad de tutela jurisdiccional que se agota en la declaración de la existencia, inexistencia o modo de ser de una relación jurídica, no existe como tal si no se da una verdadera necesidad de tutela jurisdiccional cifrable en el interés en que los órganos judiciales pongan fin a una falta de certidumbre en torno a la relación jurídica de que se trate. El interés es, pues, requisito de la acción meramente declarativa».

Su viabilidad está, por lo tanto, condicionada a que su utilización esté justificada por una necesidad de protección jurídica, o dicho de otra forma, por el interés del actor en que se ponga en claro su derecho, al ser denegado o desconocido por el demandado.

Por lo tanto, pese a que el artículo 5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contenga sólo una regulación de la acción declarativa positiva, no cabe duda que también puede articularse la acción declarativa negativa para que se estime la inexistencia de un derecho, como en el caso debatido, a saber la declaración de efectos jurídicos propios del negocio incompleto suscrito sin la autorización judicial correspondiente en los términos exigidos por la legislación concursal.

Como decíamos anteriormente y reiteramos en estos momentos una correcta definición de la posible naturaleza jurídica como negocio incompleto, nos tendría que ofrecer como resultado que la acción de nulidad que se ejerció en el pleito resuelto por el Tribunal Supremo no es la correcta y sí, por el contrario, lo sería la declarativa de inexistencia del negocio jurídico en función del interés legítimo concreto ostentado en este caso, para ejercer dicha pretensión declarativa y por tanto detentar legitimación activa procesal.

Por ello, no puede compartirse la siguiente afirmación que realiza el Tribunal Supremo en esta Sentencia:

"Al margen de cómo haya sido denominada la acción de ineficacia ejercitada en la demanda y cómo lo haya sido en la Sentencia que la estima".

Cuando con posterioridad se afirma en la Sentencia lo siguiente:

"En el bien entendido de que la conformidad del juez del concurso con la enajenación, que normalmente será previa a la realización del acto de disposición, podría ser posterior.

Desde esta perspectiva de la posible convalidación del vicio o defecto de capacidad para disponer, es desde la que podría entenderse que no se trata propiamente de una nulidad absoluta."

Es decir, resulta criticable que la Sentencia desatienda la naturaleza de la acción de nulidad ejercitada por la demandante (cuya petición consistía en que se proceda a la anulación de las compraventas impugnadas), máxime cuando con posterioridad incluso llega a afirmar que no nos encontramos ante un supuesto de nulidad, y sin embargo no vea problema al respecto para el Fallo de la misma, si efectivamente hubiera atendido a la verdadera naturaleza jurídica del negocio, como un negocio incompleto.

El principio de justicia rogada se suele identificar como la suma del principio dispositivo y del principio de aportación de parte y se configura legalmente como una exigencia para el tribunal en el art. 216 LEC, al decir:

"Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales".

La manifestación última de estos principios en el proceso civil es la vinculación del órgano judicial a las peticiones formuladas por las partes, de manera que su decisión habrá de ser congruente con las mismas, sin que pueda otorgar

algo distinto a lo solicitado, ni más de lo pedido, ni menos de lo resistido. Por ello, la Sentencia 795/2010, de 29 de noviembre, recordó la correlación entre el principio de justicia rogada (art. 216 LEC) y la congruencia de la Sentencia (art. 218.1 LEC).

Desde luego, sólo desde la concepción por parte del Tribunal Supremo en esta Sentencia analizada, como de un supuesto de anulabilidad (a nuestro juicio, incorrecto), puede entenderse que el Fallo del Tribunal Supremo sea congruente, en consonancia con lo que ya declarare el Tribunal Supremo en un caso de ausencia de autorización judicial para que el tutor (curador con funciones representativas) puede actuar según lo exigido legalmente para determinadas actuaciones, tal y como propuso la Sentencia de Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2018 (RJ 2018/156), que como decíamos ha sido ampliamente criticada por la doctrina, por admisión de la teoría del negocio incompleto aplicable a este caso del tutor (curador con funciones representativas), al igual que debería tratarse este supuesto de falta de autorización judicial para la enajenación de activos en la fase común del concurso.[27]

Si conforme hemos venido sosteniendo este caso resuelto en la Sentencia de 22 de diciembre de 2023 ha de abordarse desde la perspectiva del negocio incompleto, no puede argumentarse el interés legítimo (art. 10 LEC) conforme a la aplicación al caso que realiza el Alto Tribunal del artículo 1302 CC, aunque diga por otro lado que la legitimación e interés legítimo trasciende del propio artículo 1302 CC, *("razón por la cual la legitimación para instar su ineficacia se extiende más allá de la prevista en el art. 1302 CC").*

Esto es, si el Tribunal Supremo no considera acertadamente el caso como un supuesto de nulidad absoluta no pudiendo por tanto acceder a la legitimación que a los terceros perjudicados por el contrato nulo absolutamente se ha venido reconociendo por la propia Jurisprudencia del Tribunal Supremo, no puede sostenerse por esta vía la legitimación activa del demandante, ni tampoco si estuviéramos tratando el caso como de anulabilidad se tratara, ya que el demandante no era parte contractual legitimada para la impugnación del contrato anulable ex. art. 1302.1 CC [28], tal y como ha recordado en ocasiones el Tribunal Supremo, como en el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2021 (556/2021), que confirma la falta de legitimación de la actora, decretada en la Sentencia de primera instancia, para el ejercicio de las acciones deducidas de nulidad relativa o anulabilidad, de incumplimiento contractual por el deber de información con respecto a la adquisición de las preferentes realizadas por su madre, cuando dijo que: *"Ahora bien, la doctrina expuesta no es aplicable al caso que nos ocupa, en que nos encontramos ante el ejercicio de una acción de anulabilidad, cuya legitimación activa es regulada por el art. 1302 del CC, en el*

sentido de que tal acción la pueden ejercitar tan solo los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos".

Por ello, sólo nos basta atender al concepto de interés legítimo o jurídico para sostener la legitimación activa del demandante en este caso.

Como respuesta a la segunda cuestión que nos proponemos, es de aplicación al caso la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual el reconocimiento por el art. 24.1 CE del derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos, impone a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar las fórmulas que las Leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa, no sólo de manera razonable y razonada, sin sombra de arbitrariedad ni error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo (por todas, STC 28/2005, de 14 de febrero [RTC 2005, 28], F. 2).

Resultando que el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre [RTC 2000, 252], F. 3; 173/2004, de 18 de octubre [RTC 2004, 173], F. 3; y 73/2006, de 13 de marzo [RTC 2006, 73], F. 4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo [RTC 2004, 45], F. 4).

Por ello, un tercero si goza de interés legítimo, ha de tener legitimación activa para la interposición de la referida acción declarativa de inexistencia de contrato efectuado con conflicto de interés y claro que un socio o accionista puede ver repercutido en su esfera jurídica el resultado de dicha declaración de negocio jurídico imperfecto al afectar al patrimonio de la empresa e incluso a la valoración de sus acciones o participaciones sociales la decisión de conclusión del mismo en conflicto de interés, e incluso como dice el Tribunal Supremo porque el activo objeto de la compraventa eran unas acciones de una sociedad anónima y la transmisión podía alterar el control de esa compañía. Es lógico que si la transmisión se hizo a favor de uno de los socios, pudiera haber algún otro interesado que no hubiera tenido oportunidad de optar a la compra, al no haberse seguido el trámite legal para la venta que sí le hubiera dado esa opción, y por ello se habría visto afectado por la irregularidad que motivaba la ineficacia. Este es el caso de Escampa, S.L., en cuanto que, al margen de cómo se caracterice esa ineficacia, la causa que lo justifica muestra su interés legítimo en hacerla valer, interés que le confiere legitimación para ejercitar la acción. Máxime cuando la irregularidad denunciada tiene, a su vez, un efecto reflejo negativo sobre el interés general del concurso en la optimización del valor de los activos en la fase de liquidación.

En realidad, el artículo 1259 CC no contiene una expresa regla de legitimación que habilite al tercero (a diferencia de otros casos previstos en la Ley, como por ejemplo, el artículo 206 LSC) para interponer la acción declarativa de inefi-

cacia del negocio jurídico incompleto en consonancia con lo que podría exigirse del artículo 10.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resultando por otro lado que no resulta titular del derecho subjetivo controvertido, pero en nuestra opinión y al igual que ha ocurrido para los casos de nulidad absoluta, no vemos obstáculo a la apreciación de la misma, en función del perjuicio que puede sufrir ante el negocio imperfecto y en atención a la concepción amplia del interés legítimo o jurídico que ha venido estableciéndose por nuestro Tribunal Constitucional para reconocer legitimación actuante.

No obstante lo anterior, somos conscientes de que el concepto de *"interés legítimo"* ha venido siendo desarrollado en la doctrina del Tribunal Constitucional con base al artículo 19 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, aunque haya sido adoptado para los casos de ejercicio de nulidad por parte de un tercero, como ha entendido por ejemplo Cordón Moreno [29], y aún así seguimos entendiendo extensible y aplicable el recurso al concepto de *"interés legítimo"* para conferir legitimación activa al tercero que puede verse perjudicado por el negocio incompleto, a modo, de admisión que para la nulidad absoluta ya se ha realizado sin discusión en nuestra Jurisprudencia, quien en definitiva será la encargada de ir ofreciéndonos criterios sobre este particular, como se ha pronunciado la doctrina procesalista al plantearse o cuestionarse la generalización del concepto de *"interés legítimo"* a la Jurisdicción Civil (ante la parquedad del art. 10 LEC).

De esta forma, Cabañas García [30]se pronunciaba al respecto: <Mas la cuestión capital es otra: más allá de lo previsto legalmente, ¿podría sostenerse la generalización del interés legítimo como título de legitimación en este orden jurisdiccional, por vía de integración judicial ex art. 24.1 CE, a un nivel similar a lo que acontece en el contencioso-administrativo? (…) Y teniendo presente que el art. 24.1 CE es un derecho (procesal) de configuración legal, que no discrimina, pero a contrario sensu tampoco impone, el empleo del interés legítimo en todo espectro de la Jurisdicción, resultará por tanto preciso que la propia ley procesal sectorial, en este caso la LEC, estatuya —si tal cosa ocurre alguna vez— tal generalización. Entonces ya no la ley, sino el criterio de los tribunales, marcará la pauta de los intereses relevantes para conferir legitimación. En el contencioso-administrativo, esa generalización sí se ha producido ex art. 19.1.>

En suma, acción jurídica y Fallo cuestionable el que nos ofrece la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2023, resultando conveniente la aclaración y precisión posterior de los conceptos debatidos en futuras resoluciones de nuestro Alto Tribunal.

IV. BIBLIOGRAFÍA

CABAÑAS GARCÍA. La tutela judicial del tercero. Estudio sobre la legitimación indirecta, individual y colectiva, en el proceso civil. Dijusa, 2008.

CARRASCO PERERA. El consocio no acreedor de la concursada consigue la nulidad de la enajenación de bienes de la masa por el administrador concursal (STS de 22 de diciembre del 2023). Boletín GA_P, Enero 2024.

CARRASCO PERERA. Una propuesta para los casos de contravención de cláusulas estatutarias restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones. Boletín GA_P, febrero 2024.

CASTÁN PÉREZ GÓMEZ. "Condicio iuris" y "tacita condicio": las condiciones implícitas en el derecho privado romano. Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones, 2006.

CORDÓN MORENO. De nuevo sobre la legitimación, 1997.

DE CASTRO. El Negocio Jurídico. Civitas, 1985.

DÍEZ-PICAZO. La representación en el Derecho Privado. Civitas, 1979.

DÍEZ-PICAZO. Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia. Tomo II. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, 1993.

GRAZIANI. La reppresentaza senza procura. Studi di Diretto Civile e Commerciale, Napoli, 1927.

GOMÁ LANZÓN. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2018 (2/2018). Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil) Año 2018, Número 10.

LANCHAS SÁNCHEZ. La intervención judicial en la formación de los negocios patrimoniales, Editorial Dykinson, S.L, 2021.

MARTÍNEZ FLÓREZ. Comentario al artículo 43 de la Ley Concursal. Comentario de la Ley Concursal, Aranzadi, 2015.

PÉREZ RAMOS. El negocio incompleto. Revista de Derecho Civil, Vol. X. núm. 5 (octubre-diciembre, 2023)

REDONDO TRIGO «Conditio iuris o condición suspensiva en los contratos de compraventa de empresa en la Sentencia del Tribunal Supremo, 28 octubre 2013», Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (2014).

RIVERO HERNÁNDEZ. Naturaleza y situación del contrato del *"falsus procurator"*. Anuario de Derecho Civil 1976, Fascículo 4.

VON THUR. Tratado de las Obligaciones. Tomo II. Editorial Reus. Reimpresión de la Primera Edición, 1999.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Constitucional 210/1992, de 30 noviembre de 1992
- Sentencia del Tribunal Constitucional 252/2000, de 30 de octubre
- Sentencia del Tribunal Constitucional 45/2004, de 23 de marzo

- Sentencia del Tribunal Constitucional 173/2004, de 18 de octubre
- Sentencia del Tribunal Constitucional 28/2005, de 14 de febrero
- Sentencia del Tribunal Constitucional 73/2006, de 13 de marzo
- Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2010
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2010
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2013
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2013
- Sentencia de Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2018
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2021
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2023
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 27 de noviembre de 2017

NOTAS

[1] Este esquema del pensamiento de De Castro aplicándolo al problema analizado, que también adoptamos en estos momentos, puede verse expuesto igualmente en la obra de Lanchas Sánchez. *La intervención judicial en la formación de los negocios patrimoniales,* Editorial Dykinson, S.L, 2021.

[2] De Castro. *El Negocio Jurídico*. Civitas, 1985, págs. 25 y 26.

[3] De Castro. *El Negocio Jurídico*. Civitas, 1985, pág 34.

[4] De Castro, distinguía entre las siguientes formalidades (vid. op. cit. pág. 278): < a) La llamada *forma intrínseca* o estructural; que se da cuando el negocio, para su eficacia, ha de ahormarse a un tipo legal ("numerus clausus" de tipos). b) Las denominadas *formas habilitantes,* cuando se requiere la intervención de una autoridad o persona que sancione o apruebe el negocio. c) Las *formas de publicidad*, que sirven para dar eficacia general al negocio (inscripción en Registros, puesta en posesión)>.

[5] Vid. op. cit. pág. 472.

[6] De Castro. Vid. op. cit. págs. 471 y 472: <La frase nulidad absoluta puede emplearse en un sentido restringido y sin comprender los negocios llamadas inexistentes; pero también se utiliza en un sentido amplio, abarcando los negocios contrarios a la Ley y los inexistentes. Entendida en este último sentido es posible hacer una enumeración general de los supuestos de nulidad absoluta>.

[7] Rivero Hernández. <Naturaleza y situación del contrato del *"falsus procurator"*>. Anuario de Derecho Civil 1976, Fascículo 4.

[8] Rivero Hernández. Vid. op. cit. págs. 1096 y ss.

[9] Graziani. <La reppresentaza senza procura>. *Studi di Diretto Civile e Commerciale*, Napoli, 1927.

[10] Previamente, Rivero Hernández (vid. op. cit. págs. 1089 y 1090) encuadraba a la doctrina española, sin compartir su conclusión, dentro de la teoría de la ineficacia sometida a condición, cuando afirma tras el análisis de la misma, lo siguiente: <En cuanto a la doctrina española, suele situarse en línea análoga a la de la de la doctrina francesa e italiana últimamente citadas, y con alguna discrepancia que veremos en su lugar. Para la mayor parte de nuestros civilistas, el contrato del falsus procurator (tanto en el caso de carencia de poder, como el de extralimitación, que suelen ir equiparados) se caracteriza por su falta de eficacia: es fundamentalmente negocio ineficaz; a veces, no siempre, se dice poco más de él: ineficacia suspendida, inoponibilidad, y se le distingue sucintamente del negocio nulo y del anulable. Así, De Diego y Espín Cánovas, Roca Sastre y Albaladejo, o Gullón Ballesteros, Díez Picazo-Gullón y Lacruz Berdejo entre los más modernos. Unas veces explícita (Albaladejo), otras implícitamente, en todos ellos flota la idea de que ese negocio es válido, pero ineficaz, sin eficacia actual y propia del tipo negocial correspondiente, la cual queda suspendida o condicionada al advenimiento de la ratificación, que convertirá en normal aquel negocio. No hay, por ahora, como vemos, ideas nuevas de las que no eran conocidas de la dirección doctrinal foránea que vengo comentando.>.

[11] Díez-Picazo. *La representación en el Derecho Privado.* Civitas, 1979, pág. 219.

[12] Díez-Picazo. *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia.* Tomo II. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, 1993, págs. 439 y 440.

[13] Redondo Trigo «Conditio iuris o condición suspensiva en los contratos de compraventa de empresa en la Sentencia del Tribunal Supremo, 28 octubre 2013», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2014), N.º 743.

[14] Destaca, sin embargo, el análisis romanista realizado por Castán Pérez Gómez. *"Condicio iuris" y "tacita condicio": las condiciones implícitas en el derecho privado romano.* Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones, 2006.

[15] Von Thur. *Tratado de las Obligaciones. Tomo II. Editorial Reus*. Reimpresión de la Primera Edición, 1999, páginas 218 y 219.

[16] Vid. op. Cit. Páginas 41 y siguientes. En este sentido, se cita el Digesto 23.3.21 (Ulp. 35 Sab): *"La estipulación que se hace a causa de la dote, es claro que implica la condición de <si se efectuase el matrimonio>, y que por ello sólo puede reclamarse en virtud de ella (aunque no se haya expresado la condición) si <se efectuase> el matrimonio; por lo cual, si se enviara un nuncio <de desistimiento que impida el matrimonio> se considera que faltó la condición de la estipulación>".* Digesto 36.2.22.1: *"Algunas condiciones son superfluas, como si escribe <el testador>: <sea Ticio mi heredero. Si Ticio hubiera adido mi herencia, que dé diez mil sestercios a Mevio>, pues tal condición se tiene por no puesta, de forma que de todos modos el legado pase el heredero de Mevio, aunque Mevio hubiese muerto antes de adirse la herencia. Y lo mismo si se hubiera escrito en estos términos: <Si Ticio llegara a adir mi herencia, que dé cien mil sestercios a Mevio antes de los cien días>, pues este legado será con término y no bajo condición, ya que debe aprobarse la definición de Labeón cuando dice que pasa al heredero del legatario aquel legado que es cierto que se deberá si la herencia es adida".*

Digesto 50.17.77: *"Los actos <llamados> <legítimos>, que no toleran el término ni la condición, cono son la emancipación, la aceptilación, la adición de la herencia, la opción de un esclavo y el nombramiento de tutor <por el magistrado>, se anulan si se inserta en ellos un plazo o una condición. Sin embargo, estos actos supraescritos admiten implícitamente lo que les anularía si lo contuvieran expresamente; así, si se hace aceptilación al deudor que prometió bajo condición, sólo se entiende que vale la aceptilación si se cumple la condición de la obligación, pero si se contuviera expresamente tal condición, ésta anularía el acto>*. Castán Pérez (ibídem, páginas 43 y 44), explica este texto de Papiniano de la siguiente forma: <El inciso final del fragmento es el que más nos interesa y, a la vez, el que mayores dudas levanta. Papiniano dice que la *acceptilatio*, acto de los considerados legítimos, puede tener por objeto una obligación que esté afectada por una condición, pero si ésta se expresa o se repite en el acto de la aceptilación, lo deja sin efecto. El jurista parece decir que es imprescindible que el nexo de subordinación no esté explícitamente afirmado en el tenor del negocio legítimo, ya que si consta de forma expresa provoca la nulidad de tal acto. Esto indica, entre otras cosas, que el formalismo romano seguía todavía vigente durante el Derecho clásico y justinianeo en ciertos negocios que no admitían una limitación de este tipo. Cuando Papiniano, cuya doctrina tuvo tanto predicamento en los últimos períodos romanos, sostiene que la incorporación expresa de una *condicio iuris* en el negocio deviene en condicional —y por tanto en nulo— a éste, prácticamente viene a decir que la *condicio iuris* así agregada se transforma en una *condicio facti*, de forma que el negocio se hace nulo por tratarse de *actus legitimi*. Es evidente que es aplicable tan sólo a este tipo de negocios formales, porque ya hemos visto, *v. gr.,* cómo la mención expresa en el testamento de la aceptación de la herencia como condicio de la eficacia de los legados se consideraba superflua y en nada afectaba a los efectos jurídicos del testamento. Pero volviendo a la interesante observación de Papiniano, cabe recordar que la misma idea la encontramos en un texto de Modestino (…): Digesto 35.1.52: *"Ocurre algunas veces que algunas declaraciones directas perjudican, aunque sin perjuicio podrían sobrentenderse indirectamente en otra; como por ejemplo, cuando se lega algo a alguien diciendo <doy y lego diez mil sestercios a Ticio si Mevio subiera al Capitolio>, pues aunque dependa de Mevio subir al Capitolio y el querer que se deba el legado a Ticio, no procedía, sin embargo, hacerse el legado con eficacia*

diciendo <doy a Ticio diez mil sestercios si quisiera Mevio> pues un legado no puede dejarse a la voluntad de un tercero. Así, suele decirse que (= D. 50.17.195) lo que declarado abiertamente perjudica, no perjudica si se implica en una declaración indirecta".

[17] Pérez Ramos. <El negocio incompleto>. *Revista de Derecho Civil*, Vol. X. núm. 5 (octubre-diciembre, 2023), páginas 77 y 78.

[18] No obstante, y en función de algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo al respecto, ya razonamos en su momento que no toda intervención o autorización administrativa en un contrato puede reputarse como condicitio iuris. Vid. Redondo Trigo «Conditio iuris o condición suspensiva en los contratos de compraventa de empresa en la Sentencia del Tribunal Supremo, 28 octubre 2013», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2014), N.º 743.

[19] Redondo Trigo «Conditio iuris o condición suspensiva en los contratos de compraventa de empresa en la Sentencia del Tribunal Supremo, 28 octubre 2013», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2014), N.º 743, donde opinábamos lo siguiente: <De la exposición del tratamiento doctrinal de la condicio iuris que hemos realizado nos quedamos por el momento y a los efectos del presente trabajo con las siguientes ideas, a saber: generalmente la inclusión de la condición legal en el contrato no añade nada al régimen del mismo; la dudosa conceptualización de una autorización administrativa como condición legal para la eficacia contractual y la posible aplicación en determinados supuestos del régimen del cumplimiento ficticio previsto en el artículo 1119 del Código Civil a las condiciones legales… En nuestra opinión, si bien es cierto que no puede generalizarse, el hecho de que un determinado contrato requiera autorización administrativa previa no creemos que pueda calificarse la misma como condición legal, sin la cual no haya habido producción de efectos jurídicos propios del contrato en cuestión. Es decir, podemos llegar a comprender que la transmisión de concesiones administrativas o licencias administrativas que requieran o impliquen una labor fiscalizadora administrativa, implique el tratamiento de dicha autorización administrativa como condición legal necesaria para el nacimiento del derecho subjetivo en cuestión… Por otro lado, según hemos tenido ocasión de exponer aunque de condición legal se tratara la analizada por la presente Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2013, no faltarían argumentos para poder sostener la aplicación analógica a la misma del cumplimiento ficticio previsto en el artículo 1119 del Código Civil, ante la actitud dolosa del obligado impidiendo el cumplimiento de la condición, máxime cuando en el propio contrato de compraventa aparecía la necesaria autorización administrativa como condición propia introducida por las partes, aunque dicho cumplimiento ficticio despliegase sus efectos en las relaciones jurídico privadas de las partes contractuales.>.

Sin embargo, en contra, Pérez Ramos (op. cit. págs. 79): <Es evidente que una conditio iuris no puede ser suplida por una condición suspensiva. Es decir, el que se pacte por las partes contractuales que el evento configurado legalmente como conditio iuris operará como condición suspensiva no convierte la primera en la segunda. Esto último es muy importante porque de esta forma se supera el principal escrúpulo que lleva a la doctrina y la jurisprudencia a negar que una conditio iuris puede configurarse como condición suspensiva, ya que la verdadera inquietud que inspira esta opinión es el temor a que se pretenda dar por cumplida la conditio iuris simplemente porque el obligado impidiera voluntariamente su cumplimiento98, tal y como se planteó en la STS (1.ª) 28 octubre 2013.

Por consiguiente, no puedo estar de acuerdo con Carrasco, cuando propone que se aplique analógicamente a las conditio iuris el artículo 1119 Código civil —que recordemos ordena que «se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento»— aduciendo que habrá casos en los «que la mala fe de uno de los contratantes que impidiera la consumación del supuesto de hecho legal del que depende la adquisición del

derecho del tercero pueda ser neutralizada mediante el artículo 1119 del Código Civil, con la consecuencia de que el supuesto de hecho en cuestión tendría que darse como completado».

[20] Sobre la admisibilidad de configurar a la *condictio iuris* operando además como condición suspensiva, Vid. Pérez Ramos, op. cit. págs. 80 y ss, quien opina que: < Es decir, lo importante no es que las partes han acordado sustituir la conditio iuris por una condición suspensiva, sino que han pactado que el evento futuro e incierto que el ordenamiento impone para que el negocio sea completo además de operar como conditio iuris, surta efectos también —o como veremos, al menos parcialmente— como conditio facti.>

[21] Distinto es a nuestro juicio, el caso de la necesaria autorización de la Junta General ex. art. 160 f o de dispensa por la misma de conflictos de interés de los administradores, donde efectivamente siendo encajables dentro del articulo 1259 CC (siendo conscientes como hemos puesto de manifiesto en varias ocasiones de la polémica doctrinal y jurisprudencial acerca de las consecuencias jurídicas de dicha ausencia de acuerdo de Junta General, lo que habrá de ser determinado por nuestro Tribunal Supremo) y por tanto de ausencia de poder, entendemos realmente que nos encontraríamos ante un caso de contrato incompleto por falta de consentimiento y no de contrato incompleto cuya eficacia se haya sujeto a *condictio iuris.*

[22] Lanchas Sánchez, op. cit. pág. 23.

[23] A título de ejemplo y en extenso no sólo Lanchas Sánchez en la obra citada, sino también Gomá Lanzón. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2018 (2/2018)>. *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil) Año 2018-Número 10.*

[24] Martínez Flórez. <Comentario al artículo 43 de la Ley Concursal> *Comentario de la Ley Concursal,* Aranzadi, 2015.

[25] Carrasco Perera. <El consocio no acreedor de la concursada consigue la nulidad de la enajenación de bienes de la masa por el administrador concursal (STS de 22 de diciembre del 2023)>. *Boletín GA_P, Enero 2024.*

[26] Carrasco Perera. <El consocio no acreedor de la concursada consigue la nulidad de la enajenación de bienes de la masa por el administrador concursal (STS de 22 de diciembre del 2023)>. *Boletín GA_P*, Enero 2024, pág. 3.

[27] Hay autores, como Carrasco Perera, que vienen declarando ineficiente el remedio previsto para los casos del artículo 1259 CC sobre la base de lo que han venido a denominar como *"expansión objetiva"* de la anulabilidad, lo que no compartimos en función de la dogmática del negocio incompleto a la que hemos antendido. Así, en el caso para los supuestos de falta de cumplimiento de las cláusulas estatutarias restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones, se ha pronunciado recientemente Carrasco Perera de la siguiente forma: <§ 9.Con la expansión objetiva que han supuesto los artículos 1301.5.º del Código Civil, 100 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 109 del Texto Refundido de la Ley Concursal, la anulabilidad ha dejado de ser un simple remedio de rescisión contra las deficiencias volitivas del declarante. La estructura del remedio permite hoy su extensión a cualquier vicio de ineficacia cuando no estén en juego intereses generales de orden público y haya que limitar la legitimación y el plazo, en razón de los intereses en presencia. La anulabilidad es también una solución más líquida y con menos leverage estratégico que la inoponibilidad del artículo 1259 del Código Civil. La sociedad podrá hacer ineficaz la transmisión, pero en un plazo de cuatro años, que tendría que contar desde la consumación del negocio, con posibilidad de convalidar tácitamente por el artículo 1311 de dicho código, mientras que la inoponibilidad no está en principio sujeta a plazo. Las soluciones de ineficacia/inoponibilidad pura son ineficientes porque pueden prolongar indefinidamente la existencia de una situación interina irregular,

dando lugar casi necesariamente a que el conflicto se encone o acabe despachándose mediante un recurso a los remedios de abuso de derecho.>

Carrasco Perera. <Una propuesta para los casos de contravención de cláusulas estatutarias restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones>. Boletín GA_P, febrero 2024.

[28] La Jurisprudencia ha estimado la legitimación de un tercero, que no haya sido parte en el contrato para la impugnación del contrato nulo absolutamente siempre que dicho tercero tenga un interés jurídico en ello que suponga que se vea afectado o perjudicado por dicho contrato, (Vid. a título de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo 4/2013, de 16 de enero de 2013).

[29] Cordón Moreno. *De nuevo sobre la legitimación,* 1997, pág. 54.

[30] Cabañas García. *La tutela judicial del tercero. Estudio sobre la legitimación indirecta, individual y colectiva, en el proceso civil.* Dijusa, 2008, págs. 76 y 77.

3. URBANISMO

Reflexiones sobre la regulación de la afección real urbanística reparcelatoria en el Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana

Reflections on the regulation of the urban security right in plot-redivision procedures by the draft bill amending the Spanish Building Act

por
EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN
Abogado

RESUMEN: En este comentario se cuestiona el contenido del Proyecto de Ley de modificación del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana en relación con la afección real urbanística de fincas al pago de los gastos de urbanización.

ABSTRACT: This comment questions the content of the draft bill amending the Spanish Building Act regarding the legal security right of plots defined by a plot redistribution project.

PALABRAS CLAVE: Proyecto de reparcelación, afección real, prórroga, Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Suelo.

KEY WORDS: Plot redistribution project, legal security right, extension, draft bill amending the Spanish Planning Act.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de enero de 2018.

SUMARIO: I. RESUMEN DE LOS HECHOS.—II. EXTRACTO DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIOS: 1. Planteamiento. 2. Consideraciones sobre la justificación del plazo de vigencia de la afección real y su insuficiencia práctica. 3. La posibilidad de prórroga del plazo de la afección introducida por el proyecto de ley: justificación y contenido. 4. Valoración crítica de la regulación propuesta y dificultad interpretativa que plantea. *A) Aspectos positivos. B) Aspectos mejorables.* 5. La difícil conciliación entre la afección real urbanística y el principio de subrogación legal. 6. Posibilidades de concentración y sustitución de la afección real urbanística. 7. Posibilidades de cancelación parcial de la afección real urbanística. 8. Conclusiones.

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

Inscrito un proyecto de reparcelación con la consiguiente constancia de la afección real de las fincas de resultado a los costes de urbanización resultantes de su liquidación provisional, pocos días antes de la expiración del plazo de caducidad de dicha afección se presentó certificación del acuerdo municipal por el cual se fijaban las cuotas urbanísticas definitivas relativas al sector correspondiente. Este documento fue inicialmente objeto de calificación negativa.

Pocos días después de la expiración del plazo de la afección se aportó de nuevo el documento con otro complementario, expidiéndose una segunda nota de calificación en la que se hacía constar que la afección estaba caducada a dicha fecha por haber transcurrido más de siete años desde su fecha, aunque no había sido cancelada.

Prorrogado por sesenta días el asiento de presentación, retirado el documento y vuelto a aportar dentro del plazo de vigencia de la prórroga, se calificó de nuevo negativamente por haber transcurrido más de siete años desde la fecha de la inscripción del proyecto de reparcelación y de la afección, plazo máximo de duración de la afección como carga real y preferente derivada de la reparcelación según el artículo 20.1 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

La recurrente centra su argumentación en el hecho de haberse presentado la certificación del acuerdo municipal por el cual se fijaban las cuotas urbanísticas definitivas con anterioridad a la fecha de caducidad de la afección practicada.

II. EXTRACTO DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se reproducen a continuación los apartados 2 a 4 de los fundamentos jurídicos de la Resolución de 18 de enero de 2018.

«2. Como ha señalado este Centro Directivo en sus Resoluciones de 31 de enero, 26 de mayo y 13 de junio de 2014, recogidas en otras posteriores, la afección urbanística derivada de la ejecución de los proyectos de reparcelación produce efectos de garantía real, según resulta de los artículos 16.2 del texto refundido de la Ley de Suelo y 19 del Real Decreto 1093/1997, y esta afección se extiende no solo a los titulares de derechos y cargas en la finca de resultado, por efecto de la subrogación legal operada, sino también sobre aquellos constituidos sobre dicha finca con posterioridad a la constancia registral de la afección, con excepción del Estado en cuanto a los créditos a que se refiere el artículo 73 de la Ley General Tributaria y a los demás de este carácter, vencidos y no satisfechos, que constasen anotados en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la práctica de la afección.

Por su parte, el artículo 20 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, en su apartado primero establece: La afección caducará a los siete años de su fecha. No obstante, si durante su vigencia se hubiera elevado a definitiva la cuenta provisional de liquidación del proyecto de reparcelación o compensación, dicha caducidad tendrá lugar por el transcurso de dos años, a contar de la fecha de la constatación en el Registro de la Propiedad del saldo definitivo, sin que, en ningún caso, pueda el plazo exceder de siete años desde la fecha originaria de la afección (...).

3. El hecho de que las fincas no queden afectas por más de siete años previsiblemente se produce porque el legislador consideró que es un plazo suficiente para la ejecución de la urbanización y para exigir las cantidades correspondientes. Bien es cierto que puede ocurrir y más en situaciones de ralentización de la actividad inmobiliaria como la actual, que dicho plazo resulte insuficiente.

Este plazo de caducidad hay que computarlo desde la fecha de inscripción de la afección, si bien dicha cancelación no conlleva la extinción de la obligación legal del propietario de hacer frente a los gastos de urbanización puesto que en tanto que el suelo no haya sido objeto de la completa transformación urbanística está vinculado al pago de los gastos de urbanización por imperativo legal. Ahora bien, respecto a los titulares del dominio u otros derechos reales o cargas cuya inscripción o anotación se haya producido sobre las fincas de resultado, sin intervención en el expediente de equidistribución, y que no se hayan subrogado voluntariamente en las cargas pendientes de urbanización, hay que entender que

la afección urbanística sólo podrá perjudicarles en la medida en que resulte inscrita y no haya caducado.

Los plazos de caducidad de la afección urbanística establecidos en el artículo 20.1 del Real Decreto 1093/1997 tienen directa relación con el artículo 128 del Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978, que establece que la liquidación definitiva de la reparcelación tendrá lugar cuando concluya la urbanización de la unidad reparcelable y, en todo caso, antes de que transcurran cinco años desde el acuerdo aprobatorio de la reparcelación.

En cuanto al plazo especial de caducidad de dos años sólo se aplica en el supuesto de que conste en el Registro de la Propiedad la liquidación definitiva, pero sin que pueda exceder, conforme se ha señalado anteriormente, de los siete años desde la fecha originaria de la afección.

No hay previsión legal de prórroga de la afección practicada, en consecuencia, no cabe aplicar por analogía a las notas marginales de afección real la norma de la prórroga prevista para las anotaciones preventivas en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, puesto que de acuerdo con todo lo expuesto, no puede sostenerse que exista identidad de razón entre ambas clases de asientos (artículo 4.1 del Código Civil), máxime cuando su prórroga determinaría un perjuicio a titulares de derechos inscritos en el ínterin. Sin perjuicio de la posibilidad de extender una nueva nota de afección en caso de producirse una modificación del proyecto de urbanización que implique a su vez la de las cuotas correspondientes a la reparcelación previamente inscrita.

4. En el supuesto de este expediente, la fecha de caducidad de la afección era el día 17 de mayo de 2017, sobre este hecho no hay controversia. La presentación de la documentación acreditativa de la conversión de la liquidación provisional en definitiva se produjo el 10 de mayo de 2017 y por tanto, como alega la recurrente, dentro del plazo de vigencia de la afección.

Conforme al artículo 24 de la Ley Hipotecaria se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir, la fecha del asiento de presentación. Por ello debe analizarse el alcance de la inscripción que en su caso deba practicarse.

La constancia de la elevación a definitiva de la cuenta provisional de la liquidación si bien tiene el efecto de concretar y rectificar en su caso la afección practicada conforme a la cuenta provisional, no conlleva ni la extensión de una nueva afección ni la prórroga de la existente ni la conversión de la inicial afección con vigencia temporal en otra con duración indefinida. Antes al contrario, la fecha de conversión de la liquidación provisional en definitiva implica que el plazo de la vigencia de la afección pueda incluso acortarse pues a partir de ese momento, tendrá una duración de dos años cualquiera que fuese el plazo

de duración transcurrido y siempre con el tope de los siete años conforme se ha señalado anteriormente.

Por lo tanto, aun cuando se considere como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir la fecha del asiento de presentación, estos efectos en este caso no suponen modificación alguna del plazo de caducidad de la afección registrada. Tampoco se efectúa en este supuesto modificación alguna en el Proyecto de Parcelación que permita la extensión de una nueva afección.

En cuanto a este concreto supuesto, aun cuando se hubiese despachado el documento durante el plazo de vigencia restante de la afección, es decir entre los días 10 y 17 de mayo de 2017, la afección habría igualmente caducado al llegar este último día, por lo tanto sus efectos frente a terceros titulares registrales no habrían rebasado dicho termino en ningún caso. Pero dado que el título fue calificado negativamente, su despacho, una vez subsanado el defecto observado, se habría efectuado necesariamente una vez caducada la afección, y es evidente que no puede concretarse o complementarse ésta, ya que ha devenido a efectos registrales inexistente al extinguirse por caducidad, aun cuando no conste cancelada formalmente.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador».

III. COMENTARIOS

1. Planteamiento

Como puede apreciarse, la Resolución de 18 de enero de 2018 aplica oportunamente el régimen legal entonces vigente de la afección real urbanística de las fincas de resultado de la reparcelación al pago de los gastos de urbanización, régimen que ha permanecido inalterado hasta nuestros días y que el Proyecto de Ley de modificación del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana se propone alterar al introducir la posibilidad de su prórroga. Dicho régimen legal es radicalmente diferente del propio de la nota marginal expresiva de la expedición de la certificación de dominio y cargas que marca el momento inicial del expediente reparcelatorio conforme al artículo 5 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que le atribuye un plazo de caducidad de tres años y prevé expresamente la posibilidad de su prórroga por otro plazo igual. La Dirección General admite la procedencia de prórrogas sucesivas.

No sucede lo mismo con la afección real urbanística, cuyo régimen jurídico se recoge en los artículos 19 y 20 del citado Real Decreto. Según el primero de ellos:

«Quedarán afectos al cumplimiento de la obligación de urbanizar, y de los demás deberes dimanantes del proyecto y de la legislación urbanística, todos los titulares del dominio u otros derechos reales sobre las fincas de resultado del expediente de equidistribución, incluso aquellos cuyos derechos constasen inscritos en el Registro con anterioridad a la aprobación del Proyecto, con excepción del Estado en cuanto a los créditos a que se refiere el artículo 73 de la Ley General Tributaria y a los demás de este carácter, vencidos y no satisfechos, que constasen anotados en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la práctica de la afección. Dicha afección se inscribirá en el Registro de acuerdo con las siguientes reglas:

1. En la inscripción de cada finca de resultado sujeta a la afección se hará constar lo siguiente:
   a) Que la finca queda afecta al pago del saldo de la liquidación definitiva de la cuenta del proyecto.
   b) El importe que le corresponda en el saldo de la cuenta provisional de la reparcelación y la cuota que se le atribuya en el pago de la liquidación definitiva por los gastos de urbanización y los demás del proyecto, sin perjuicio de las compensaciones procedentes, por razón de las indemnizaciones que pudieren tener lugar.
2. En caso de incumplimiento de la obligación de pago resultante de la liquidación de la cuenta, si la Administración optase por su cobro por vía de apremio, el procedimiento correspondiente se dirigirá contra el titular o titulares del dominio y se notificará a los demás que lo sean de otros derechos inscritos o anotados sujetos a la afección. Todo ello sin perjuicio de que en caso de pago por cualesquiera de estos últimos de la obligación urbanística, el que la satisfaga se subrogue en el crédito con facultades para repetir contra el propietario que incumpla, como resulta de la legislación civil, lo cual se hará constar por nota marginal.
3. No será necesaria la constancia registral de la afección cuando del proyecto de equidistribución resulte que la obra de urbanización ha sido realizada y pagada o que la obligación de urbanizar se ha asegurado mediante otro tipo de garantías admitidas por la legislación urbanística aplicable.
4. En el proyecto podrá establecerse, con los requisitos que, en cada caso, exija el órgano actuante, que la afección no surta efectos respecto de acreedores hipotecarios posteriores cuando la hipoteca tuviera por finalidad asegurar créditos concedidos para financiar la realización de obras de urbanización o de edificación, siempre que, en este último caso, la obra de urbanización esté garantizada en su totalidad».

Por su parte, el artículo 20 del mismo Real Decreto se refiere al plazo de vigencia de la afección real y a su régimen de cancelación en estos términos:

«La caducidad y cancelación de la afección a que se refiere el artículo anterior se sujetará a las siguientes reglas:

1. La afección caducará a los siete años de su fecha. No obstante, si durante su vigencia se hubiera elevado a definitiva la cuenta provisional de liquidación del proyecto de reparcelación o compensación, dicha caducidad tendrá lugar por el transcurso de dos años, a contar de la fecha de la constatación en el Registro de la Propiedad del saldo definitivo, sin que, en ningún caso, pueda el plazo exceder de siete años desde la fecha originaria de la afección.
2. La afección podrá cancelarse antes de su fecha de caducidad:
   a) En caso de reparcelación, a instancia de cualesquiera de los titulares del dominio u otros derechos sujetos a la misma, acompañando a la solicitud certificación del órgano actuante expresiva de haber sido satisfecha la cuenta de la liquidación definitiva referente a la finca de que se trate.
   b) En caso de compensación, cuando a la instancia del titular se acompañe certificación del órgano actuante expresiva de haber sido recibida la obra de urbanización, y, además, cuando se hubiese constituido Junta de Compensación, certificación de la misma acreditativa del pago de la obligación a favor de la entidad urbanística.
   c) La regla contenida en el párrafo b) que antecede se aplicará en todos los casos en los que la legislación urbanística atribuya la obligación de realizar materialmente la urbanización a los administrados».

El régimen legal vigente determina la imposibilidad de prórroga de la afección real urbanística, a diferencia de lo que sucede con la nota marginal del artículo 5 del Real Decreto, y así lo ha declarado de forma reiterada la Dirección General de los Registros y del Notariado, hoy de Seguridad Jurídica y Fe Pública, si bien reconociendo la posible insuficiencia del plazo legal de aquella afección. Esta imposibilidad de prórroga ha planteado en la práctica importantes problemas, en especial en periodos de escasa actividad urbanística y por razones principalmente financieras.

No obstante, existe en la actualidad una tendencia legislativa a superar la aludida problemática, como lo muestra la reciente publicación en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 5 de abril de 2024 (núm. 19-1) de un Proyecto de Ley de modificación del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015, que introduce la posibilidad de prórroga de la afección. Sin perjuicio de la incertidumbre que en el momento de escribir estas líneas pesa sobre el desenlace de la iniciativa legislativa, el presente comentario se centra en las cuestiones sobre las que, en nuestra opinión, debería pronunciarse una eventual modificación del régimen de la afección.

2. Consideraciones sobre la justificación del plazo de vigencia de la afección real y su insuficiencia práctica

Como se ha visto en la exposición de los fundamentos de derecho de la Resolución de 18 de enero de 2018, reiterando la doctrina seguida en otras anteriores[1], la Dirección General afirma que el plazo legal de siete años de vigencia de la afección real «previsiblemente se produce porque el legislador consideró que es un plazo suficiente para la ejecución de la urbanización y para exigir las cantidades correspondientes». También afirma que «Los plazos de caducidad de la afección urbanística establecidos en el artículo 20.1 del Real Decreto 1093/1997 tienen directa relación con el artículo 128 del Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978, que establece que la liquidación definitiva de la reparcelación tendrá lugar cuando concluya la urbanización de la unidad reparcelable y, en todo caso, antes de que transcurran cinco años desde el acuerdo aprobatorio de la reparcelación».

Ahora bien, el Centro Directivo también cuestiona la suficiencia del plazo legal cuando reconoce que «puede ocurrir y más en situaciones de ralentización de la actividad inmobiliaria como la actual, que dicho plazo resulte insuficiente». La Resolución de 31 de enero de 2014 confirma la calificación registral que había puesto en duda aquella suficiencia cuando expresaba que «debe significarse que, en las actuales circunstancias económicas, sería muy conveniente que pudiera existir algún sistema para prorrogar la duración máxima de la nota marginal de forma que los intereses legítimos del Ayuntamiento, del urbanizador y de los propietarios que hayan costeado efectivamente las cargas, no queden perjudicados, perjuicio que tendría lugar si por la caducidad de la afección ganaran preferencia y rango cargas y derechos inscritos con posterioridad» (la referencia a la nota marginal debe entenderse hecha a la constancia registral de la afección real al pago de los gastos de urbanización).

Sea como fuere, en la legislación hoy vigente no se encuentra prevista la posibilidad de prórroga de este plazo. Como señala la Resolución comentada, «No hay previsión legal de prórroga de la afección practicada, en consecuencia, no cabe aplicar por analogía a las notas marginales de afección real la norma de la prórroga prevista para las anotaciones preventivas en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, puesto que de acuerdo con todo lo expuesto, no puede sostenerse que exista identidad de razón entre ambas clases de asientos (artículo 4.1 del Código Civil), máxime cuando su prórroga determinaría un perjuicio a titulares de derechos inscritos en el ínterin. Sin perjuicio de la posibilidad de extender una nueva nota de afección en caso de producirse una modificación del proyecto de urbanización que implique a su vez la de las cuotas correspondientes a la reparcelación previamente inscrita».

En cuanto a los efectos de la caducidad del plazo de la afección, determinante de su cancelación registral, se aclara que «no conlleva la extinción de la obligación legal del propietario de hacer frente a los gastos de urbanización puesto que en tanto que el suelo no haya sido objeto de la completa transformación urbanística está vinculado al pago de los gastos de urbanización por imperativo legal. Ahora bien, respecto a los titulares del dominio u otros derechos reales o cargas cuya inscripción o anotación se haya producido sobre las fincas de resultado, sin intervención en el expediente de equidistribución, y que no se hayan subrogado voluntariamente en las cargas pendientes de urbanización, hay que entender que la afección urbanística sólo podrá perjudicarles en la medida en que resulte inscrita y no haya caducado».

3. La posibilidad de prórroga del plazo de la afección introducida por el proyecto de ley: justificación y contenido

El Proyecto de Ley antes citado propone añadir un nuevo apartado 6 al artículo 68 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana estableciendo de forma expresa la posibilidad de prórroga del plazo de vigencia de la afección.

La justificación de esta novedad hay que buscarla en dos apartados de la exposición de motivos del Proyecto de Ley. En primer lugar, en términos generales, el apartado III expresa que «la ley aborda otras modificaciones que se relacionan con aspectos diversos. Algunas atienden al transcurso del tiempo desde el momento en el que fueron aprobados. Otras, a la necesidad de adecuar determinados artículos o contenidos del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional contenidos en sentencias dictadas en los recursos interpuestos contra las leyes que en su día refundió. En concreto, se trata de las SSTC 141/2014, de 11 de septiembre; 218/2015, de 22 de octubre; 143/2017, de 14 de diciembre y 75/2018, de 5 de julio, todas las cuales demandan una nueva regulación que adapte los preceptos originales al orden de distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas».

A continuación, se expresa que estas modificaciones afectan, entre otros, al artículo 68 del texto refundido, al que se adiciona un nuevo apartado «con la finalidad de solventar la falta de regulación de aspectos registrales que se consideran necesarios». En línea con la insuficiencia del plazo que se destacó por la Dirección General, se dice a continuación que el nuevo apartado «atañe al establecimiento de un plazo de caducidad acorde con la realidad de los plazos necesarios para finalizar las obras de urbanización, y la afección, con carácter de

garantía real, de los terrenos al cumplimiento de las obligaciones resultantes del expediente de equidistribución de beneficios y cargas».

Sobre la base de los motivos expuestos, el contenido concreto del apartado 6 que pretende introducirse en el artículo 68 del texto refundido es el siguiente:

«6. La constancia registral de la afección, con carácter de garantía real, al cumplimiento de las obligaciones resultantes del expediente de equidistribución de beneficios y cargas, tendrá un plazo de caducidad de siete años contados desde su fecha.

No obstante, si durante su vigencia se hubiere elevado a definitiva la cuenta provisional de liquidación del proyecto de equidistribución que corresponda, dicha caducidad tendrá lugar por el transcurso de dos años, a contar desde la fecha de la constatación en el Registro de la Propiedad del saldo definitivo, sin que, en ningún caso, pueda exceder el plazo de siete años desde la fecha originaria de la afección. Antes de su finalización, dicho plazo podrá ser prorrogado por períodos anuales hasta un máximo de cinco, a instancia de la Administración actuante, o de la Entidad Urbanística colaboradora, mediante certificación de la que resulte que no ha sido finalizada la obra de urbanización».

4. Valoración crítica de la regulación propuesta y dificultad interpretativa que plantea

A) Aspectos positivos

La modificación propuesta merece una valoración favorable por razón de su fundamento, al tratar de paliar la insuficiencia del plazo legal de vigencia de la afección que, como se ha visto, se muestra en la práctica excesivamente corto a la vista del tiempo que normalmente duran las obras de urbanización hasta su recepción definitiva por parte de la Administración urbanística, especialmente cuando se trata de unidades de ejecución o sectores extensos o con condicionantes complejos o en los periodos de crisis económica y financiera.

En concordancia con esa realidad, la reforma se propone extender el plazo de caducidad de la afección mediante la introducción de la posibilidad de su prórroga a fin de acompasar su vigencia a los tiempos imperantes en el urbanismo moderno.

Por otro lado, la reforma trata de elevar el régimen de la afección registral a rango legal. El actual Capítulo III del Título VIII del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, bajo el epígrafe «Registro de la Propiedad», solamente hace una referencia indirecta a la afección al incluir su artículo 65.1 entre los actos inscribibles el consistente en «el establecimiento de garantías reales de la obligación de ejecución o de conservación de la urbanización y de las

edificaciones». Dentro de este Capítulo, el artículo 68 regula específicamente los «Expedientes de distribución de beneficios y cargas», resultando llamativo que en él no se hacía referencia alguna a la afección real urbanística propia de esta clase de expedientes, situación que trata de superar el Proyecto de Ley, al referirse, como hemos visto, a «La constancia registral de la afección, con carácter de garantía real, al cumplimiento de las obligaciones resultantes del expediente de equidistribución de beneficios y cargas». Por ello, resulta plausible que se introduzca en el texto legal la regulación expresa de la constancia registral de la afección, así como el régimen de su cancelación, su plazo de vigencia y la posibilidad de su prórroga.

B) Aspectos mejorables

Frente a la valoración favorable que se acaba de hacer, consideramos que la redacción del apartado 6 que se trata de añadir al artículo 68 del texto refundido adolece de una sorprendente imprecisión que la hace manifiestamente mejorable. Nos referimos en concreto a la expresión «dicho plazo» que emplea el último inciso del párrafo segundo para invocar la posibilidad de su prórroga, pues del texto no resulta fácil deducir de manera indubitada si tal expresión se refiere al plazo de los siete años contados desde la fecha de la inscripción de la afección o al plazo de dos años contados desde la constancia registral de la elevación a definitiva de la cuenta de liquidación.

En efecto, atendiendo a la literalidad del precepto, la referencia a «este plazo» debería entenderse aplicable al citado inmediatamente antes, es decir, al «plazo de siete años».

Sin embargo, desde el punto de vista sistemático, puede observarse que el nuevo apartado 6 contiene dos párrafos: el primero contempla la regla general del «plazo de caducidad de siete años contados desde su fecha», mientras que el segundo recoge la regla especial consistente en que «dicha caducidad tendrá lugar por el transcurso de dos años, a contar desde la fecha de la constatación en el Registro de la Propiedad del saldo definitivo». Por lo tanto, si la posibilidad de la prórroga de «dicho plazo» se recoge en el párrafo segundo cabría entender que se refiere al plazo de dos años que constituye la regla especial pues de otro modo se habría llevado al párrafo primero. No debe perderse de vista que la cuenta de liquidación definitiva es susceptible de rectificación o alteración ulterior como consecuencia de resoluciones judiciales o administrativas[2].

De este modo, la redacción de la norma exige un esfuerzo interpretativo no deseable, al arrojar la aplicación del elemento literal y del sistemático resultados dispares, generando una situación de incertidumbre que se agrava si se tiene

en cuenta que el elemento lógico y el teleológico parecen apuntar a una tercera posible solución: como se ha visto, la finalidad de la modificación es, según la exposición de motivos, la de establecer «un plazo de caducidad acorde con la realidad de los plazos necesarios para finalizar las obras de urbanización», finalidad que a nuestro juicio no se cumpliría completamente si sólo se considerara prorrogable uno de los dos plazos previstos en el precepto. Por ello, la posibilidad de prórroga podría considerarse extensible a la vigencia de la afección en sí, con independencia de si hubiera empezado a correr o no el plazo de dos años, por lo que en realidad resultaría aplicable a los dos plazos previstos en la norma. Esta posible interpretación chocaría, nuevamente, con la literalidad del precepto, que se refiere a «dicho plazo» en singular.

Lo que resulta indudable, por todo lo anterior, es que la redacción de la norma podría ser mejorada para evitar dudas o disquisiciones innecesarias.

Con independencia de lo expuesto, la modificación legal ha desaprovechado la oportunidad de aclarar otros problemas interpretativos de gran relevancia que surgen de la regulación de la afección real y que dificultan en la práctica su aplicación pacífica. A todo ello nos referimos en los apartados que siguen.

5. La difícil conciliación entre la afección real urbanística y el principio de subrogación legal

A nuestro juicio, el legislador estatal debería aprovechar la futura modificación del texto refundido para zanjar de una vez la profunda y dilatada discrepancia que tiene enfrentadas, de un lado, a la Dirección General y, de otro, a las salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo a la hora de conciliar la regulación de la afección real urbanística y el principio de subrogación legal. En efecto, de forma paralela a la afección, el texto refundido regula el enunciado principio en su artículo 27, cuyo apartado 1 dispone actualmente que «La transmisión de fincas no modifica la situación del titular respecto de los deberes del propietario conforme a esta ley y los establecidos por la legislación de la ordenación territorial y urbanística aplicable o exigibles por los actos de ejecución de la misma. El nuevo titular queda subrogado en los derechos y deberes del anterior propietario, así como en las obligaciones por éste asumidas frente a la Administración competente y que hayan sido objeto de inscripción registral, siempre que tales obligaciones se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real». Entre los deberes urbanísticos se encuentra, naturalmente, el de costear las obras de urbanización a que se refiere el artículo 18.1.c) del texto refundido, que en los expedientes de

equidistribución es precisamente el que está llamado a garantizar registralmente la afección real que se hace recaer sobre las fincas de resultado.

Es a la hora de aplicar de forma combinada la regulación de la afección y de la subrogación legal cuando surge el problema de determinar el alcance de esta última en relación con los sucesivos adquirentes de los bienes sobre los que recae el deber legal de costear la urbanización y con la afección registral que garantiza su cumplimiento. Ante esta cuestión, la jurisdicción contencioso-administrativa sostiene que el citado deber legal se transmite de un propietario a otro con independencia de si la afección real de la finca se encuentra o no inscrita y vigente, mientras que para el Centro Directivo los terceros adquirentes de fincas resultantes de la equidistribución que no hayan intervenido en el correspondiente expediente y que no se hayan subrogado voluntariamente en las cargas pendientes de urbanización sólo resultarán vinculados si la afección real figura inscrita y no ha caducado[3].

En suma, se trata de la pugna entre dos principios de distinta naturaleza en su aplicación al supuesto de transmisión de una finca sujeta a un proceso de transformación urbanística: el principio urbanístico de subrogación legal y el principio hipotecario de fe pública registral. Si la afección real está vigente cuando se produce dicha transmisión, no se produce colisión alguna entre ambos principios. En cambio, si la afección no se ha inscrito o ha caducado, se plantea la duda de cuál de aquellos principios debe prevalecer sobre el otro y es aquí donde se separan los caminos seguidos por la jurisdicción contencioso-administrativa, que confiere preferencia al primero de ellos[4], y el de la Dirección General, que atiende al régimen de protección del tercero hipotecario[5].

La disparidad de criterios apuntada ocasiona una gravísima inseguridad jurídica que podría haberse salvado mediante la modificación del texto refundido, en virtud de la competencia estatal vigente en esta materia, no sólo por tratarse de una materia que afecta al régimen aplicable a los asientos registrales sino también por referirse al contenido y contorno del derecho de propiedad. En este sentido, el fundamento 28 f) de la Sentencia del Tribunal Constitucional número 61/1997 reconoce que «el Estado puede, desde luego, en virtud de su título competencial 149.1.8.º CE, regular los efectos civiles (transmisión, subrogación y afectación real) que se anudan a los proyectos de reparcelación» (citada por STC 141/214, de 11 de septiembre). Por su parte, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de enero de 2018 señala que «la regulación de la inscripción de los actos de naturaleza urbanística y por tanto la de los plazos de duración de los asientos registrales, así como la posibilidad o no de su prórroga, es competencia exclusiva del Estado en base al artículo 149.1.8.ª de la Constitución Española».

6. Posibilidades de concentración y sustitución de la afección real urbanística

El Proyecto de Ley de modificación del texto refundido también deja pasar la oportunidad de regular con rango legal una materia que tiene un reflejo parcial en el Real Decreto 1093/1997 y de completarlo para salvar las dificultades que se plantean en la práctica cada vez con mayor frecuencia en los procesos de equidistribución: nos referimos a la posibilidad de concentración y sustitución de la afección real urbanística.

El artículo 19.3 del citado Real Decreto establece que «No será necesaria la constancia registral de la afección cuando del proyecto de equidistribución resulte que la obra de urbanización ha sido realizada y pagada o que la obligación de urbanizar se ha asegurado mediante otro tipo de garantías admitidas por la legislación urbanística aplicable».

En algunas comunidades autónomas se regula de forma expresa la sustitución de la afección real por otras garantías y su posible concentración[6]. Entre ellas cabe citar los artículos 161, 163 y 164 del Decreto 550/2022, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía, el artículo 193.c del Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Asturias, el artículo 155 del Decreto 143/2021, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de ordenación territorial y urbanística sostenible de Extremadura, el artículo 159 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo de Cataluña y el artículo 146 del Reglamento General de la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de Urbanismo de las Illes Balears, para la isla de Mallorca.

Consideramos que en virtud de los títulos competenciales antes aludidos resulta posible su regulación por parte del legislador estatal desde el punto de vista registral en términos genéricos y sin perjuicio de las cautelas y requisitos que pudieran establecerse por la normativa autonómica dentro de sus propias competencias urbanísticas.

En otra ocasión nos pronunciamos sobre las posibilidades de sustitución y concentración de la afección[7] a pesar de no estar expresamente prevista en algunas leyes autonómicas, así como sobre las limitaciones y condicionantes que, a nuestro juicio, deben cumplirse para hacerla efectiva, por lo que nos remitimos a lo dicho entonces.

7. Posibilidades de cancelación parcial de la afección real urbanística

El apartado 2 del artículo 20 del Real Decreto, antes transcrito, prevé la posible cancelación de la afección real con anterioridad a la expiración de los

plazos de caducidad previstos en el apartado 1 cuando se cumplan los requisitos que establece.

Sin embargo, en la norma tan solo parece contemplarse la cancelación total de la afección, pero las concretas circunstancias de la ejecución del ámbito o unidad de actuación de que se trate podrían hacer necesario habilitar la posibilidad de su cancelación parcial en orden a garantizar la «viabilidad económica en términos de rentabilidad» de la ejecución urbanística a la que se refiere el artículo 22.5 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

Por tanto, cabría establecer de forma expresa la posibilidad de reducción paulatina de la carga en el Registro en determinadas condiciones, no sólo a la vista de la gran incidencia que la presencia de la afección puede tener sobre las oportunidades de comercialización de las fincas de resultado y su gravamen y, por consiguiente, sobre las posibilidades financiación de las obras de urbanización, sino también por la posible prolongación del plazo de vigencia de la afección en virtud del sistema de prórrogas sucesivas previsto en el propio Proyecto de Ley.

Las ventajas de la cancelación parcial de la afección podrían ponerse de manifiesto, por ejemplo, en los casos frecuentes de ejecución de la urbanización por fases o unidades funcionales, para los que la legislación estatal podría contemplar la reducción de la carga urbanística inscrita a medida que fueran ejecutándose las obras de las diferentes fases previstas. Así se establece en algunas normas autonómicas como el Decreto 550/2022, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía, cuyo artículo 164 establece en su apartado 1 que «Con posterioridad a la aprobación o ratificación del proyecto de reparcelación o proyecto de distribución de cargas, la Administración actuante podrá cancelar, a instancia de persona interesada, las cargas de urbanización a las que estuviesen sujetas una o varias parcelas resultantes que se localicen en una fase de urbanización que haya sido recepcionada por la Administración actuante conforme a lo dispuesto en la Ley y el Reglamento», añadiendo que «La referida cancelación se llevará a cabo previo pago de las cargas previstas en la cuenta de liquidación provisional (...). A tales efectos, se podrá aprobar, con motivo de la recepción de las obras de urbanización de la fase, una actualización del saldo de la cuenta de liquidación provisional previa audiencia de los interesados (...)».

No obstante, apartándonos del contenido del precepto autonómico transcrito, consideramos que en este supuesto el régimen de cancelación parcial o reducción de las cargas de urbanización no debería limitarse a las fincas resultantes de la fase o unidad funcional cuyas obras se hubieran terminado, sino que cabría su extensión a cualquiera de las fincas resultantes del ámbito o sector, con independencia de si se encuentra situada o no dentro de aquella fase o unidad funcional. Así cabe sostenerlo porque todas las fincas de resultado responden en general

de la totalidad de las cargas de urbanización del ámbito o sector y también, por tanto, de las correspondientes a todas sus fases con independencia de en cuál de estas se ubiquen, de modo que las cargas específicas de cada fase se comunican proporcionalmente entre todas las fincas del ámbito o sector sin distinción alguna. Por eso, al estar todas las fases representadas en el importe de la afección de cada una de las fincas de resultado del ámbito o sector es por lo que la reducción debería ser aplicable a todas ellas y no sólo a las existentes dentro de la fase o unidad funcional terminada.

Al margen de este supuesto de reducción de la carga urbanística por terminación de fases, cabría considerar la posibilidad de habilitar otros sistemas de cancelación parcial en determinados casos, como por ejemplo el de existir infraestructuras compartidas entre varios ámbitos o sectores y cuya ejecución corra a cargo de los mismos en la proporción que corresponda, de tal modo que pudiera distinguirse entre los gastos de urbanización propios de cada uno de dichos ámbitos al pago de los gastos de urbanización y la afección correspondiente a los gastos derivados de la ejecución de las infraestructuras comunes, así como la de obtener su cancelación en la medida que proceda en el momento en que se haya consumado la afección respecto de unos u otros gastos de urbanización. En este sentido, el artículo 133 del texto refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Navarra aprobado por el Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, establece que «en cada reparcelación, las parcelas resultantes quedarán gravadas con dos saldos, uno referente a las obras e infraestructuras comunes y otro a las obras de urbanización de la unidad, ambos saldos con la misma categoría jurídica». En correspondencia con ello, el artículo 153.1.c) de la misma Ley incluye entre los efectos del acuerdo de los proyectos de reparcelación el consistente en la «afectación real de las parcelas adjudicadas al cumplimiento de las cargas y pago de los gastos inherentes al sistema de actuación correspondiente, debiendo distinguirse entre la carga de urbanización por obras e infraestructuras comunes, en caso de su existencia, de las cargas de urbanización interiores a la unidad, concretándose en cada caso la cuantía de responsabilidad de cada parcela por ambos conceptos de forma individualizada».

8. Conclusiones

I. La propuesta de modificación del artículo 68 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana resulta plausible por tratar de superar una deficiencia propia del régimen anterior que ha sido denunciada de forma reiterada por la doctrina y por la Dirección General,

consistente en la insuficiencia del plazo de caducidad previsto en el Real Decreto 1093/1997, plazo que ahora se trata de ampliar.

II. Sin embargo, la redacción proyectada arroja problemas interpretativos de gran calado que dificultan su aplicación.

III. Por otro lado, la propuesta legislativa no realiza una completa regulación de la afección real urbanística, cuestión que, a nuestro juicio, debería abordarse para resolver los graves problemas que surgen en la práctica urbanística con frecuencia, entre los que destaca el de conciliar el régimen de la afección con el principio de subrogación legal en los deberes urbanísticos en relación con el principio de fe pública registral cuando la afección no consta registralmente o ha caducado, cuestión ante la cual la jurisdicción contencioso-administrativa y la Dirección General adoptan posiciones radicalmente contrapuestas, lo que constituye una indeseable y persistente anomalía que debería subsanarse mediante una norma imperativa de ámbito estatal.

NOTAS

[1] Por ejemplo, en la Resolución de 31 de enero de 2014.

[2] Así lo prevé expresamente, por ejemplo, el artículo 163 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo de Cataluña.

[3] Esta cuestión se analiza en profundidad en *El desencuentro entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la Dirección General en torno a la subrogación legal urbanística y a la afección al pago de los gastos de urbanización*, RCDI núm. 770, 2018, págs. 3445-3462.

[4] Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2005 (RJ 2005, 6756), 29 de enero de 1996 (RJ 1996, 222), 7 de octubre de 1980 (RJ 1980, 5116), 28 de noviembre de 1984 (RJ 1984, 5984), 2 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 8312), 18 de enero de 1996 (RJ 1996, 29), 29 de enero de 1996 (RJ 1996, 222), 16 de julio de 1996 (RJ 1996, 6191), 7 de julio de 2000 (RJ 2000, 6964) y 30 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 4285); Sentencia número 42/2018, de 9 febrero, de la Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Burgos (JUR 2018, 97148); Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) de 31 de enero de 2002 (RJCA 2002, 385), entre otras muchas.

[5] Por ejemplo, Resoluciones de 31 de enero de 2014, 26 de mayo de 2.014, 13 de junio de 2014, 25 de julio de 2.014, 2 de junio de 2016, 21 de junio de 2017 y 10 de enero de 2018.

[6] Entre ellas cabe citar los artículos 161, 163 y 164 del Decreto 550/2022, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía, el artículo 193.c del Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Asturias, el artículo 155 del Decreto 143/2021, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de ordenación territorial y urbanística sostenible de Extremadura, el artículo 159 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo de Cataluña y el artículo 146 del Reglamento General de la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de Urbanismo de las Illes Balears, para la isla de Mallorca.

[7] *Posibilidades de concentración de la afección real urbanística reparcelatoria y de su sustitución por otras garantías*, RCDI núm. 801, 2024, págs. 577-598.

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo, *"Comunidad hereditaria y Registro de la Propiedad",* Aranzadi, Madrid 2024, 194 páginas.

por

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO
Registrador de la propiedad adscrito a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.
Presidente de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

Juan Pablo Murga Fernández es Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad de Sevilla. Doctor en Derecho por las Universidades de Bolonia y Sevilla, con tesis premiadas con el Premio Extraordinario de Doctorado de la Universidad de Sevilla y Premio Sancho Rebullida a la mejor tesis de Derecho Civil. Cuenta con una amplia experiencia internacional, con estancias y docencia como profesor visitante en diversas Universidades extranjeras: Universidad de Bolonia, Universidad de Oxford, Universidad de Manchester (Simon Visiting Professor), Universidad de Padova, Leopold-Franzens-Universität Innsbruck y Universidad Internacional de Florida.

Sus principales líneas de investigación tienen por objeto el estudio de los derechos reales, aspectos sustantivos de la ejecución forzosa, Derecho de sucesiones, Derecho de obligaciones y contratos, Derecho privado comparado, así como la protección de datos y Derecho digital.

Es autor de diversas monografías, artículos y capítulos de libro publicados en editoriales y revistas jurídicas nacionales e internacionales de máximo impacto (Aranzadi, Tirant lo Blanch, Cedam, La Ley, Reus, Anuario de Derecho Civil, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Revista de Derecho Privado, European Review of Private Law, Rivista di Diritto Civile, Zeitschrift für europäisches Privatrecht, Edinbugh Law Review).

Ha participado como ponente invitado en distintos congresos, seminarios y jornadas nacionales e internacionales de distintas Universidades y foros de primer nivel: Instituto Max Planck de Hamburgo, Universidad de Oxford, Universidad de Heidelberg, Universidad de Edimburgo, Universidad de Roma Tor Vergata, Universidad de Bolonia, Universidad Suor Orsola Benincasa de Nápoles. Ha sido IP del importante Proyecto de Investigación H2020 «Training Activities to Implement the Data Protection Reform», financiado por la Comisión Europea; e investigador de un total de un total de 15 proyectos y contratos de investigación nacionales y europeos. Actualmente es IP del Proyecto de Investigación «Sujetos e Instrumentos del Tráfico Privado VIII: Reforma del Derecho de sucesiones (PID2020-118111GB-I00)», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, Agencia Estatal de Investigación. Es Visiting Research Fellow del Institute of European and Comparative Law de Oxford desde el año 2016. Ha sido Director y docente del Curso de Experto «Delegado de Protección de Datos» de la Universidad de Sevilla.

Nos instruye ahora con una obra de gran interés para los civilistas y en particular para notarios y registradores de la propiedad, como es su monografía, editada por Civitas, sobre la "Comunidad hereditaria y el Registro de la propiedad".

La obra tiene por objeto el estudio de la compleja comunidad hereditaria y su conexión con el Registro de la Propiedad. Como es sabido, cuando existe más de un llamado a una parte alícuota de la herencia, tras su adquisición (y hasta la partición) surge una situación de cotitularidad donde el caudal hereditario permanece indiviso y que recibe la denominación de comunidad hereditaria.

A pesar de su importancia (acreditada, además, desde un punto de vista práctico, pues un enorme porcentaje de las sucesiones dan lugar a estas situaciones de comunidad), el Código Civil no dedica una regulación específica y sistemática a la figura. Existen importantes disposiciones que de forma fragmentaria establecen reglas particulares aplicables a la comunidad hereditaria, de manera que la determinación de su régimen jurídico exige un complejo ejercicio de interpretación sistemática y de integración de vacíos. A estos efectos, el autor toma en consideración las bases del sistema sucesorio, la regulación del proindiviso ordinario, así como la legislación hipotecaria (en la que se recogen ciertos elementos definitorios de la comunidad hereditaria que responden al desarrollo doctrinal experimentado por la materia, señaladamente tras la reforma hipotecaria de 1944-1946). Sólo así pueden delimitarse los rasgos esenciales de la comunidad hereditaria y la determinación de su concreto régimen jurídico, a la sazón, objetivo esencial de la obra, en su conexión con el Registro de la Propiedad.

La obra consta de cuatro grandes capítulos:

El primero, se ocupa de los elementos constitutivos de la comunidad hereditaria: su objeto y los sujetos. El objeto de la comunidad es de los aspectos que dota de una mayor singularidad a esta compleja figura y a los derechos singulares que ostentan los copartícipes (el denominado "derecho hereditario *in abstracto*"). En cuanto a los copartícipes de la comunidad, más allá de los coherederos, existe otro conjunto de sujetos que también integran la comunidad, con las importantes consecuencias prácticas que se derivan de ello en diversos ámbitos.

El segundo capítulo plantea la controvertida cuestión de la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria, sobre la que existe una legión de pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales. La discusión es amplia y está justificada ante la inexistencia de una regulación detallada acerca de la comunidad hereditaria. En este sentido, suele ser tradicional que el debate gire en torno a los dos grandes modelos (más teóricos que reales, al menos en lo que respecta a la comunidad germánica) existentes sobre las situaciones de comunidad: el romano y el germánico. El autor cuestiona el sentido que tiene plantear la discusión sobre estos mimbres y las consecuencias reales que pueden extraerse al respecto. Se lleva a cabo una breve incursión en este contexto en un sistema extranjero que suele ponerse como máximo exponente de la comunidad de tipo germánico, el alemán, para tratar de superar ciertos equívocos.

El tercer capítulo, sin perder la conexión con la discusión anterior acerca de la naturaleza de la comunidad hereditaria, centra su atención en la piedra angular de la presente obra: la delimitación de los rasgos definitorios de la figura en Derecho civil común. Para ello, se analizan las bases normativas con las que contamos

en el Código Civil y la legislación hipotecaria, así como el extraordinario desarrollo doctrinal y jurisprudencial existente.

Se destacan en la monografía las características principales de la comunidad hereditaria para lo cual se analizan, entre otras, dos cuestiones de enorme relevancia práctica (y dogmática) que inciden plenamente en el complejo objeto de la comunidad: las deudas de la herencia y el derecho hereditario en abstracto (naturaleza y su posible disposición). El análisis de esta materia finaliza con unas conclusiones concretas determinantes del régimen jurídico aplicable.

Por último, la obra finaliza con un análisis de las particularidades, sustantivas y procedimentales, que plantea la constancia registral del derecho hereditario en abstracto.

Las principales conclusiones alcanzadas en la obra denotan la importancia de esta monografía.

La comunidad hereditaria carece de una regulación específica, detallada y sistemática en el articulado del Código Civil. Su régimen jurídico debe construirse mediante un complejo ejercicio de interpretación sistemática e integración de vacíos. Las bases normativas se contienen en el Código (en sede de la partición y en otros preceptos aislados entre los que cabe destacar el artículo 406 CC que en materia de división del proindiviso ordinario remite a las reglas sobre división de la herencia) y en la legislación hipotecaria (en relación con la anotación preventiva del derecho hereditario *in abstracto*); también en los preceptos concordantes de la LEC.

Los sujetos de la comunidad hereditaria serán todos aquellos que tengan un derecho a una parte alícuota no concretada (total o parcial) del caudal hereditario. Señaladamente: los coherederos, los legatarios de parte alícuota, los legitimarios -con carácter general- (con independencia de que se acoja la tesis sobre la *pars hereditatis* o la *pars bonorum* acerca de la naturaleza de la legítima; también el cónyuge viudo), así como los eventuales cesionarios del derecho hereditario en abstracto.

El objeto de la comunidad hereditaria constituye, sin duda, una de sus singularidades más destacadas. Está compuesto por una universalidad consistente en el patrimonio hereditario, integrado por derechos y también por deudas. Al margen de que estos elementos deban regirse, en cada caso, por reglas específicas que pueden variar las unas de las otras, no dejan de conformar el objeto de la comunidad (al igual que sucede, por otra parte, con cualquier patrimonio de una persona durante su vida). De hecho, esta particularidad es la única que traza una diferencia clara entre la cuota del comunero en un proindiviso ordinario y el derecho hereditario en abstracto del copartícipe de la comunidad hereditaria.

La naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria, uno de los aspectos más discutidos a nivel doctrinal y jurisprudencial, debe ajustarse a juicio MURGA FERNÁNDEZ a los datos normativos existentes y huir de la necesidad de amoldar el análisis a las categorías de comunidad romana y germánica de forma apriorística.

Concretamente, el autor destaca que la denominada "comunidad germánica" constituye un modelo teórico que no ha llegado a constituir un instituto real operante en ningún momento, tal y como demuestra el Derecho alemán vigente, cuya comunidad hereditaria se configura normativamente en términos muy similares a como se hace en España (alejados de las características básicas de la

manida "comunidad germánica"). De ahí que a su juicio deban rechazarse los pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales en los que de forma puramente "accesoria" y estéril se califica a la comunidad hereditaria como un prototipo de comunidad germánica: no sirven para resolver ningún problema concreto y solo generan confusión.

La determinación de los rasgos definitorios de la comunidad hereditaria debe partir, así, de las bases normativas disgregadas en el articulado del Código (preceptos concordantes de la LEC) y la legislación hipotecaria.

Por lo que respecta al Código Civil, se destacan en la obra las referencias aisladas contenidas en los 1000.1º y 1531, 1533 y 1534 CC sobre venta de la herencia, así como algunos preceptos incluidos en las distintas secciones destinadas a la regulación (esta sí detallada) en materia de colación, partición y pago de las deudas hereditarias: Secciones 2ª, 3ª, 4ª y 5ª del Capítulo VI, del Libro IV, comprensivas de los artículos 1051 a 1087 (y los preceptos concordantes de la LEC en sede de división e intervención judicial de la herencia, artículos 782 y ss.).

A la inexistencia de una regulación detallada de la comunidad hereditaria debe darse un sentido específico, como demuestra la doctrina coetánea a la redacción del Código: es evidente que se plantea como un supuesto más de comunidad o proindiviso ordinario, sujeto a las particularidades (no pocas, cierto es) que impone el mismo fenómeno sucesorio, esencialmente el peculiar objeto sobre el que recae.

Son cuatro los rasgos más destacables de la configuración vigente de la comunidad hereditaria según MURGA FERNÁNDEZ:

Es una situación de cotitularidad integrada por un conjunto de sujetos llamados a una parte alícuota e indeterminada de la herencia.

El objeto de la comunidad viene determinado por el patrimonio hereditario en su conjunto, incluyendo bienes y también deudas. Además, durante la situación de indivisión el patrimonio goza de autonomía como se evidencia en el régimen aplicable a las deudas hereditarias y el principio de subrogación real imperante.

Cada copartícipe ostenta un derecho sobre la herencia que no se concreta sobre bienes específicos de la herencia. Puede además disponerse libremente de dicho derecho.

La situación de comunidad hereditaria es de naturaleza transitoria y se le puede poner fin a instancia de cualquiera de los coherederos mediante la oportuna partición de la herencia.

El rasgo más singular, a juicio del autor, es el objeto de la comunidad hereditaria. Es aquí donde puede constatarse la diferencia más reseñable frente al proindiviso ordinario en que la cotitularidad versa sobre un bien o derecho concreto. Los copartícipes son titulares de un derecho en abstracto sobre el conjunto del patrimonio hereditario, que se materializa sobre los derechos que se adjudiquen en la partición. Ahora bien, en ambos casos el derecho del comunero (en comunidad hereditaria y proindiviso ordinario) carece de un contenido que se concrete sobre una realidad física; la abstracción o indeterminación es exactamente la misma desde esta perspectiva. Igualmente, se trata de derechos en todo caso disponibles: susceptibles de transmisión y gravamen. De ahí los claros paralelismos con la comunidad romana ordinaria regulada en los artículos 392 y ss., y quizá la justi-

ficación de la inteligencia que subyace en el Código Civil (ausencia de regulación autónoma de la comunidad hereditaria).

El derecho hereditario en abstracto entiende el autor que cabe caracterizarse como un verdadero derecho real, de naturaleza incorporal. Así parece desprenderse del paralelismo que puede trazarse con la cuota del comunero del proindiviso ordinario, de la ubicación sistemática de la venta de la herencia (Capítulo VII, del Título II, del Libro IV, sobre "la transmisión de créditos y *demás derechos incorporales*") y la legislación hipotecaria. Su transmisión deberá ajustarse a las exigencias del sistema transmisivo por título y modo, con las modalidades traditorias admisibles para este tipo de derechos (tradición instrumental, *ex* artículo 1280.4º CC, 1464 -con remisión al artículo 1462.2º CC- y restantes requisitos de validez contemplados en el propio artículo 1464 CC). Existe un interesante ejemplo a nivel comparado proporcionado por el CC chileno, donde el derecho a la herencia se califica como "derecho real" (cfr. artículo 577 del referido texto legal).

El derecho hereditario en abstracto puede ser objeto de transmisión, sin que ello suponga ceder la cualidad personal de heredero. La máxima *"semel heres, semper heres"*, no obstante, no debe condicionar la respuesta que se ofrezca a la consecuencia que la transmisión del derecho hereditario en abstracto provoque en relación con las deudas de la herencia. En todos los casos en que el heredero cedente esté sujeto a un régimen de responsabilidad limitada, las deudas hereditarias sí serán objeto de transmisión, sin necesidad de contar con el consentimiento del acreedor de la herencia (en nada perjudicado por la cesión en estas circunstancias). También puede gravarse (y embargarse) el derecho hereditario en abstracto, a excepción de: la hipoteca, dado el valor constitutivo de su inscripción *ex* artículos 106 y 145 LH; y los censos o servidumbres, que han de recaer sobre fincas concretas.

Con la comunidad hereditaria según MURGA FERNÁNDEZ se produce una separación del patrimonio hereditario que gozará de autonomía durante el régimen de indivisión. La separación de patrimonios que será siempre al menos relativa en favor de los acreedores de la herencia pasa a ser plena en la situación de comunidad hereditaria. En este tiempo se aplicará un principio de subrogación real y unas reglas específicas sobre el uso, administración y disposición del caudal hereditario. El régimen de responsabilidad aplicable antes de la partición no se define en el Código y ha provocado una intensa discusión doctrinal que no recibe una respuesta unánime. No se trata de reducir las cosas a la opción entre un régimen de responsabilidad solidario o mancomunado, sino distinguir los distintos escenarios que pueden plantearse y conjugarlos con las normas procesales aplicables. Si lo que pretenden los acreedores es ejecutar contra los bienes de la herencia, durante la situación de indivisión deberán dirigirse necesariamente contra la comunidad hereditaria, lo cual obliga a actuar conjuntamente contra todos los coherederos (salvo que exista un representante a estos efectos). Cabe también reclamar la totalidad de la deuda (antes de la partición) al heredero que haya incurrido ya en responsabilidad ilimitada, pues carece de un beneficio de excusión declarado legalmente que obligue a agotar las posibilidades frente al patrimonio hereditario. También cabría que el heredero promoviera la división judicial de la herencia y solicitar la acumulación a este procedimiento universal del procedimiento singular entablado contra él por el acreedor (cfr. artículo 98.1.2º LEC). La

cuestión, en último término, tampoco presenta una importancia práctica extrema, pues tarde o temprano, como indica LACRUZ, el heredero con responsabilidad ilimitada va a tener que responder de la satisfacción total del crédito que lleve a cabo el acreedor del caudal de turno.

El concurso de la herencia se regula de forma escueta y confusa en la legislación concursal. No tiene sentido según el autor supeditar la solicitud del concurso a la aceptación de la herencia a beneficio de inventario (artículo 567 TRLC). Hay datos históricos y comparados que así lo apoyan: cfr. el antiguo artículo 1053 LEC 1881 donde se admitía la declaración de concurso o quiebra de las testamentarías al margen del régimen de responsabilidad de los herederos; o el § 317 (1) de la Ley Concursal alemana, en la que también se reconoce la posibilidad de instar el concurso de la herencia, sea cual sea el tipo de responsabilidad asumido por los herederos. No debe deducirse una confusión plena entre la herencia y el patrimonio personal del heredero de la imposibilidad de declarar el concurso de la herencia en caso de aceptación pura y simple. En este caso lo que varía son las masas patrimoniales afectas a la responsabilidad frente a las deudas de la herencia: al caudal hereditario, se añade el patrimonio del heredero, por lo que no tendría sentido circunscribir la masa del concurso a los bienes de la herencia. Se trataría de un concurso conjunto de varias masas patrimoniales a ciertos efectos confundidas (en perjuicio de los herederos) y a otros efectos separadas (en favor de los acreedores de la herencia). Es la solución que cabría deducirse del vigente artículo 39 *in fine* y el artículo 571 del TRLC.

MURGA FERNÁNDEZ considera que debe reflexionarse en mayor medida sobre el concurso de la herencia durante la situación de comunidad hereditaria. Si se afirma sin mayor discusión que cabe el concurso de la herencia yacente, ¿acaso no tendría sentido por la misma razón defender el concurso del caudal hereditario en manos de la comunidad hereditaria? Ciertamente, durante la situación de herencia yacente, no existe aún ningún heredero con un régimen de responsabilidad definido frente a las deudas de la herencia. Aunque ello no obsta, al carácter autónomo que uno y otro caso presenta la masa patrimonial hereditaria, que es en este caso lo verdaderamente relevante. No me parece descabellado defender el posible concurso de la herencia, prescindiendo del régimen de responsabilidad asumido por cada coheredero (y por tanto, pudiendo superar el aparente obstáculo presentado por el artículo 467 TRLC), antes de la partición. Con ello, se garantizaría la posibilidad de determinar el presupuesto objetivo del concurso atendiendo exclusivamente al caudal hereditario, con una liquidación ajustada al régimen concursal del sistema sucesorio. Téngase presente, además, que cabe demandar directamente a la comunidad hereditaria si se pretende ejecutar contra ella, tal y como se desprende del artículo 782.3 LEC.

El derecho hereditario en abstracto, en el caso de una herencia con bienes inmuebles, puede acceder al Registro de la Propiedad mediante el asiento de anotación preventiva. Es un mecanismo escasamente empleado en la práctica, que sí ofrece ciertas claves explicativas de la propia naturaleza del derecho hereditario en abstracto y de la comunidad hereditaria en su conjunto. Antes de la reforma hipotecaria de 1944-1946 el derecho hereditario en abstracto accedía al Registro de la Propiedad mediante inscripción (cfr. el antiguo el artículo 71 del Reglamento Hipotecario de 1915). El cambio por la anotación preventiva se justifica por el

carácter transitorio e indeterminación de su contenido (así se indica en la Exposición de Motivos de la Ley de reforma hipotecaria de 1944). Cabe destacar que pueden solicitarla, no solo los sujetos integrantes de la comunidad hereditaria, sino también todos aquellos que acrediten un interés legítimo en el derecho que se trate de anotar (artículo 46.1º LH, esencialmente, en este último sentido, legatarios de todo tipo -no solo de parte alícuota- y acreedores de la herencia y particulares del heredero). Al tratarse de una anotación preventiva, no son predicables de la misma la eficacia material plena de la publicidad registral que gira en torno al asiento de inscripción.

En definitiva, esta nueva monografía del profesor MURGA FERNÁNDEZ puede considerarse muy original desde el punto de vista teórico, en especial en relación a la superación de la clásica concepción germánica sobre la comunidad hereditaria, que ha influido incluso en la doctrina de la Dirección General de Seguridad jurídica y Fe pública. Pero además de gran interés práctico, al analizar los aspectos fundamentales de la relación de la comunidad hereditaria en relación al Registro de la propiedad.

Por eso esta revista, especializada en temas civiles y registrales, no podía menos que reseñar y destacar la obra de este joven profesor titular de universidad, ya jurista consagrado, cuyo gran futuro en la Universidad es fácil de vislumbrar.

ZUMAQUERO GIL, LAURA, *Efectos de la compensación de deudas*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 318 páginas.

por

BEGOÑA GONZÁLEZ ACEBES

Profesora Contratado Doctor. Universidad de Valladolid

La monografía que tengo el gusto de reseñar trata uno de los temas más relevantes, a la vez que complejo, de nuestro Derecho de obligaciones. Sin duda, la compensación de deudas es uno de los mecanismos de liberación del deudor más utilizado después del pago o cumplimiento en atención a su utilidad en el tráfico, pues evita desplazamientos patrimoniales innecesarios entre dos sujetos que son a la vez acreedores y deudores el uno del otro, cumpliendo además una clara función de garantía, al evitar que quien paga primero su deuda tenga que soportar la insolvencia del que debe pagar después.

La monografía descansa sobre dos pilares básicos: los efectos de la compensación entre acreedores y deudores, y los efectos que la operatividad de la compensación produce respecto de terceros ajenos a la relación obligatoria. Antes de abordar ambos temas, la autora dedica algunas páginas al concepto, fundamento y naturaleza jurídica de la compensación, para pasar a continuación a analizar la regulación relativa a sus presupuestos, señalando algunas deficiencias que la misma presenta y a las que trata de aportar soluciones, además de realizar algunas propuestas legislativas de cara a una futura reforma.

Al capítulo segundo, relativo a los efectos de la compensación entre acreedores y deudores recíprocos, la autora dedica 61 páginas. En él, tras referirse al efecto principal de la compensación, que no es otro que la extinción de las deudas en la cantidad concurrente, la autora hace mención a otros efectos adicionales que pueden derivarse de este mecanismo extintivo. De enorme interés nos parece la parte relativa al estudio del modelo de compensación que rige en nuestro Derecho. La profesora Zumaquero, a partir de argumentos muy razonados, llega a la conclusión de que la compensación tiene un efecto automático y ello con independencia de que, en el proceso civil, debido a los principios por los que se rige, deba ser alegada por la persona que pretende beneficiarse de ella. Por otra parte, admite las debilidades del modelo y propone el cambio hacia un modelo de compensación por declaración sin efectos retroactivos. Argumentos como la seguridad jurídica o la necesidad de clarificar cuando dejan de producirse los efectos del incumplimiento parecen avalar esta tesis.

El tercer y último capítulo del libro, el cual consta de 145 páginas, versa sobre los efectos de la compensación respecto de terceros. Este capítulo se estructura en dos partes claramente diferenciadas, dependiendo de que el caso analizado haya sido o no regulado por el legislador. Entre los casos regulados, la autora se refiere a la compensación de deudas en la fianza, a la que hace mención el art. 1197 CC, y respecto de la cual analiza si el fiador puede o no oponer la compensación al acreedor respecto de deudas propias que tenga frente a él o respecto de lo que el acreedor debiere al deudor principal y si el propio deudor principal puede oponer al acreedor lo que este debiere al fiador. Seguidamente, se refiere a la compensación de deudas en las obligaciones solidarias (arts. 1143 y 1148 CC), analizando tanto los casos de solidaridad activa como pasiva, para pasar a continuación a

exponer la operatividad de la compensación en caso de cesión de créditos, regulada en el art. 1198 CC. De este último apartado destacaría el estudio que la autora realiza de un problema bastante recurrente en materia de préstamos hipotecarios como es la inclusión por parte de las entidades bancarias de cláusulas de renuncia por parte del prestatario a la comunicación de la cesión del crédito. Coincidimos con la profesora Zumaquero en que estas cláusulas son abusivas por contravenir el tenor literal del art. 82 del Texto Refundido de Consumidores y Usuarios, además de los arts. 86.4 y 86.7 del mismo Cuerpo Legal.

Junto a los tres supuestos de compensación que regula el Código Civil con relación a sus efectos respecto de terceros, la autora se refiere también a la prohibición de compensación en el concurso, aspecto este que se encuentra actualmente regulado en el art. 153 del Texto Refundido de la Ley Concursal de 2022 y cuyo contenido no difiere demasiado del que ya presentaba el antiguo art. 58 de la Ley Concursal de 2003.

La segunda parte de este capítulo aparece dedicada a otros supuestos de compensación no regulados por el legislador. Es el caso de la prenda y el usufructo de créditos, de cuyo estudio se concluye que la compensación no podrá tener lugar en contra de acreedor pignoraticio o usufructuario, salvo que los presupuestos de la compensación concurrieran con anterioridad a la constitución del derecho, en cuyo caso se habría constituido un derecho sobre un crédito extinto. El mismo razonamiento viene a ser utilizado con relación a las situaciones de embargo de créditos, pues la autora concluye que el embargo se habrá constituido válidamente y, por consiguiente, la compensación afectará al crédito embargado, siempre que las deudas a compensar no reunieran los presupuestos de la compensación con anterioridad al momento en que se produce la notificación del embargo. A continuación, la autora dedica la última parte de este capítulo a analizar el funcionamiento de la compensación en las relaciones triangulares. En este sentido, se refiere a aquellas situaciones en las que el tercero desea compensar libre y espontáneamente una deuda ajena, pero también a aquellos casos en los que el tercero que pretende compensar es garante real de la obligación. Posteriormente, realiza un tratamiento de la compensación en aquellas situaciones en las que se produce una modificación de la persona del deudor, para finalizar con un estudio de la operatividad de la compensación en el contrato en favor de tercero y en la cesión de contrato.

Resulta digno de mención el número de fuentes tanto doctrinales como jurisprudenciales que la autora utiliza a lo largo de la obra. Especialmente interesante resulta el estudio jurisprudencial que realiza, pues a través de él se pueden extraer muchos de los problemas que plantea la regulación actual de la compensación, permitiendo de este modo que la autora aporte soluciones a cada uno de ellos.

No nos queda más que felicitar a la Profesora Zumaquero por el trabajo realizado, cuya obra consideramos de enorme valía, pues clarifica muchas de las cuestiones relativas a la compensación sobre las que actualmente siguen existiendo dudas, además de realizar propuestas legislativas de gran calado y enorme interés de cara a una futura reforma de la figura.

NORMAS DE PUBLICACIÓN
REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

1. NORMAS FORMALES DE PRESENTACIÓN

Conforme a los criterios de calidad exigidos tanto por las normas del CINDOC (Centro de Información y Documentación Científica) como por las de otras importantes bases de datos del ISI (Institute for Scientific Information), y con el fin de conseguir su inclusión en el Journal Citation Reports (JCR), se establecen las siguientes normas de publicación de trabajos en la RCDI.

1.1. Autoría

Los trabajos que se presenten para publicar en RCDI no podrán incluir los datos de autoría dentro del texto de dicho trabajo, con el fin de que se pueda realizar el proceso de evaluación ciega, según el protocolo de la propia Revista. En la ficha de alta como usuario, que necesariamente debe cumplimentar cada colaborador, se recogerán los datos personales y académicos del autor, datos que serán los que aparecerán en el texto que finalmente se publique.

1.2. Encabezamiento

Al inicio de todos los trabajos deberán constar los siguientes datos:

- Título del trabajo, *en minúsculas*, que deberá reflejar fielmente el contenido de artículo, *en español y en inglés*.
- Resumen del artículo con un máximo de 250 palabras.
- Resumen del artículo en inglés *(abstract*).
- Palabras clave: de 5 a 10 palabras clave.
- Palabras clave en inglés (*key words*).

1.3. Extensión

- Los estudios tendrán una extensión entre 25 a 40 folios.
- Los dictámenes y notas, de 10 a 25 folios.
- Los estudios jurisprudenciales, de 10 a 20 folios.
- Las recensiones bibliográficas, de 2 a 4 folios.

1.4. Tipo de letra

- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, tamaño: 12 (salvo las Notas, cuyo tamaño será 10).
- Interlineado: Sencillo (*Sin negritas ni subrayados*).
- Alineación de los párrafos: justificado a derecha e izquierda.

1.5. Estructura del trabajo

Además del encabezado, todos deberán contener un Sumario al inicio, que seguirá las siguientes pautas:

- I. EN VERSALES
- II.1. En versalitas
- III.1.A. *En cursiva*
- IV.1.A.a) En redondo
- V.1.A.a) a') (si lo hubiera). En redondo

El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano.

I.- […]
II.- […]
III.- […]

Se añadirá al final del trabajo un ÍNDICE de las resoluciones citadas a lo largo del trabajo siempre en conexión con el tema. Dicha cita se hará con el esquema siguiente:

P. ej. STS de 22 de octubre de 2002. (*Sin puntos en las siglas*).

Por último, contará con un apartado de BIBLIOGRAFÍA, que recogerá las referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente, conforme a la forma expresada en el siguiente apartado.

2. NORMAS PARA LA ELABORACIÓN DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado y para las Notas al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas formato

APA (American Psychological Association), contenidas en el Manual de Estilo: *Publication Manual of the American Psychological Association,* disponibles en *www.apastyle.org*.

- Libro:
  APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título de la obra en cursiva. Lugar de publicación: Editorial.

  Ej.: GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2000). *Lecciones de Derecho Hipotecario.* Madrid: Marcial Pons.

- Capítulo de Libro:
  APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título del capítulo. En: Inicial del nombre y apellido/s (ed./dir./coord.). Título de Libro (en cursiva). Cuidad: Editorial (pp. Inicial y final).

  Ej.: DÍAZ FRAILE, J.M. (2017). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)* Vol. 7º (2015). Madrid: Dykinson, BOE, Colegio de Registradores de España (pp. 47-63).

- Artículo:
  APELLIDOS, Inicial del Nombre. Año (entre paréntesis). Título del artículo. Nombre de la Revista en cursiva, nº de la revista, páginas inicial y final.

  Ej.: GÓMEZ PÉREZ, A. (1969). Los alimentos debidos a la viuda encinta. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* núm. 2, 373-401.

- Documento electrónico:
  Además de lo indicado anteriormente según sea libro o artículo, debe indicarse [En línea], la dirección URL y la fecha de publicación o la de su más reciente actualización.

  Ej.: GÓMEZ POMAR, F. (2001). Carga de la prueba y responsabilidad objetiva. *InDret* [En línea], núm. 40, disponible en *http://www.indret.com/cas/artdet.php?Idioma=cas&IdArticulo=139*

Conviene recordar que la forma de citar en texto correspondiente a las normas APA varía respecto a la tradicional de forma que:

- Tratándose de referencias bibliográficas en texto, se introducen en el propio texto de la siguiente forma: (autor, año de publicación y página). La

cita completa se desarrolla conforme a las normas que se acaban de exponer en la bibliografía recogida al final del artículo, no al pie de página.

Ej.: La viuda encinta se hace merecedora de los alimentos (GÓMEZ PÉREZ, 1969, 373), por lo que sería conveniente…

- Tanto las citas con referencia bibliográfica como las Notas que sean aclaratorias o informativas, irán siempre al final del artículo, correlativamente enumeradas y no en la página en que corresponda insertar la cita.

3. OTRAS NORMAS DE ESTILO

3.1. Cita de normas jurídicas

La primera cita de una norma, en el texto, será completa. Por ejemplo:

Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV o Ley 15/2015).

Los términos «Constitución española», «Código civil», «Código de Comercio», «artículo», «párrafo», «número», «disposición», etc., se escribirán de forma completa en el texto, salvo que sea entre paréntesis o entre corchetes, en cuyo caso se puede emplear la abreviatura (CE, CC, CCo, art., pfo., núm., disp.).

3.2. Uso de la mayúscula

Es conveniente el empleo de minúsculas en las iniciales de cargos u oficios (registrador, notario, abogado…), órganos (tribunal, juzgado…), preceptos (artículo, decreto…), dejando el uso de la mayúscula inicial para los nombres de personas e instituciones (Audiencia Provincial, Juzgado de lo Mercantil, Registro de la Propiedad…) y para los títulos de las normas.

El Consejo Editorial y de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario rechazará los trabajos que no cumplan las normas de publicación que se indican.

Se informa que en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, los datos personales facilitados a Revista Crítica serán tratados de forma confidencial y quedarán incorporados a los respectivos ficheros de los que es responsable el Colegio de Registradores, con las finalidades que se detallan en el Registro General de Protección de Datos, no siendo utilizados para finalidades incompatibles con estas. Los datos recabados podrán ser cedidos en los casos previstos para cada fichero en dicho Registro. La Revista Crítica pone en conocimiento su política de privacidad, disponible en su página web. Le informamos que la Revista Crítica asegura el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en los términos establecidos en la legislación vigente, pudiendo utilizar para ello cualquiera de los canales de comunicación del Co- legio de Registradores, con domicilio en la calle Diego de León nº 21, 28006 Madrid, utilizando el servicio de Soporte LOPD (902181442 / 912701699), a través de la dirección de correo electrónico soporte.lopd@corpme.es.