

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO



Año XCVI •

Marzo-Abril

• Núm. 778

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 XCVI • Marzo-Abril 2020 • Núm. 778

REVISTA BIMESTRAL



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

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

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

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

Francisco Javier Gómez Gállico
Registrador de la Propiedad adscrito
a la DGRN

Comisión ejecutiva

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

Francisco Javier Gómez Gállico
Presidente de la Revista Crítica
de Derecho Inmobiliario

Juan Luis Gimeno Gómez Lafuente
Director del Servicio de Estudios del Colegio
de Registradores de la Propiedad y Mercanti-
les de España

Basilio Aguirre Fernández
Registrador de la Propiedad

Francisco Marín Castán
Presidente de la Sala 1ª del Tribunal Supremo

Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad

Secretario

Basilio Aguirre Fernández
Registrador de la Propiedad

Consejeros

Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

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

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

Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

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

Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Juan José Pretel Serrano
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Luis Fernández del Pozo
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Basilio Aguirre Fernández
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Andrés de la Oliva Santos
Catedrático Emérito de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid

Fernando de la Puente Alfaro
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Joaquín Delgado Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

María Paz García Rubio
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Santiago

Eugenio Gomeza Eleizalde
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Vicente Guilarte Gutiérrez
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

Guillermo Jiménez Sánchez
Catedrático Emérito de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

Francisco Marín Castán
Presidente de la Sala Primera del Tribunal
Supremo

Cristina Martínez Ruiz
Registradora de la Propiedad y Mercantil

Fernando Pantaleón Prieto
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

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

Juana Pulgar Ezquerro
Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid

Encarnación Roca Trías
Magistrada del Tribunal Constitucional

Ignacio Sancho Gargallo
Magistrado de la Sala Primera
del Tribunal Supremo

Ignacio Tirado Martí
Profesor de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Ángel Valero Fernández-Reyes
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Fátima Yáñez Vivero
Catedrática de Derecho Civil
UNED Madrid

Manuel Ballesteros Alonso
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Guadalupe Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos
Secretaría General del Consejo de Estado

Piedad García-Escudero Márquez
Catedrática de Derecho Constitucional
de la UCM y Letrada de las Cortes Ge-
nerales

Pilar Palazón Valentín
Registradora de la Propiedad y Mercantil

SUMARIO / SUMMARY

	<i>Págs.</i>
ESTUDIOS / STUDIES	
AZOFRA VEGAS, Fernando: «La condición resolutoria explícita: tratamiento registral y sustantivo» / <i>Registered condition subsequent: civil law and mortgage law aspects</i>	717
GONZÁLEZ VALVERDE, Antonio: «En torno a la transformación de la comunidad hereditaria en comunidad o comunidades ordinarias» / <i>The transformation of the community of heirs on the estate to co-ownership</i>	781
MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P. y GALLEGO FERNÁNDEZ, Luis A.: «Contratos automatizados, Cadenas de Bloques y Registros de la Propiedad» / <i>Automated Contracts, Blockchain and Real Estate Registries</i>	851
VIGIL FERNÁNDEZ, Carlos: «Contratos para la comunicación en redes sociales» / <i>Contracts for communication in social networks</i>	959
ESTUDIOS LEGISLATIVOS / LEGISLATIVE STUDIES	
FERRARI PUERTA, Alberto José: «Acoso escolar y responsabilidad civil extracontractual» / <i>Bullying and extracontractual civil liability</i>	1013

DICTÁMENES Y NOTAS / *LEGAL OPINIONS AND NOTES*

- NASARRE AZNAR, Sergio, SIMÓN MORENO, Héctor: «Los efectos de diez años de crisis en las comunidades de propietarios» / *The effects of ten years of crisis in condominiums* 1065

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

- Resumen de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, coordinado por Juan José JURADO JURADO... 1103

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / *JUDICIAL STUDIES*

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

- «Apunte jurisprudencial sobre la curatela en supuestos de incapacidad parcial» / *Jurisprudential point on the curatela in partial disability assumptions*, por Isabel DE LA IGLESIA MONJE 1141

1.2. Derecho de familia:

- «Daños en el derecho de familia: la ocultación de la paternidad no biológica del hijo» / *Damage to family law: concealment of the child's non biological paternity*, por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT..... 1154

1.3. Derechos reales:

- «Los derechos de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Rústicos» / *The pre-emptive and first refusal rights in the law on rural and agricultural leases*, por Francisco MILLÁN SALAS 1205

1.4. Sucesiones:

- «Validez y eficacia de arrendamiento de bien ganancial otorgado sin la intervención de los partícipes en la comunidad posganancial y hereditaria» / *Validity and effectiveness of lease of ganancial thing granted*

	<i>without the intervention of the participants in the post-ganancial and hereditary community</i> , por Ana M. ^a PÉREZ VALLEJO	1239
1.5.	Obligaciones y Contratos:	
	— «Responsabilidad por las cantidades anticipadas o entregadas a cuenta en la compraventa de viviendas en construcción» / <i>Responsibility for amounts advanced or delivered on account in the sale of homes under construction</i> , por Beatriz SÁENZ DE JUBERA HIGUERO.....	1265
1.6.	Responsabilidad civil:	
	— «Obligación de indemnizar y acción directa frente al asegurador P&I» / <i>Obligation of payment and direct action against the P&I insurer</i> , por Eliseo SIERRA NOGUERO	1294
1.7.	Concursal:	
	— «Ejecución hipotecaria y arrendamiento de vivienda tras los Reales Decretos-Leyes 21/2018 y 7/2019» / <i>Foreclosure and lease of housing after the Royal Decrees - Laws 21/2018 and 7/2019</i> , por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS.....	1319
2.	MERCANTIL:	
	— «Asistencia financiera y ampliaciones de capital» / <i>Financial assistances and share capital increases</i> , por Francisco REDONDO TRIGO	1346
3.	URBANISMO: coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.	
	— «El control urbanístico de los complejos inmobiliarios, la propiedad horizontal tumbada y la propiedad horizontal ordinaria (1 de 2)» / <i>The administrative control of the building complex, the lying down horizontal property and the regular horizontal property (1 of 2)</i> , por Eugenio-Pacelli LANZAS MARTÍN	1369

4. DERECHO BANCARIO

- «Integración y sustitución de cláusulas nulas por abusivas en contratos bancarios» / *Integration and replacement of null clauses for abusives in bank contracts*, por Carmen MUÑOZ GARCÍA..... 1386

ACTUALIDAD JURÍDICA / *LEGAL NEWS*

- Información de actividades 1407

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / *BIBLIOGRAPHY INFORMATION*

- «La protección del consumidor en la vivienda colaborativa», de Esther MUÑIZ ESPADA, por Alejandro GUERRA PÉREZ 1425
- «Los años de crisis de la vivienda: De las hipotecas *subprime* a la vivienda colaborativa», de Sergio NASARRE AZNAR, por Javier GÓMEZ GÁLLIGO 1427
- «Las inmisiones por tenencia de animales de compañía en inmuebles en régimen de propiedad horizontal», de Inmaculada VIVAS TESÓN, por Pedro BOTELLO HERMOSA 1430

ESTUDIOS

La condición resolutoria explícita: tratamiento registral y sustantivo*

Registered condition subsequent: civil law and mortgage law aspects

por

FERNANDO AZOFRA VEGAS
Uría Menéndez Abogados, SLP

RESUMEN: Mediante la condición resolutoria explícita, el vendedor con precio aplazado obtiene una eficaz herramienta de protección frente al incumplimiento, que le permite resolver la venta, y readquirir el bien, con efectos *ex tunc*, mediante la mera notificación judicial o notarial de su voluntad de resolver. Tratándose de una compraventa de inmueble, desde la inscripción de la condición resolutoria explícita en el Registro de la Propiedad, su ejercicio será oponible *erga omnes*, pese a que no constituye un derecho real de garantía. Como convención accesorio a una compraventa

* Tras la remisión de este trabajo a la RCDI, se ha publicado en el BOE (nº 261, de 30 de octubre de 2019, pp. 120202 a 120256) la RDGRN de 29 de agosto de 2019. A nadie se le escapará que este artículo es tributario del recurso que dio lugar a dicha resolución (y también del que dio lugar a la RDGDEJ de 25 de julio de 2019, que es el mismo). La DGRN estima íntegramente el recurso, y revoca la nota de calificación, justo al contrario que la DGDEJ, que desestima totalmente el recurso y confirma la nota de calificación. Al margen de cuál de esas dos resoluciones es la conforme con el derecho (algo sobre lo que albergo pocas dudas), resulta lamentable que los ciudadanos de un estado de derecho asistan al espectáculo de leer en los diarios oficiales dos pronunciamientos de dos órganos administrativos, de supuesta competencia técnica, meridianamente contradictorios entre sí. Afortunadamente en este caso, los tribunales van a poder expurgar del ordenamiento la resolución errada.

de inmueble, las partes son libres de determinar la ley aplicable a la compraventa y a la condición resolutoria explícita, conforme a lo dispuesto en el artículo 10.5 Código civil. Cabe la exclusión voluntaria del derecho civil catalán, incluso aunque el inmueble radique en Cataluña, sin que lo establecido en el artículo 621-54 del Código civil de Cataluña tenga aplicación imperativa. Cuando se combina la condición resolutoria explícita con una cláusula penal por la totalidad o parte del precio pagado por el comprador, que se establece expresamente por las partes como sanción en cualquier caso de cumplimiento total, parcial, irregular o tardío del precio aplazado, ha de permitir al vendedor reinscribir el bien a su favor, sin consignar cantidad alguna a favor del comprador o los titulares registrales posteriores (o consignando apenas el precio recibido no afectado por la cláusula penal), incluso aunque el comprador y los terceros no se aquieten o no consientan la resolución, sin necesidad de esperar al refrendo judicial de la resolución.

ABSTRACT: By means of a registered condition subsequent, the seller accepting a deferred purchase price is entitled to a powerful remedy against default whereby it may unwind the sale and reacquire the relevant asset, with retroactive effects (ex tunc), by delivering a judicial or notarial termination notice to the purchaser. Should the object of the sale be real estate, upon the registration of the registered condition subsequent at the land registry, the seller shall be entitled to reacquire the asset from the purchaser or from any third parties, despite the registered condition subsequent does not qualify as an in rem security interest. As an ancillary convention to a real estate sale, the contract parties are free to choose the law applicable to the sale and to the registered condition subsequent, as per article 10.5 of the Civil code. The parties may freely exclude the application of the Catalan civil code, even if the asset is located in Catalonia, the provisions under article 621-54 of the Catalan Civil code not being mandatorily applicable. When the registered condition subsequent is combined with a penalty in the amount of all or part of the purchase price from time to time paid by the purchaser, to be triggered as in case of late, full or partial default by the purchaser, the registered condition subsequent will enable the seller to reacquire the asset, without redelivering to the purchaser (or any other registered title-holders) any portion of the purchase price already settled (or just redelivering the portion of the already paid purchase price exceeding the agreed-upon penalty), even if the purchaser (or any other registered title-holders) fail(s) to accept the asset transfer-back, without first obtaining judicial endorsement of the asset transfer back.

PALABRAS CLAVE: Condición resolutoria explícita. Condición resolutoria tácita. *Lex rei sitae*. Elección de ley aplicable al contrato.

KEY WORDS: *Registered condition subsequent. Tacit condition subsequent. Lex rei sitae. Choice of law for contractual obligations.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. TRATAMIENTO REGISTRAL Y SUSTANTIVO DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPLÍCITA: 1. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPLÍCITA: A) *La condición resolutoria explícita no es un derecho real de garantía.* B) *El principio de exclusión voluntaria del derecho civil catalán respecto a la condición resolutoria explícita.* C) *El principio de territorialidad de los derechos civiles autonómicos y territoriales.* D) *El derecho hipotecario y las normas de derecho interregional como competencia exclusiva del Estado.* E) *Incidental: la competencia de la DGRN (y la inexistencia de competencia de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalidad de Cataluña) para resolver los recursos frente a calificaciones en las que se discuta, como cuestión previa, la aplicación de reglas de derecho interregional o internacional privado.* 2. LA INEXIGIBILIDAD, EN TODO CASO, DE LA CONSIGNACIÓN DE LAS CANTIDADES SATISFECHAS POR EL COMPRADOR PARA EL EJERCICIO DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPLÍCITA: A) *La consignación de cantidades pese a la existencia de una cláusula penal, en relación con la moderación judicial equitativa de la pena.* B) *Excepciones a la consignación de lo percibido como requisito necesario de ejercicio de la condición resolutoria explícita a efectos registrales.* C) *Los límites de los derechos de terceros registrales en relación con la consignación de cantidades.* 3. LA REINSCRIPCIÓN REGISTRAL A FAVOR DEL VENDEDOR: A) *La reinscripción, incluso cuando no conste el consentimiento del comprador o de los terceros registrales, y hasta con su oposición, sin refrendo judicial.* B) *Instituciones jurídicas y contratos para los que el ordenamiento permite la resolución y cancelación automáticas.* C) *La válida aplicación del automatismo del artículo 59 del Reglamento Hipotecario.*—III. CONCLUSIONES.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Se plantea en este artículo un debate, lamentablemente no del todo académico, sobre el derecho de dos empresas a concertar una compraventa de inmuebles, sitios a lo largo y ancho de la geografía española, con parte del precio recibido en el momento de otorgamiento de la escritura pública, y otra parte aplazada a largo plazo y sin devengo de intereses, cuyo pago se garantiza mediante condición resolutoria explícita (la «CRE») al amparo de lo previsto en los artículos 1504 del Código civil («CC»), 11 de la Ley Hipotecaria («LH») y 59 del Reglamento Hipotecario («RH»). Nuestros resueltos

protagonistas acuerdan igualmente que, en caso de ejercicio de la CRE por impago del precio aplazado en la fecha pactada, el vendedor retendrá el importe íntegro de las cantidades hasta ese momento pagadas, en concepto de cláusula penal (la «Cláusula Penal»), con expresa exclusión (al amparo de la autonomía de la voluntad) de la facultad de solicitar la moderación equitativa de la pena prevista en el artículo 1154 del Código civil en relación con dicha Cláusula Penal, toda vez que las partes expresamente acuerdan que la Cláusula Penal resulta de aplicación, por la totalidad de su importe, en el caso de incumplimiento parcial, irregular o tardío del precio aplazado. Aún más, el comprador hace en la escritura de compraventa una declaración expresa a favor del vendedor al tiempo de la aceptación de la Cláusula Penal, sobre la adecuación de esta a la vista de circunstancias del precio aplazado (porcentaje relevante del precio, a largo plazo, sin intereses), renunciando expresa e irrevocablemente a realizar cualquier reclamación a la parte vendedora, judicial o extrajudicial, tendente a excluir su aplicación, solicitar su minoración o retraso. Naturalmente, nuestros contratantes interesan de los registradores de la propiedad implicados la inscripción de la facultad del vendedor de resolver la venta, ante la falta de pago del precio aplazado, y la reinscripción del dominio a su favor sin otras exigencias que las establecidas en los artículos 1504 del Código civil y 59 del Reglamento Hipotecario, a saber, el requerimiento judicial o notarial al comprador de resolución, naturalmente, sin restitución al comprador de las cantidades abonadas por aplicación de la Cláusula Penal pactada. Finalmente, nuestros contratantes sujetan la transmisión al derecho civil común, que es también el del lugar de celebración de la escritura, y el del domicilio social común de ambas partes.

Son dos las cuestiones principales que se abordan en las siguientes páginas:

a) si pueden nuestros actores sujetar esa compraventa al derecho civil común, como quieren, también respecto de los inmuebles objeto de la venta sitos en Cataluña o, por el contrario, si están obligados a aplicar de forma imperativa la regulación sobre la CRE prevista en artículo 621-54 del Código civil de Cataluña (en adelante, «CCCat»); y

b) si son inscribibles las convenciones establecidas en esa escritura respecto de la CRE, y, en particular, (1) las condiciones de su ejercicio (importe y fecha de pago del precio aplazado, inexistencia de intereses); (2) la Cláusula Penal, y su condición de pena única aplicable en cualquier caso de impago total o parcial del precio aplazado, o de mero retraso del pago en la fecha pactada; y (3) la facultad de reinscripción a favor del vendedor en caso de impago, sin más requisitos que el requerimiento judicial o notarial de resolución, sin restitución al comprador de las cantidades abonadas (por aplicación de la Cláusula Penal pactada), ni (en consecuencia) consignación alguna a favor del comprador o de los eventuales terceros registrales al tiempo de ejercicio.

II. TRATAMIENTO REGISTRAL Y SUSTANTIVO DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPLÍCITA

1. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPLÍCITA

A) *La condición resolutoria explícita no es un derecho real de garantía*

¿Tiene el artículo 621-54 CCCat aplicación imperativa a la CRE respecto de los inmuebles radicados en Cataluña en nuestro *case study*, o es válida la elección del derecho civil común respecto de todos los inmuebles transmitidos, y por tanto también respecto de los catalanes?

En una primera aproximación, se podría considerar el artículo 621-54 CCCat como *lex rei sitae*, aplicable de forma imperativa conforme a lo previsto en el artículo 10.1 del Código civil. En esta postura, habría que atribuir a la CRE el carácter de derecho real de garantía.

Sería errado. Es el artículo 10.5 del Código civil, en cuanto norma de Derecho interregional, el que permite la elección por las partes del derecho civil común como aplicable a la CRE (naturalmente, con tal de que exista «alguna conexión con el negocio de que se trate»).

La propia sistemática del Código civil pone de manifiesto que el legislador concibe como esencialmente diferentes los contratos de garantía real, regulados conjuntamente en el Título XV (*De los contratos de prenda, hipoteca y anticresis*), y la CRE, prevista en el Título IV (*Del contrato de compra y venta*). Esta misma sistemática se sigue en el CCCat, en el que el citado artículo 621-54 se encuentra en el Libro VI, relativo a las obligaciones y los contratos, y no en el Libro V, relativo a los derechos reales.

La doctrina ha venido calificando la CRE del artículo 1504 del Código civil como un «derecho potestativo» para la parte que decide resolver ante el incumplimiento de pago de la contraparte, una calificación que comparte el Tribunal Supremo en su jurisprudencia (por todas, SSTs de 30 de octubre de 1983, *RJ* 1983, 5846 y 21 de noviembre de 1987, *RJ* 1987, 8639). Alternativamente, la CRE también ha sido interpretada como una facultad jurídica, un poder resolutorio con autonomía jurídica. En cualquiera de los casos, es la inscripción registral la que atribuye a la opción resolutoria eficacia frente a terceros, conforme al artículo 11 de la Ley Hipotecaria, pero lo que se inscribe no adquiere por ello la condición de derecho real; si acaso, como indica ROVIRA JAÉN, se trata de un «poder resolutorio condicional que lleva consigo una revocación real de la propiedad de la finca vendida»¹.

La CRE no es, en puridad, una *conditio facti* (como las reflejadas en el art. 23 LH), sino una *conditio iuris*: la falta de pago no es, así el «suceso futuro o incierto» del artículo 1113 del Código civil del que se deriva la resolución automática del contrato—, sino un pacto resolutorio². «El

artículo 1504 no es sino una especie del género del 1124 del Código civil —o una norma específica respecto de la compraventa de inmuebles— y ambos preceptos son compatibles y complementarios»³.

La relación entre los artículos 1124 y 1504 del Código civil supone que para que proceda la resolución *«deben concurrir siempre los requisitos del primero —aplicable a todo tipo de contratos bilaterales— a los que han de sumarse los del segundo —que solo en alguna medida excepcionan los anteriores— en los casos que caen bajo su ámbito de aplicación»*⁴ y también que el artículo 1504 del Código civil se aplica de forma preferente al 1124 del Código civil, en los casos en los que se pacta (SSTS de 1 de mayo de 1946, 5 de septiembre de 1990, 7 de julio de 1992, 18 de marzo de 1994, 5 de septiembre de 1995 y 27 de febrero de 1999).

La CRE no es únicamente un pacto accesorio a una compraventa de bienes; también se contempla en el derecho positivo en relación con las entregas de bienes o derechos a cambio de alimentos (art. 1797 CC), o en la permuta de suelo por vuelo (art. 13 RH, en relación al art. 1538 CC) cuando se haya pactado expresamente el pacto comisorio del artículo 1504 del Código civil (STS de 31 de julio de 1995, RJ 1995, 5923 o RDGRN de 10 de mayo de 2007), o en otros contratos onerosos (RRDGRN de 16 de octubre de 1989, de 5 de febrero de 1990, RJ 1990, 727 y 26 de abril de 1991).

Es pues una estipulación accesoria a un negocio traslativo, en el que una de las partes no ha cumplido aún sus obligaciones (o su obligación característica), imbricándose en el conjunto de estímulos contractuales al cumplimiento, pero sin ganar, por ello, la condición de derecho real o de derecho real de garantía.

Del mismo modo, ni siquiera aquellas instituciones jurídicas que tienen o cumplen una función de garantía, como la CRE, la condición resolutoria tácita, las arras o la retención del precio, entre muchas otras, adquieren o tienen la condición de derecho real, ni pasan a ser una garantía real mediante la inscripción. Que la CRE cumpla finalidad de garantía es perfectamente compatible con que no constituya una garantía real: *«En caso de resolución por impago del precio y de hacerse efectiva, por tanto, la garantía, esta efectividad no comporta la satisfacción directa del crédito garantizado (el derecho al precio) sino la desaparición del crédito (por resolución del contrato) y su restitución por la reintegración de la cosa al transmitente»*⁵.

Precisamente porque no es un derecho real de garantía, no se aplica a la CRE la prohibición general del pacto comisorio del artículo 1859 del Código civil, como las SSTS de 21 de marzo de 1969, 22 de diciembre de 1988, 28 de junio de 1994 o 15 de junio de 1999 enfatizan (obviamente, salvo que la compraventa comporte una *fiducia cum creditore*). Porque no tiene ese carácter, nos dicen las RRDGRN de 28 de mayo de 1992 (RJ 1992, 5262) o 19 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 8159), no se puede *«pretender que*

el efecto resolutorio, en caso de incumplimiento, quede supeditado a la reiteración en su favor [de los titulares registrales posteriores] del requerimiento contemplado en el precepto citado [art. 1504 CC]» [...], ni cabe «estimar en favor de dicha reiteración, el tratamiento dispensado al tercer poseedor del bien hipotecado en caso de ejecución hipotecaria pues no debe olvidarse que la hipoteca persigue la satisfacción del acreedor mediante la realización judicial del bien afecto [...]; en cambio, la denominada condición resolutoria explícita no persigue, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, la enajenación forzosa del bien afecto, sino su recuperación por el vendedor y restablecimiento de la situación patrimonial preexistente a la celebración del negocio por no haberse desenvuelto este en los términos previstos».

Es la inscripción registral de la CRE la que produce, por mera aplicación de los principios y reglas hipotecarios, su oponibilidad frente a terceros, pero sin que la CRE sea por eso, antes o después de la inscripción, un derecho real de garantía. El principio de publicidad registral, tanto en su dimensión negativa (inoponibilidad de lo no inscrito), como en la positiva (oponibilidad de lo inscrito), el principio de fe pública registral (presunción de integridad y exactitud del contenido de los asientos), el principio de prioridad y preclusión, etc., otorgan a la CRE inscrita protección común a la que disfruta cualquier otro título inscrito (una compraventa, un arrendamiento, una donación, etc.), lo que no significa, naturalmente, que sean derechos reales cualesquiera derechos inscritos, ni que la naturaleza jurídica de un derecho personal se vea alterada o mute a la de un derecho real como consecuencia de su inscripción⁶. Y al contrario: en ausencia de inscripción de la CRE, el vendedor «no puede dirigirse contra los terceros que hayan accedido al Registro, y cuyo título trae causa del título del comprador, al conservar esos terceros la protección que dispensa, con carácter general, la fe pública registral» (STS de 17 de diciembre de 2007).

Si la resolución que aquí se trata tuviera solo alcance personal, sus efectos quedarían reducidos al ámbito de comprador y vendedor pero, al tener carácter real, se amplían: «ciertamente, quienes adquieren el dominio o cualquier otro derecho real sobre un bien sujeto a la restricción resolutoria del artículo 1504 del Código civil, oportunamente publicada en el Registro, conocen —o pueden conocer— la situación claudicante a que queda sujeta su adquisición» (RDGRN de 28 de mayo de 1992, *RJ* 1992, 5262 y 9 de junio de 2010, *BOE* de 10 de agosto).

De manera que —interpretando lo dispuesto en los artículos 9.2.^a, 11, 23, 24, 34, 37, 82, párrafo 5.º, y 107.10.º LH y 51.6.^a, 59, 174, párrafo 1.º, 175.6.^a, 238 a 240 RH— cabe concluir que el ejercicio de una CRE inscrita provoca la extinción del derecho del comprador, y de todos quienes traigan causa de él (como el AAP de Las Palmas de 10 de marzo de 2010, *AC* 2010, 1946 y la RDGRN de 9 de junio de 2010 —*BOE* del 10 de agosto— pacíficamente declaran).

Es la inscripción lo que otorga a una CRE eficacia frente a terceros: el derecho del comprador se resuelve por una causa que consta en el Registro de la propiedad (art. 34, párrafo 1.º, LH *a contrario sensu* y artículo 37.1.º LH). La inscripción atribuye así carácter de garantía real «indirecta» (AAP de Barcelona de 29 de marzo de 2006, AC 2006, 1488).

En ausencia de inscripción, la CRE verá limitada su eficacia a la esfera puramente personal de los contratantes (RRDGRN de 24 de enero de 1998 y 27 de mayo de 2005), obviamente salvo que el subadquirente del comprador lo haya sido a título gratuito o de mala fe (*cfr.* arts. 1124.4 CC y 37.4 LH) o si el vendedor anotó preventivamente su demanda de resolución antes de la adquisición por el tercero, algo que no es más que una consecuencia del doble tratamiento que tiene en nuestro derecho la facultad resolutoria por impago del precio aplazado: sustantivo (reflejado en el art. 1504 CC), y adjetivo o formal, propio del derecho hipotecario (art. 11, párrafo 2.º, LH) como sanciona la STS de 19 de julio de 1989.

El artículo 1504 del Código civil es una norma específica que solo entra en juego en la venta de inmuebles «*como garantía para el vendedor (o para el cedente) de cosa inmueble, para el caso de que el comprador —o cesionario— no pague el precio, o la contraprestación a su cargo*» (RDGRN de 10 de julio de 2013, RJ 2013, 6671). Es decir, entra en juego cuando hay incumplimiento y este consiste en que el vendedor (o el cedente) no reciba la prestación principal (entre otras, SSTS de 10 de octubre de 1994, 26 de septiembre de 2000 y 6 de septiembre de 2010).

Dicho lo anterior, aunque no sea la CRE un derecho real de garantía, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido extremadamente generosa para asegurar su plena virtualidad. Se ha endosado, por ejemplo, en casos de impago de los intereses pactados sobre el precio aplazado (SSTS de 5 de septiembre de 1994, 3 de mayo de 1994 y 30 de junio de 2003; también la RDGRN de 5 de febrero de 1990, RJ 1990, 727); en casos de impago de otras cantidades en un supuesto en que el comprador ya llevaba cinco años en posesión del local vendido y había gastos a él imputables (STS de 2 de octubre de 1995), o en el impago del préstamo hipotecario en el que se subrogó el comprador, sin aceptación del acreedor hipotecario (STS de 5 de octubre de 1995 o 23 de marzo de 1996 o 29 de diciembre de 2000).

Incluso se reconoce en alguna sentencia el carácter de convención accesorio pero intrínsecamente unida al derecho de crédito por el precio aplazado, de suerte que la cesión de este crédito atribuye al cesionario el beneficio de la CRE, aunque el cesionario no haya ostentado título alguno sobre la cosa vendida: «[...] *es claro que un indiscutible derecho accesorio a todo crédito, lo es, en su caso, cuando el mismo se reviste o robustece con [...] la condición resolutoria en caso de impago*» como recuerda la STS de 6 de marzo de 2003. Esta última resolución va incluso más allá: «*Es inoperante*

especular si lo que se cede o transfiere entonces es todo el contrato o solo el crédito, porque, en el primer caso, claro es, quedaría afectada de relevancia consentidora la persona del comprador (STS de 12 de diciembre de 2002), porque, se repite, el objeto escrito de la cesión lo es del crédito, pero, unido a la garantía de la resolución por impago, evento que solo opera «ex post» por un incumplimiento, o sea, el contrato persiste, salvo que acontezca esta contingencia, como ocurrió. Por ello, procede [...] acceder a la resolución de la compraventa de origen [...] y de la derivada a favor de la codemandada [...] con independencia de los efectos económicos residuales en el entrecruce de intereses de los implicados en la resolución que se pronuncia».

Se aprecia una evolución en la jurisprudencia a favor de una relajación en la exigencia del presupuesto de hecho del ejercicio de una CRE: inicialmente, había incumplimiento cuando se alegaban y probaban las circunstancias que demostraban un irrespetuoso proceder del comprador con lo acordado, y, por tanto, con las pautas de buena fe propias de la ejecución contractual, que revelaban la existencia de una «*voluntad deliberadamente rebelde*» al cumplimiento (entre otras, SSTs de 5 de junio de 1944, 1 de febrero de 1967, 15 de abril de 1982 y 6 de julio de 1989). De ahí se ha pasado a una línea jurisprudencial que prescinde del elemento volitivo y sigue una orientación básicamente objetiva: es suficiente que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, atribuible a una conducta voluntaria (que no pueda ni justificarse ni imputarse a causa que pueda achacarse al que pide la resolución), obstativa al cumplimiento del contrato en los términos pactados y que frustra el fin específico perseguido en el negocio por la contraparte (entre otras, SSTs de 20 de diciembre de 1989, 24 de octubre de 1998, 10 de mayo de 2007, 4 de marzo de 1992, 25 de febrero de 2002 y 4 de julio de 2017).

B) El principio de exclusión voluntaria del derecho civil catalán respecto a la condición resolutoria explícita

El artículo 111-6 CCCat establece, entre las disposiciones generales, el principio de libertad de exclusión voluntaria de las leyes civiles catalanas, «*a menos que establezcan expresamente su imperatividad o que esta se deduzca necesariamente de su contenido*». De este principio se concluye que, para que el precepto del artículo 621-54 pudiera ser considerado derecho imperativo, dicha imperatividad debería hacerse constar expresamente en el mismo o deducirse de su contenido, que no es el caso.

De la redacción del artículo 621-2 CCCat («*En la compraventa de consumo es ineficaz cualquier pacto, cláusula o estipulación que modifique, en perjuicio del consumidor, el régimen imperativo de protección establecido por la ley*») se podría extraer la conclusión de que, en ningún caso, las previ-

siones contenidas en el artículo 621-54 podrían tener carácter imperativo en relación a compraventas entre empresarios.

Pero es que ni siquiera el artículo 621-54 CCCat tendría aplicación imperativa en relación a una «*compraventa de consumo*» (que el art. 621-2 CCCat define como la compraventa en la que «*el vendedor actúa en el ámbito de su actividad empresarial o profesional y el comprador, con un propósito principalmente ajeno a estas actividades*») respecto de un inmueble sito en Cataluña, y ello por dos razones:

a) en primer lugar, porque para que se aplique el artículo 621-54 CCCat es preciso, en todo caso, que esté sujeta la compraventa (o al menos la CRE) el derecho civil catalán. Por tanto, si los contratantes en una compraventa de consumo han elegido válidamente otro derecho civil, no resultará aplicable. Naturalmente, para la determinación de si ese otro derecho civil ha sido válidamente elegido por las partes se han de aplicar, en tropel, toda la normativa de protección del consumidor y, si es el caso, toda la normativa de protección de la contratación con condiciones generales.

Vale la pena reflexionar, en relación a este último inciso, sobre si la regulación sustantiva y procedimental del artículo 621-54 CCCat es más o menos tuitiva para el comprador-consumidor que lo dispuesto para una CRE en el derecho civil común. No es en absoluto evidente que la regulación del artículo 621-54 CCCat sea más beneficiosa para el comprador consumidor que el régimen que resulta del derecho civil común y de la legislación hipotecaria. Más bien todo lo contrario:

a') En efecto, mientras que en la CRE sujeta al derecho civil común, se puede pactar que el vendedor no retenga ninguna de las cantidades percibidas del comprador al tiempo del ejercicio, el artículo 621-54 CCCat permite que el vendedor retenga «*un máximo de la mitad de la cantidad total que haya debido percibir, de acuerdo con el contrato, hasta la fecha de la resolución*». Aunque se trata de un máximo (que, por tanto, podría quedar reducida por el acuerdo de las partes), su expresión en una norma positiva hará más que probable que vendedores con poder de negociación (como típicamente ocurrirá en una compraventa de consumo) se acojan, precisamente, al máximo previsto en la ley, cuando la compraventa quede sujeta al derecho civil catalán. Por otra parte, es obvio que cuando el comprador haya arrastrado incumplimientos del contrato antes de que opere la resolución, la mitad de lo que el vendedor «*haya debido percibir, de acuerdo con el contrato, hasta la fecha de la resolución*» será necesariamente mayor que la mitad de lo que hubiera efectivamente percibido el vendedor, o incluso, podría ser mayor que lo que efectivamente haya percibido del comprador, con lo que, de nuevo, la determinación u orientación legal del artículo 621-54 CCCat resultará, en la mayor parte de los

casos, en una posición contractual peor para el comprador-consumidor que la que resultaría de la libertad de pactos de una CRE de derecho civil común.

b') Mientras que en el pacto de resolución sujeto al artículo 621-54 CCCat, cuando se hayan pactado intereses sobre el precio aplazado, el comprador estará obligado a soportar que sean fijos, por el 150% del tipo de interés legal como máximo, y con devengo mensual, el comprador de una CRE sujeta al derecho civil común podría beneficiarse de un tipo variable efectivamente inferior al 150% del tipo de interés legal, con devengo diario.

c') Mientras que para que opere la reinscripción a favor de comprador tras el ejercicio de una CRE de derecho civil común es preceptiva la consignación a favor del comprador del «valor de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones que procedan, haya de ser devuelto» (art. 175.6.^a RH), el vendedor que se beneficie de un «pacto de condición resolutoria» del artículo 621-54 CCCat va a poder reinscribir sin consignar cantidad alguna, quedando en tal caso el inmueble afecto, con carácter real, «en beneficio del comprador y de los titulares de asientos posteriores, como garantía de la cantidad que, si procede, deba pagarse al comprador». Es decir, el comprador sujeto a un «pacto de condición resolutoria» catalán está obligado a soportar una afección real inmobiliaria, en lugar de la consignación, que le pone totalmente a salvo del riesgo de crédito del vendedor, del riesgo de deterioro del valor del inmueble anterior o posterior a la resolución, etc.

d') Y, aún peor para ese comprador consumidor afectado por un «pacto de condición resolutoria» del artículo 621-54 CCCat: esa afección real se extingue por caducidad, transcurridos apenas 180 días desde la fecha de la reinscripción a favor del vendedor, salvo que el comprador interponga demanda de oposición a la resolución o a la liquidación efectuada por el vendedor, se admita a trámite y consiga la oportuna anotación antes del lapso de ese brevísimo plazo. El comprador con CRE sujeta al derecho civil común, por el contrario, podrá recibir el pago aceptando la consignación conforme a lo dispuesto en los artículos 1176 a 1181 del Código civil, o cuestionar la resolución interponiendo las acciones legales oportunas (en los plazos mucho más dilatados de prescripción de la acción), manteniéndose, mientras se ventila el procedimiento, la garantía que supone la consignación.

Por tanto, la exclusión del «pacto de condición resolutoria» del artículo 621-54 CCCat, y la sujeción de la CRE al derecho civil común, en una compraventa de consumo, no supondría *per se* una convención que «modifique, en perjuicio del consumidor, el régimen imperativo de protección establecido por la ley» (art. 621-2 CCCat), una convención abusiva en perjuicio del consumidor con arreglo a lo dispuesto en los artículos 82 a 91 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes comple-

mentarias, o una cláusula general nula conforme a lo previsto en el artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

b) en segundo lugar, porque el artículo 621-54 CCCat solo resulta de aplicación cuando las partes eligen el procedimiento de resolución allí establecido. Las partes pueden no escoger ese procedimiento notarial de resolución incluso cuando se hayan sujetado al Derecho civil catalán, y confiar a un juez, al amparo de su sacrosanto derecho a la tutela judicial efectiva, la resolución de las divergencias que, en su caso, se susciten entre ellos en torno al ejercicio de una CRE ante la falta de pago del precio aplazado. Y pueden, en tal caso, establecer la regulación de las condiciones de ejercicio de la CRE que tengan a bien, incluyendo la determinación del porcentaje del precio pagado que ha de restituirse al comprador (entre el 0% y el 100%); si genera o no intereses el precio aplazado a favor del vendedor; si genera o no intereses el precio pagado, en caso de restitución por ejercicio de la CRE, a favor del comprador; si aplica el anatocismo sobre unos u otros intereses, si los intereses son fijos o variables, con qué periodicidad se devengan, qué porcentaje del precio aplazado es preciso dejar de pagar para que opere la resolución, etc. Las normas sobre protección del consumidor y sobre contratación con condiciones generales se constituirían en las únicas limitaciones o cortapisas en tal caso.

No se opone a esta conclusión el hecho de que el artículo 621-54.2 CCCat establezca que *«se aplicarán a la resolución los preceptos de este artículo»* (y no es atendible, si se hiciera, que este inciso impone imperativamente el contenido del art. 621-54 CCCat), porque esos preceptos solo son aplicables al *«pacto de condición resolución»* previsto en el artículo 621-54 CCCat que, como el subapartado 1 claramente establece, es el pacto *«establecido para el supuesto de falta de pago de todo o una parte del precio aplazado [que] faculta al vendedor para resolver el contrato y recuperar el inmueble, siempre y cuando haya requerido previamente al comprador mediante un acta notarial que en un plazo de veinte días efectúe el pago, con la advertencia de que, si no lo hace, se resolverá la compraventa»*. Cuando las partes, como en el caso académico aquí planteado, no establezcan un procedimiento que obligue al vendedor a requerir de pago al comprador (obviamente una vez vencida la obligación de pago del precio aplazado) y a esperar veintiún días antes de resolver la venta sino que, conforme a lo previsto en el artículo 1504 del Código civil, pacten la resolución de la venta desde el mismo momento en que, vencido y no atendido el precio aplazado, el vendedor notifique de resolución al comprador, para que opere *ipso iure*, no resultará aplicable a esa convención el artículo 621-54 CCCat, ni siquiera en el caso de que la compraventa se hubiera sujetado al derecho civil autonómico.

Tampoco tendría base jurídica, para justificar la aplicación imperativa del artículo 621-54 CCCat, el argumento de que *«si se quiere obtener la inscripción en el Registro de esta condición resolutoria, la inscripción se tiene que funda-*

mentar en la ley aplicable en el territorio de conformidad con lo que establece el artículo 10.1 del Código civil español, según el cual la posesión, la propiedad y los otros derechos reales sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde estén» (resolución de la DGDEJ de 25 de julio de 2019, BOGC de 7 de agosto, Fundamento de Derecho 4.4). Esta conclusión solo podría extraerse fundadamente de admitirse que la CRE es un derecho real sobre bien inmueble (algo que la propia DGDEJ rechaza) o si no hubiera, en ese territorio, otras reglas civiles aplicables a dicha CRE, a su inscripción, sus efectos y ejercicio, como son los artículos 1504 del Código civil, 9.2.^a, 11, 23, 24, 34, 37, 82, párrafo 5.º, y 107.10.º de la Ley Hipotecaria, 51.6.^a, 59, 174, párrafo 1.º, 175.6.^a, 238 a 240 del Reglamento Hipotecario, por citar únicamente los más directamente relacionados con la materia. Por tanto, puede aceptarse que la inscripción de una CRE pactada en una compraventa de inmueble sito en España sujeta a ley extranjera tenga que acomodarse a las leyes españolas en lo que se refiere a la inscripción, a los efectos de la publicidad respecto a terceros, a las condiciones procesales de su ejercicio, pero no que sean aplicables imperativamente a esa compraventa, si el inmueble está sito en Cataluña, lo dispuesto en el artículo 621-54 CCCat.

Por tanto, si las partes que celebraron el contrato deciden, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, acogerse al «pacto de condición resolutoria» regulado en el artículo 621-54 CCCat, podrá el vendedor obtener la resolución de la venta a través del procedimiento notarial que dicho precepto establece. Y para ello, al fijar el contenido de ese pacto, deberán sujetarse a las condiciones que sobre máximo retenible, porcentaje del precio no pagado que justifica la resolución y tipo de interés establece el apartado 2 del artículo 621-54 CCCat. El precepto en ningún caso excluye que las partes puedan celebrar otro pacto distinto al regulado en él, tanto en una compraventa entre empresarios como en una compraventa de consumo. En este sentido se pronuncia LONGO MARTÍNEZ, cuando enfatiza «la autonomía de la voluntad como base directa del pacto resolutorio» y añade que el acuerdo de las partes para convenir dicho pacto no implica que «existiendo el pacto resolutorio no pueda acudir a tales remedios [refiriéndose a los previstos con carácter general en los arts. 621-37 y sigs.], dado que, como decimos, el pacto le faculta, pero no le obliga a seguir la vía del artículo 621-54» (LONGO MARTÍNEZ, 2018, 152).

C) *El principio de territorialidad de los derechos civiles autonómicos y territoriales*

Las conclusiones anteriores no quedan desvirtuadas por el principio de territorialidad y preferencia del derecho civil catalán, contenidos en los artículos 111-3 y 111-5 CCCat.

En el seno del ordenamiento jurídico español coexisten distintos derechos civiles (el derecho común junto con los denominados tradicionalmente como derechos forales o especiales, ahora derechos civiles autonómicos). Actualmente, dado que los distintos derechos civiles autonómicos son competencia de las comunidades autónomas que gozan de poderes legislativos en la materia en virtud del artículo 149.1.8.^a de la Constitución española, todos los derechos civiles en España son «*territoriales*» (en cuanto que su vigencia y eficacia se refieren al territorio sobre el que ostenta competencia el poder normativo del que emanan).

Así, los derechos civiles autonómicos tienen vigencia y aplicación directas en el territorio de la comunidad autónoma correspondiente y el derecho civil común tiene vigencia y aplicación directas en el territorio de aquellas comunidades autónomas sin derecho civil propio, y tiene vigencia directa, pero aplicación supletoria, en el territorio de las que sí lo poseen.

Esta territorialidad de la aplicación de normas jurídicas procedentes de un poder político de base territorial (y lo son tanto el Estado, como las comunidades autónomas) no necesitaría, en puridad, formularse explícitamente, pues es inherente a la propia «*territorialidad*» de la competencia y autoridad normativas del legislador que las crea. Sin embargo, dada la singularidad histórica de los antiguamente denominados «*derechos civiles forales*», es frecuente que la eficacia territorial de los derechos civiles autonómicos se explice positivamente. Es el caso del artículo 111-3.1 CCCat, pero previsiones similares se encuentran en otros derechos civiles autonómicos, como el artículo 2 del Decreto Legislativo balear 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares, el artículo 3 de la Ley gallega 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia y en el artículo 8 de la Ley vasca 5/2015, de 25 de junio, de derecho civil vasco.

Así, el principio de territorialidad del derecho civil catalán que enfatiza el artículo 111-3 CCCat no es ningún rasgo diferencial del derecho civil catalán, sino más bien exactamente lo contrario: «*La vigència territorial és una dada que el Dret civil català comparteix amb la resta de Drets civils espanyols*»⁸.

Ninguna singularidad ofrece, por tanto, el artículo 111-3.1 CCCat en cuanto a la aplicación y eficacia de las normas civiles autonómicas, pues se trata de un mero recordatorio del carácter territorial (y no «*personal*» o desterritorializado) del poder normativo que las crea.

Pero la territorialidad de un derecho civil (de todos los derechos civiles) naturalmente no impide que en el territorio correspondiente (por ejemplo, en Cataluña) se aplique una norma de otro derecho civil español (común, o gallego o navarro) o viceversa, que una norma del derecho civil de Cataluña no pueda encontrar aplicación a una situación jurídica que sucede, o radica,

fuera del territorio de Cataluña. Y ello porque la coexistencia de distintos ordenamientos civiles, en España y en el mundo, permiten la aplicación no puramente territorial, de conformidad con las normas de derecho internacional privado y de derecho interregional que sean de aplicación (en el caso del derecho civil común, también por la vía de la supletoriedad respecto de los derechos civiles autonómicos).

Se enfatiza este hecho, con toda la corrección, en el artículo 3 de la Ley del derecho civil de Galicia: *«El derecho civil gallego tendrá eficacia en el territorio de la comunidad autónoma. Se exceptúan los casos en que, conforme al derecho interregional o internacional privado, hayan de aplicarse otras normas»* o en el artículo 2 de la Compilación del derecho civil balear: *«Las normas de derecho civil de Baleares tendrán eficacia en el territorio de la Comunidad Autónoma. Se exceptúan los casos en que, conforme al derecho interregional o internacional privado, deban aplicarse otras normas»*.

De manera que, cuando según las reglas del derecho internacional privado haya de aplicarse a una situación jurídica residenciada en territorio catalán una norma de un derecho civil extranjero, se aplicará esta, y no la correspondiente del derecho civil de Cataluña. Por ejemplo, si un ciudadano alemán que reside en Barcelona y cuyos bienes se hallan mayoritariamente en Barcelona opta, al amparo del Reglamento (UE) 650/2012, de 4 de julio, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, porque su sucesión se rija por el código civil alemán y no por el libro IV CCCat, los notarios, registradores y jueces y tribunales cuya demarcación está en el territorio de Cataluña habrán de aplicar las normas del Código civil alemán y no las del derecho civil de Cataluña.

Y tampoco se aplicarán las normas civiles españolas (catalanas o cualesquiera otras) si, al amparo de lo previsto en el artículo 3.1 del Reglamento (CE) 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), un belga residente en Cataluña vende a un alemán residente en Madrid, ante notario de La Coruña, un inmueble sito en Mataró sometién dose expresamente al derecho francés. El derecho francés será aplicable a esa compraventa (con la extensión prevista en el artículo 12 del Reglamento, y sin que se extienda a las materias excluidas del artículo 1 del Reglamento), salvo que resultaran de aplicación alguna de las (pocas) excepciones que el Reglamento contiene; a saber, que el derecho francés violentara (a) cualquier *«norma de policía»* española, tal y como se define en el artículo 9 del Reglamento (una *«disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplica-*

ción, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato»); (b) el orden público español (art. 21 del Reglamento); (c) disposiciones imperativas españolas (art. 3.3 del Reglamento); o (d) disposiciones imperativas europeas (tal y como se aplique en España) (art. 3.4 del Reglamento). En definitiva, lo que resulta de lo anterior es que el principio de *lex rei sitae*, incluso respecto de una compraventa de inmuebles, solo es aplicable conforme al Reglamento en defecto de elección por las partes [art. 4.1 (c) del Reglamento] o respecto a la forma del contrato, y esto último únicamente cuando la ley del lugar del inmueble se aplique con independencia del país donde se celebre el contrato y de la ley que rija el contrato, y tenga carácter imperativo (art. 11.5 del Reglamento). Y la *lex rei sitae* solo podrá tener aplicación a un contrato en que las partes se hayan sujetado a otro derecho, además de en cuanto a la forma, cuando alguna norma del ordenamiento jurídico del lugar de radicación del bien tenga la consideración de norma de policía, defina el orden público de ese lugar, o tenga carácter imperativo. Parece claro que el artículo 621-54 CCCat no es una norma de policía, conforme al Reglamento Roma I, ni define «orden público» español alguno (ni en el conjunto de España, ni en ninguna parte de su territorio). De acuerdo con lo explicado hasta aquí, tampoco cabría entenderlo como precepto imperativo español (¡ni europeo!) que desplazara de forma necesaria la *lex contractus* libremente elegida por las partes en un contrato con algún punto de conexión con Cataluña (incluyendo uno que tenga por objeto un inmueble localizado en Cataluña) si el Reglamento Roma I fuera de aplicación.

De igual forma, cuando de conformidad con las reglas del derecho interregional español, se remita una situación jurídica ligada al territorio catalán a una norma o conjunto de normas de un derecho civil español distinto al catalán, así habrá de ser, sin que sea aplicable la norma o normas correspondientes del derecho civil de Cataluña.

D) El derecho hipotecario y las normas de derecho interregional como competencia exclusiva del Estado

La aplicación del derecho civil común a una compraventa con CRE respecto de inmuebles sitos en Cataluña no se opone ni contraría lo previsto en el artículo 111-5 CCCat, porque ni el artículo 111-5 CCCat, ni ningún otro precepto del derecho civil catalán puede contrariar las normas de derecho internacional o interregional privado en territorio español, o las competencias exclusivas del Estado recogidas en la Constitución española. Tanto la legislación hipotecaria, como las normas de derecho interregional son únicas para todo el territorio español, al ser legislación básica estatal,

de competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.8.^a CE). Ninguna norma del derecho civil autonómico puede interpretarse en el sentido de prohibir o excluir la aplicación de la legislación hipotecaria⁹, o de las «*normas para resolver los conflictos de leyes*».

Así se señala, con toda la contundencia, en la STC de 6 de mayo de 1993: «*Hemos de partir de la firme premisa de que la Constitución reserva a la exclusiva competencia del Estado la adopción de las “normas para resolver los conflictos de leyes” (art. 149.1.8. y STC 72/1983, fundamento jurídico 5.), atribución competencial esta cuyos contornos o límites no es preciso definir ahora de manera acabada, porque no hay duda alguna de que se integra en todo caso en ella la adopción de las normas de conflicto y la definición de cada uno de sus elementos, entre los que se cuenta, y con la mayor relevancia, la determinación de los puntos de conexión que lleven a la aplicación, en supuestos de tráfico jurídico interregional, de uno de los ordenamientos civiles que coexisten en España. La Norma fundamental —siguiendo en esto el precedente del artículo 15.1. de la Constitución republicana— optó, inequívocamente, por un sistema estatal y, por tanto, uniforme de Derecho civil interregional y excluyó, en la misma medida, que pudieran las Comunidades Autónomas establecer regímenes peculiares para la resolución de los conflictos de leyes, ya por la vía de articular puntos de conexión diversos a los dispuestos en la legislación general ya, en otra hipótesis, por medio de la redefinición, alteración o manipulación de tales puntos de conexión. Esta es, en definitiva, una materia enteramente sustraída por el artículo 149.1.8. a la acción normativa de las Comunidades Autónomas y atribuida “en todo caso” a la legislación del Estado*».

Así como, en el ámbito del derecho internacional privado, es el artículo 3.1 del Reglamento la norma que fundamenta la libre elección convencional de la ley aplicable en una compraventa de inmuebles, la norma de derecho interregional relativa a las cuestiones contractuales en una compraventa de inmuebles (con o sin CRE) se residencia en el artículo 10.5 del Código civil, que permite a las partes elegir, entre los distintos derechos civiles españoles, cuál regirá el contrato y las obligaciones dimanantes de él, siempre y cuando tenga alguna conexión con el negocio de que se trate. Esta última es la única diferencia relevante entre la regla de conflicto interna y la de derecho internacional privado que resulta del Reglamento: la norma interna exige punto de conexión, mientras que el Reglamento no.

Como señala la doctrina, es bastante frecuente que el contrato se conecte con el derecho civil elegido a través de sus elementos personales (vecindad, domicilio, residencia), materiales (ejecución, celebración, ubicación del objeto) o incluso de la relación directa con otro contrato sujeto a tal derecho civil¹⁰. Esta posibilidad de elección del derecho civil español aplicable al contrato comprende también a los contratos de compraventa de bienes in-

muebles (dondequiera que estén radicados), como resulta explícitamente del segundo párrafo del artículo 10.5 del Código civil, que enumera las reglas aplicables «*por defecto*», esto es, a falta de elección expresa por las partes en el contrato.

La posibilidad de elección del concreto derecho civil español aplicable a un contrato de compraventa de inmueble sito en España ha sido admitida en numerosas ocasiones por los tribunales, como se aprecia a continuación:

a) STS de 7 de febrero de 1989: *«El contrato de venta con pacto de retro, por ser de inmueble, y no haberse precisado la Ley a que las partes se sometieron, se rige por la Ley del lugar de celebración (10.5 CC), es decir, queda bajo régimen de la Compilación Catalana y le son aplicables los artículos 326 y siguientes [...]»*.

b) STS de 1 de marzo de 1993: *«[...] pero entrando en el análisis del Derecho aplicable, en aras a dar respuesta cumplida a tan singular recurso, debe recordarse lo que dijo la Audiencia, esto es, que según el artículo 10.5 de nuestro Código civil se aplicarán a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, no obstante lo cual, a falta de sometimiento expreso (que es el caso de autos) se aplicará la ley del lugar donde estén sitos a los contratos relativos a bienes inmuebles, y en España está el objeto del contrato cuyo cumplimiento se discute»*.

c) STSJ de Cataluña de 24 de julio de 1995: *«Según la parte recurrente, en este caso tiene que entenderse que las partes contratantes de modo expreso quisieron someter el contrato pactado a las prescripciones del derecho civil de Cataluña y, según el artículo 10.5.2.º del Código civil, se aplicará a las obligaciones contractuales la Ley a la que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate»*.

[...]

«Puede entenderse que hay una voluntad expresa de someter el contrato a una Ley determinada, si de la relación jurídica establecida entre los interesados se puede deducir que actuaron según un ordenamiento jurídico determinado u organizaron la relación contractual por la vía de asumir la aplicación de este ordenamiento jurídico (en nuestro caso el catalán) por unos actos concluyentes como podrían ser, por ejemplo, las referencias implícitas o explícitas al derecho civil catalán, citar normas del ordenamiento civil de Cataluña, emplear figuras jurídicas o conceptos propios del derecho civil catalán o regular el contrato según unos efectos o consecuencias solo establecidos en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Autónoma catalana. A falta, pues, de estos hechos concluyentes, tiene que entenderse que los interesados no hicieron uso en este caso del principio de autonomía privada que faculta a los contratantes para elegir el derecho aplicable (según autoriza el art. 10.5,1.º CC) y como aquí

se trata de un contrato recaído sobre bienes inmuebles, tiene que someterse a la Ley de situación de las fincas, según el artículo 10.5,1.º en relación con el artículo 10.5,2.º ambos del Código civil».

Las partes de nuestro *case study* pactaron así válidamente la sujeción del contrato de compraventa al derecho civil común, con una conexión del contrato con el derecho civil común indudable (domicilio social común de compradora y vendedora en Madrid, contrato celebrado en Madrid y una parte relevante de la cartera de inmuebles objeto de la compraventa radicaban en autonomías de derecho común).

En cuanto a que, a la vista de tal elección del derecho civil común, sea este (y no el derecho civil de Cataluña) el que deba regir el régimen contractual de una CRE por falta de pago del precio aplazado en una compraventa entre empresarios, así como la cláusula penal por el incumplimiento del comprador de su obligación de pago, está fuera de toda duda, pues estamos indudablemente ante materia contractual.

Finalmente, respecto de las cuestiones registrales derivadas de los pactos contractuales en materia de CRE por falta de pago de precio aplazado, el procedimiento de notificación judicial o notarial al comprador de la resolución para la reinscripción a favor del vendedor, la innecesariedad de cualquier consignación a favor de los eventuales terceros registrales pactada la Cláusula Penal respecto de la totalidad del precio pagado, etc., las mismas se regulan en la Ley Hipotecaria, ley estatal y única competente en la materia de «registros e instrumentos públicos» al amparo de la competencia estatal exclusiva del artículo 149.1.8.^a CE.

E) Incidental: la competencia de la DGRN (y la inexistencia de competencia de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalidad de Cataluña) para resolver los recursos frente a calificaciones en las que se discuta, como cuestión previa, la aplicación de reglas de derecho interregional o internacional privado

A la vista de la extensa formulación del artículo 1 de la Ley 5/2009, de 28 de abril, del Parlamento de Cataluña (en adelante, la «Ley 5/2009»), se podría pensar que deben resolverse por la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas catalana («DGDEJ») los recursos frente a calificaciones de registradores con oficina en Cataluña en las que, al hilo de la discusión sobre la aplicación de reglas de derecho interregional o de derecho internacional privado, pudieran resultar invocados preceptos de derecho civil catalán. Ello porque la citada ley atribuye competencia a la DGDEJ respecto de los recursos que se fundamenten «*de forma exclusiva o junto con otros motivos, en normas de derecho catalán o en su infracción*».

En un sentido estrictamente literal, este artículo podría conducir a concluir que cualquier recurso en el que se aborde, sea de forma secundaria o tangencial, una norma de derecho civil catalán, quedaría bajo la competencia de la DGDEJ, incluso aquellos en los que precisamente lo que se discuta sea la aplicación o no del derecho civil catalán, sobre la base de una norma de derecho internacional privado o de derecho interregional.

No puede ser así, Resulta evidente que el artículo 1 de la Ley 5/2009, como cualquier otro precepto legal, no puede aplicarse ni interpretarse desconectado o en contradicción con la normativa constitucional sobre distribución de competencias entre las distintas administraciones territoriales, algo que ha sostenido con claridad la jurisprudencia constitucional. En efecto, el fundamento competencial del artículo 1 de la Ley 5/2009 es el artículo 147.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto), que atribuye a la Generalidad competencia exclusiva *«en materia de régimen de los recursos sobre la calificación de los títulos o las cláusulas concretas en materia de Derecho catalán, que deban tener acceso a un Registro de la propiedad, mercantil o de bienes muebles de Cataluña»*. Por tanto, solo cuando estén en causa títulos o cláusulas concretas de derecho civil autonómico, podrá fundarse la competencia exclusiva de la Generalidad y, en consecuencia, de la DGDEJ.

Así resulta de la STC de 16 de enero de 2014, que estimó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Estado contra la Ley 5/2009, por entender que su contenido excedía las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma de Cataluña en su Estatuto de Autonomía (art. 147.2) y vulneraba las competencias exclusivas del Estado del artículo 149.1.8.^a de la Constitución (que, recordemos, atribuye al Estado competencia exclusiva sobre legislación civil *«sin perjuicio de la conservación, modificación o desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan»* y, en todo caso, sobre *«la aplicación y eficacia de las normas jurídicas»*, *«ordenación de los Registros e instrumentos públicos»*, *«bases de las obligaciones contractuales»* y *«normas para resolver los conflictos de leyes»*).

Resulta importante enfatizar que el texto original del artículo 1 de la Ley 5/2009 se mantuvo pese al recurso de inconstitucionalidad promovido frente a dicha Ley, no porque el Tribunal Constitucional sancionara su constitucionalidad, sino porque consideró extemporáneo el recurso del Estado frente a los artículos 1 y 3.3 de la Ley por infracción de lo dispuesto en el artículo 33.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (fundamento jurídico 2.º de la referida sentencia), y en consecuencia, inadmitió el recurso frente a dichos dos artículos, entrando a resolver el recurso planteado únicamente frente a los artículos 3.4 y 7 de la

Ley. Sirva esto para resaltar que no es cierto que el Tribunal Constitucional haya proclamado la constitucionalidad de la redacción del artículo 1 de la Ley 5/2009¹¹ sino, más bien al contrario, el Tribunal Constitucional advirtió y previno contra cualquier interpretación expansiva de dicho artículo 1 que desbordara el marco en el que se basa la competencia de la DGDEJ, esto es, los artículos 129 del Estatuto de Autonomía (que otorga a la Generalidad competencia exclusiva «*en materia de derecho civil, excepto en las materias que el artículo 149.1.8 de la Constitución atribuye en todo caso al Estado*») y el citado 147.2¹². Es clara la advertencia del Tribunal Constitucional al respecto:

«En consecuencia, tampoco lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2009, pese a ser claro eco del artículo 478.1 LEC, puede abrir la vía para que la competencia de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat se extienda, como pretende el artículo 3.4 de esa misma Ley, más allá de lo establecido por el Estatuto de Autonomía de Cataluña. El corolario inexcusable de este razonamiento conlleva evidentemente una interpretación restrictiva del propio artículo 1. En coherencia con el alcance que hemos atribuido al título competencial del artículo 147.2 EAC, y más concretamente, en atención a lo que dispone el artículo 3.4 una vez que ha quedado depurado del exceso competencial en el que ha incurrido, la dicción literal del artículo 1 de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2009 en ningún caso puede dar lugar a entender que la competencia autonómica se extiende a la resolución de recursos gubernativos fundados en Derecho civil común o en otros Derechos civiles forales o especiales. Tal es, en definitiva, la única interpretación adecuada a la legalidad constitucional que cabe efectuar del artículo 1 en conexión con el artículo 3.4».

El Tribunal Constitucional hace esta afirmación tras rechazar, de forma expresa, el argumento utilizado por la representación de la Generalidad y del Parlamento de Cataluña para defender la competencia expansiva de la DGDEJ a los recursos en los que se cuestionen materias de derecho civil catalán en conjunción con otras ajenas a él, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 478.1 LEC. Conforme al artículo 478.1 LEC, el TSJ de Cataluña es, en última instancia, el órgano judicial competente, en los asuntos en los que se ventila una norma de derecho civil catalán «*junto con otros motivos*». Defendían las representaciones de la Generalidad y del Parlamento de Cataluña que si al TSJ de Cataluña le corresponde «*la unificación de la jurisprudencia hipotecaria en cuanto incida o afecte a normas de derecho sustantivo o procesal de Cataluña, únicamente la DGDEJ se halla habilitada para en la vía previa administrativa el conocimiento de aquellas materias que su órgano judicial ad quem revisará y unificará*», defendiendo, en definitiva, que «*resulta congruente y plausible que el ámbito competencial material de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalidad y*

del citado Tribunal Superior resulte, en este punto, coincidente». El Tribunal Constitucional rechaza de plano el argumento:

«No cabe acoger este argumento, porque [...] la Ley de Enjuiciamiento Civil es una ley estatal que, dictada en ejercicio de su competencia, exclusiva sobre «legislación procesal» (art. 149.1.6 CE), establece legítimamente un criterio de distribución de competencias entre dos órganos jurisdiccionales integrados en el Poder Judicial, asimismo único y de carácter estatal [...]. De ello se sigue la evidencia de que el reparto interno de competencias entre los órganos jurisdiccionales no confiere a la Comunidad Autónoma de Cataluña competencia administrativa extramuros de los recogidos en su Estatuto de Autonomía. En otras palabras, el artículo 478.1 LEC carece de virtualidad para ampliar la competencia atribuida a la Generalidad de Cataluña por el artículo 147.1 EAC y sanar así el vicio de inconstitucionalidad en que incurre el citado precepto».

Produce por eso perplejidad que la DGDEJ vuelva a utilizar este argumento, rechazado expresamente por el Tribunal Constitucional, para tratar de justificar su competencia respecto de los llamados recursos «mixtos» (véase Fundamento de Derecho 2.5 de la resolución de la DGDEJ de 25 de julio de 2019, BOGC de 7 de agosto). En línea con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, la doctrina de la DGRN también ha sido cristalina al establecer que la DGDEJ es competente para la resolución de los recursos contra la calificación registral únicamente cuando *«las calificaciones impugnadas o los recursos se fundamenten de forma exclusiva en normas del derecho catalán o en su infracción»*, mientras que *«la competencia para resolver recursos mixtos, es decir, basados en cuestiones específicas de derecho catalán como, además, en cuestiones de derecho común u otros derechos corresponde a la Dirección General de los Registros y del Notariado»* (RRDGRN de 25 de septiembre de 2015, 4 de enero de 2016 y 14 de julio de 2017, entre otras, publicadas en el BOE el 14 de octubre de 2015, 4 de febrero de 2016 y 4 de agosto de 2017, respectivamente).

La RDGRN de 21 de octubre de 2015 (BOE de 23 de noviembre de 2015) es aún más ilustrativa sobre esta cuestión de la competencia de los recursos mixtos, retomando a su vez el hilo de razonamiento del Tribunal Constitucional:

«Ello es así porque la citada sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2014 en el recurso de inconstitucionalidad número 107/2010 planteado contra la Ley catalana 5/2009 entendió que todo lo no incluido en los términos estrictos del precepto competencial estatutario constituye competencia exclusiva e indisponible del Estado, que no puede ser menoscabada a partir de

la competencia de la Comunidad Autónoma para la conservación, modificación y desarrollo de su Derecho civil propio, aun cuando hubiera sido objeto de regulación en el Derecho civil catalán; de donde se concluye que la competencia para resolver recursos mixtos, es decir, basados en cuestiones específicas de derecho catalán como, además, en cuestiones de derecho común u otros derechos corresponde a la Dirección General de los Registros y del Notariado».

2. LA INEXIGIBILIDAD, EN TODO CASO, DE LA CONSIGNACIÓN DE LAS CANTIDADES SATISFECHAS POR EL COMPRADOR PARA EL EJERCICIO DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPLÍCITA

La doctrina de la DGRN ha venido últimamente señalando que la reinscripción del inmueble a favor del vendedor como consecuencia del ejercicio de CRE está sujeta a la acreditación de que el vendedor ha consignado a favor del adquirente, o de los titulares registrales posteriores, la totalidad del precio recibido de él, incluso en caso de que se haya pactado una cláusula penal sobre el precio abonado por el comprador. En esta doctrina, esta exigencia se dice extraer de lo prescrito en el artículo 175.6 del Reglamento Hipotecario (y ello a pesar de que este artículo obliga a la consignación *«con las deducciones que en su caso correspondieren»*):

«Para que se pueda proceder a la reinscripción del inmueble a nombre del vendedor, habrá de tenerse en cuenta por el Registrador, no solo si se han cumplido los requisitos y formas que señala el artículo 55 (sic) del Reglamento Hipotecario, sino también si se han realizado por el vendedor aquellas otras obligaciones derivadas de la cláusula pactada, como podría ser en su caso, la consignación, de acuerdo con el artículo 175-6.º del Reglamento, del valor del bien vendido o del importe de los plazos, que con las deducciones, si proceden, haya de ser devuelto, sin que quepa disminuir nada en base a una posible cláusula penal cuando pueda tener aplicación la corrección judicial prevista en el artículo 1154 del Código civil» (RDGRN de 17 de septiembre de 1987, *RJ* 1987, 6567). Ídem, RRDGRN de 29 de diciembre de 1982, *RJ* 1982, 8066, de 16 de septiembre de 1987, *RJ* 1987, 6566, de 19 de enero de 1988, BOE de 2 de febrero de 1988, entre otras muchas).

A) *La consignación de cantidades pese a la existencia de una cláusula penal, en relación con la moderación judicial equitativa de la pena*

La DGRN ha sentado en algunas resoluciones que el fundamento del requisito de consignación total de lo percibido por el vendedor al tiempo

del ejercicio de la CRE se justifica en que la ineficacia del contrato produce, respecto de una y otra parte, el deber de restituirse las prestaciones recibidas, tal y como prevé el artículo 1123 del Código civil: *«Se trata de un deber que impone recíprocas prestaciones y que, como ocurre en la ineficacia por rescisión, uno de los contratantes solo estará legitimado para exigir del otro la devolución cuando cumpla por su parte lo que le incumba»* (RDGRN de 25 de enero de 2012, *RJ* 2012, 5935; ídem RRDGRN de 7 de diciembre de 2010, *RJ* 2011, 552 y 14 de abril de 2014).

Y la consignación total de lo recibido es exigible, en opinión de la DGRN, incluso aunque comprador y vendedor hayan pactado una cláusula penal respecto de lo recibido, a la vista de la sempiterna facultad de moderación judicial de la pena que recoge el artículo 1154 del Código civil: *«[...] no cabe deducción alguna de la cantidad que deba ser consignada, basándose en la cláusula penal, por cuanto puede tener lugar la corrección judicial prescrita en el artículo 1154 del Código civil [...] sin que quepa pactar otra cosa en la escritura»* (RDGRN de 25 de enero de 2012, *RJ* 2012, 5935; ídem, RRDGRN de 7 de diciembre de 2010, *RJ* 2011, 552 y 14 de abril de 2014).

Justifica la DGRN que esta solución pone de manifiesto que *«la consignación trata de tutelar no solo el interés del comprador cuya titularidad se resuelve o de los titulares de derechos inscritos o anotados con posterioridad a la condición resolutoria, sino el de cualquiera que pueda proyectar algún derecho sobre las reseñadas cantidades aunque el comprador ya no sea titular de la finca»*, por eso, con la prohibición de que se pacte en escritura pública la disminución de las cantidades a consignar, se pretende evitar *«que a espaldas de los terceros, transmitente y adquirente concierten acuerdos sobre la resolución [...] en menoscabo de la posición que corresponde a aquellos»* (RDGRN de 9 de junio de 2010, BOE del 10 de agosto de 2010 y 6 de julio de 2012, *RJ* 2012, 10071).

Yendo incluso más allá de la mera protección de los titulares de derechos reales inscritos o anotados sobre el inmueble afectado por la CRE, alguna resolución de la DGRN incluso impone la consignación en garantía de *«cualquiera que pueda proyectar algún derecho sobre las reseñadas cantidades, aunque el comprador ya no sea titular de las fincas»*: *«Es a la cantidad consignada y no a la finca a la que se trasladan los derechos preexistentes y contra la que se podrá dirigir las acciones de exigencia de responsabilidades (cfr. art. 1911 CC) que puedan corresponder a los legitimados para ello como consecuencia del efecto de subrogación real u objetiva que se deriva de la propia resolución»* (RDGRN de 6 de julio de 2012, *RJ* 2012, 10071).

En definitiva conforme a esta línea de razonamiento, al socaire de la protección del derecho del titular registral posterior o, aún peor, del derecho de un hipotético tercero sin derecho real alguno respecto de la finca vendida se perjudica o condiciona el derecho del titular registral anterior,

tal y como ese derecho resulta de la propia inscripción: el vendedor con CRE inscrita. El mundo al revés. Porque, constando inscrita la CRE y la cláusula penal, ¿no parecería más razonable permitir el pleno despliegue de los efectos propios de la CRE (que es la reinscripción a favor del vendedor) incluso a riesgo de que, en el eventual proceso judicial, se acuerde la moderación judicial equitativa de la pena y venga, en consecuencia, el vendedor obligado a efectuar alguna restitución al comprador o los titulares registrales posteriores? En el conflicto de intereses entre uno y otros, y constando inscrita la CRE y la cláusula penal, ¿es preferible proteger al sujeto gravado por la CRE —el comprador—, o al titular de derecho registral posterior, en vez de al beneficiario del derecho con rango anterior? ¿No resulta más coherente con la función de la CRE y de la cláusula penal, estando ambas inscritas, que la protección del comprador o del titular registral que impugnan o cuestionan el presupuesto de la resolución, o que alegan cumplimiento parcial o irregular para basar una moderación judicial de la pena, se articulara extrarregistralmente, sin obstar al pleno y normal desenvolvimiento de la CRE y la cláusula penal pactada (que es la reinscripción a favor del vendedor sin restitución-consignación de cantidades), mediante el oportuno procedimiento judicial en el seno del cual poder solicitar, y en su caso obtener, anotación preventiva de demanda que haga plenamente efectiva la resolución judicial que eventualmente se obtenga frente a titulares registrales posteriores que deduzcan sus derechos del vendedor que ha reinscrito?

La inanidad de la exigencia de consignación de lo percibido a favor del dueño o de los terceros registrales, incluso aunque se le haya atribuido el carácter de cláusula penal a favor del vendedor, se hace extrema cuando, como en nuestro *case study*, las partes atribuyen al precio percibido el carácter de cláusula penal y, además, pactan que resultará de aplicación, en su totalidad, en el caso de incumplimiento parcial, irregular o tardío del precio aplazado. El artículo 175.6.^a del Reglamento Hipotecario, con buen criterio, impone la consignación de los importes que hayan de ser devueltos «con las deducciones que en su caso procedan».

Porque la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras muchas, las SSTs de 7 de abril de 2014, 2 de octubre de 2017, 24 de octubre de 2017 y 14 de febrero de 2018) ha enfatizado que, de la interpretación correcta del artículo 1154 del Código civil, se extrae que no cabe la moderación judicial de una pena si esta ha sido establecida para sancionar un incumplimiento concreto en el marco de la relación contractual en cuestión (por ejemplo, no acudir al otorgamiento en una fecha determinada), en el entendimiento de que el referido precepto solo admite la moderación judicial cuando se haya pactado la cláusula penal para el incumplimiento total y el deudor haya cumplido solo parcialmente o extemporáneamente. Así, la moderación

judicial de la pena está 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, han pactado de forma inequívoca atribuir la pena (en su integridad) al incumplimiento de una obligación concreta (SSTS de 22 de octubre de 2002, *RJ* 2002, 8775 y 5 de diciembre de 2003, *RJ* 2003, 8786).

Cuando la STS de 22 de octubre de 2002 destaca que la cláusula penal solo puede tener relevancia, en el contexto de una CRE, cuando forme un todo con la CRE no hace sino refrendar lo que aquí se mantiene: la consignación de lo percibido a disposición del comprador (o los terceros registrales) solo es requisito de ejercicio de la CRE cuando procede y no cuando, por formar la cláusula penal un todo con la CRE, el comprador carece de derecho de restitución de lo pagado¹³. Precisamente por esa razón, es exigible la inscripción de una cláusula penal accesoria a una CRE, a pesar del carácter puramente personal de cualquier cláusula penal.

La DGRN se ve obligada a desestimar las objeciones de los registradores a la inscripción de la cláusula penal accesoria a una CRE pese a que, en un ejercicio de incongruencia, después impide el despliegue del efecto propio de la CRE, que es la reinscripción, sin efectuar a favor del comprador o los terceros registrales consignación de cantidades cuya restitución precisamente no opera por mor de la cláusula penal inscrita:

*«Otro tema debatido hace referencia a la inscribibilidad de la cláusula penal prevista para el caso de resolución, la que es negada por el registrador por tratarse de estipulaciones personales carentes de trascendencia real. La cuestión, sin embargo, dista de ser sencilla, dada la unidad negocial configurada en concordancia con la finalidad práctica perseguida, la supeditación del efecto restitutorio real al simultáneo cumplimiento de cierto contenido obligacional, así como la posible actuación extrajudicial del supuesto y la hipotética aparición de terceros interesados, se produce una íntima conexión entre las varias estipulaciones integrantes, de modo que la eficacia plena de cada una de ellas, no puede determinarse aisladamente sino en conjunción con las restantes; por ello, la plasmación registral del negocio no puede realizarse exclusivamente en función de la naturaleza básica, real u obligacional, de cada una de sus estipulaciones, sino que junto a este criterio ha de procurarse la no desnaturalización de la autonormación de intereses particulares efectuada por los otorgantes dentro de los límites legales [...] Por todo ello y habida cuenta de las exigencias de claridad y precisión de los pronunciamientos registrales y de la necesaria expresión en el asiento de todos los pormenores del título que definan la extensión del derecho inscrito (arts. 9-2.º LH y 51-6.º RH), debe mantenerse la consignación judicial registral de las cláusulas penales que acompañan a las previsiones resolutorias expresas» (RDGRN de 5 de febrero de 1990, *RJ* 1990, 727).*

Si no existe la posibilidad de recuperación por parte del comprador de las cantidades abonadas al vendedor, por mor de la cláusula penal adoptada por las partes, ni tampoco la posibilidad de moderación de dicha cláusula penal, no procede (conforme al derecho civil extrarregistral) la restitución de lo pagado a favor del comprador, ni tiene fundamento alguno su consignación a favor de los terceros registrales (conforme al derecho registral) para que el vendedor-acreedor pueda reinscribir el dominio a su nombre ya que, como la propia doctrina de la DGRN citada recoge, la ratio de la consignación de cantidades en los supuestos de cláusula penal es, precisamente, la aplicación de la corrección judicial de la misma «*cuando pueda tener aplicación*» (RDGRN de 16 de septiembre de 1987, *RJ* 1987, 6566).

Naturalmente, puesto que la cláusula penal pactada en relación a una CRE puede perjudicar a terceros, debe hacerse constar en el registro; en caso contrario, los terceros adquirentes del bien o de un derecho sobre él que, fruto de la resolución, lo perdiesen no sabrían sobre qué cantidades, de las satisfechas por el comprador, recae su expectativa subrogatoria (RRDGRN de 5 de febrero de 1990, *RJ* 1990, 727 y 4 de mayo de 1992¹⁴).

B) Excepciones a la consignación de lo percibido como requisito necesario de ejercicio de la condición resolutoria explícita a efectos registrales.

Siendo innegable la existencia de una línea discursiva consistente en las resoluciones de la DGRN en torno a la necesaria consignación de lo percibido por el vendedor a favor del adquirente o de los terceros registrales, como requisito de la eficacia registral del ejercicio de la CRE, aún es más consistente la doctrina de la DGRN en sentido contrario, en relación con muchas y variadas instituciones jurídicas distintas de la CRE, defendiendo la DGRN el derecho a la inscripción a favor del beneficiario de la institución de que se trate, con la consiguiente resolución del dominio del *dominus* inscrito (y del derecho de los terceros registrales) sin consignación de cantidades a favor del titular registral (o de los terceros registrales):

a) En relación con opciones de compra

Numerosas resoluciones de la DGRN han excepcionado el principio general de consignación a favor del dueño registral (o los terceros registrales) del precio de ejercicio de las opciones de compra (RRDGRN de 27 de septiembre de 2014, 30 de mayo de 2017, 31 de mayo de 2017 y 22 de enero de 2018, publicadas en el BOE en fechas 27 de octubre de 2014, 22 de junio de

2017, 24 de junio de 2017 y 1 de febrero de 2018, respectivamente) en muy variadas circunstancias con la justificación de fondo de que, de lo contrario, en un intento de proteger al dueño o los terceros registrales posteriores a la opción, se perjudicaría al propio titular de la opción de compra:

«Es también doctrina reiterada que el principio de consignación integra del precio establecido por diversas resoluciones —entre ellas la de 11 de junio de 2002—, debe impedir pactos que dejen la consignación y su importe al arbitrio del optante, pero no puede llevarse al extremo, pues implicaría, so pretexto de proteger a los titulares de los derechos posteriores a la opción, perjudicar al propio titular de la opción, que goza de preferencia registral frente a ellos. Así pues, es necesario analizar los eventuales pactos establecidos sobre este particular en cada caso concreto».

La DGRN ha admitido, con generosidad, que la obligación del optante de consignar a favor de los titulares registrales posteriores el precio de ejercicio de la opción cede, por ejemplo, en aquellos casos en los que se pacte por las partes contratantes del derecho de opción que el pago del precio se lleve a cabo en términos que, por ser oponibles frente a terceros, hagan inviable su consignación (debiendo todo ello estar convenido en la escritura de concesión del derecho de opción y reflejado en el asiento registral), o cuando la obligación de pago del precio de ejercicio se satisface por cualquiera de las formas previstas en el ordenamiento distintas del pago o de la consignación, como podría ser la compensación, la confusión, etc.

En particular, la DGRN no ha tenido ningún empacho en sancionar que no procede la consignación del precio que el optante válidamente retenga en atención a la existencia de una carga previa, que el concedente de la opción se obligó a cancelar pero no canceló, con reinscripción a su favor del dominio y cancelación de los derechos de los terceros registrales, porque eso es precisamente lo que presupone la efectividad real y *erga omnes* del derecho de opción de compra, merced a su inscripción:

«Y así puede efectuarse la deducción del importe de la prima de la opción, es decir, de aquella cantidad que se ha abonado al concederla, o del importe de cargas anteriores a la propia opción que sean asumidas o satisfechas por el optante. Igualmente, no procede exigir tal consignación cuando el optante retiene la totalidad del precio pactado para hacer frente al pago del préstamo garantizado con la hipoteca que grava la finca y que es de rango preferente al derecho de opción ejercitado o cuando se haya pactado el pago por compensación siempre que no encubra una opción en garantía.

[...]

Este Centro Directivo ha reconocido la posibilidad de cancelación de las cargas posteriores sin proceder a la correspondiente consignación del precio cuando no proceda pago alguno en el momento de la compraventa según lo convenido en la escritura de concesión del derecho de opción y reflejado en el asiento registral.

En general, puede decirse que no habrá obligación de consignar cuando la forma de pago que se hubiera pactado no permite la consignación por no haber entrega alguna de cantidad» (RDGRN 22 de enero de 2018, BOE del 31 de enero de 2018).

«Una vez ejercitado un derecho de opción de compra puede solicitarse la cancelación de las cargas que hubiesen sido inscritas con posterioridad al reflejo registral del mismo pues no otra cosa significa la transcendencia real de la opción. Cuando este derecho de adquisición preferente se ejercita debidamente y su titular se convierte en propietario de la finca objeto del mismo, lo que procede es la cancelación de los derechos que se resuelven tal como exige el artículo 79.2 de la Ley Hipotecaria de modo que la cancelación de las cargas posteriores es solo una inevitable consecuencia de la extinción del derecho gravado. Ahora bien, para ello es necesario, como regla general, el depósito del precio pagado a disposición de los titulares de las cargas posteriores (cfr. art. 175.6 RH)». El conjunto de interés en juego exige, para que el mecanismo de cancelación de derechos sin consentimiento de su titular funcione correctamente, que las cantidades deducidas sean indubitadas y consten debidamente acreditadas» (RDGRN 16 de diciembre de 2015 —BOE 30 de diciembre de 2015—, con cita de RDGRN de 6 de noviembre de 2013).

b) En relación con arrendamientos financieros con condición resolutoria:

Resulta asimismo destacable la RDGRN de 15 de junio de 1998 (BOE de 20 de julio de 1998), relativa a un contrato atípico de *leasing*, con elementos de arrendamiento financiero y de compraventa, en la cual la DGRN admitió que no resultaba exigible la consignación de cantidades para ejecutar la CRE por incumplimiento, habiendo alegado precisamente las partes que las rentas abonadas no debían ser consignadas puesto que no le eran debidas al arrendatario, al haber sido pactadas como pena en caso de resolución.

c) En relación con condiciones resolutorias explícitas:

Las RRDGRN de 10 de abril de 1987 y 16 de diciembre de 2015 (BOE 30 de diciembre de 2015) refieren variados casos en el ordenamiento jurídico español en los que se puede proceder a la resolución o purga de los gravá-

menes ulteriores sin necesidad de consignación de cantidad alguna a favor de los titulares registrales posteriores, entre los que se cita precisamente el ejercicio de la CRE por impago de precio aplazado: *«Este es el supuesto del presente caso, de resolución de gravámenes ulteriores sin necesidad de consignación de cantidad alguna, que es uno más entre los muchos posibles conforme a nuestro Derecho. Así ocurre, por ejemplo, cuando extinguido el plazo del derecho temporal de superficie, el propietario del suelo hace suya la edificación llevada a cabo en cumplimiento de lo pactado (cfr., art. 54.5 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre); o los casos de donación con reserva de la facultad de disponer (cfr. la resolución de 23 de octubre de 1980), en los de reversión de donaciones, o revocación de donación por incumplimiento de cargas inscritas (cfr. arts. 647 CC y 37.2 LH), en los de ejercicio de la condición resolutoria explícita por impago del precio totalmente aplazado, ejecución, judicial o extrajudicial, de hipoteca preferente cuando no queda efectivo sobrante o, en fin, en los de ejercicio del derecho de opción con pago por compensación de otros créditos del optante frente al concedente».*

C) Los límites de los derechos de terceros registrales en relación con la consignación de cantidades

Si la DGRN, en relación a opciones de compra, ha justificado la prevalencia de la protección del titular de la opción frente a la del tercero registral, para hacer inexigible en todo caso la consignación a favor de los titulares registrales posteriores del precio de ejercicio de la opción como condición de la válida inscripción del dominio a favor del optante y para la purga de los derechos anotados o inscritos sobre el dominio por terceros registrales, ¿por qué no habría de darse esa misma protección o trato al beneficiario de una CRE inscrita? ¿No proporciona la inscripción de la condición resolutoria expresa a quienes anoten o inscriban sus derechos sobre los del comprador la misma información sobre el riesgo que atenaza el dominio (y, por necesaria extensión, sus propios derechos), que la que facilita la opción de compra inscrita? ¿Tiene el tercero registral más o mejor derecho a exigir la consignación a su favor del precio pagado por el comprador, en caso de impago del precio aplazado, pese a que no proceda civilmente tal restitución o se haya cumplido de cualquier otra forma distinta del pago con esa obligación, que el que tiene el tercero registral con derecho anotado o inscrito de rango posterior al de una opción de compra inscrita?

No puede olvidarse que los terceros hipotecarios asientan sus derechos inscritos o anotados sobre la base del dominio del comprador, pero no lo hacen mejor ni peor que el derecho del comprador-deudor: si el comprador

ha aceptado válidamente atribuir a lo percibido el carácter de Cláusula Penal, aplicable en integridad, para el caso de impago total o parcial, o de cumplimiento tardío, carece el comprador del derecho a reclamar la restitución de cualquier parte del precio pagado, y por tanto no puede pedirse al vendedor esta consignación ni como condición de ejercicio de la CRE, ni a ningún otro efecto jurídico. Simple y llanamente, no existe obligación civil alguna de restitución de las cantidades pagadas por el comprador; y, por tanto, no se puede pedir al beneficiario inscrito de la CRE que realice una prestación, a meros efectos registrales (a los efectos de conseguir la reinscripción del dominio), que carece de fundamento civil extrarregistral.

Y esta misma imposibilidad se extiende, por consecuencia ineludible de nuestro derecho civil e hipotecario, a los terceros registrales con derechos inscritos o anotados sobre el dominio del comprador. Todo ello, obviamente, con tal de que el registro advierta a los potenciales titulares registrales posteriores de la inscripción de la CRE que recae sobre el inmueble, de los términos de la obligación (el precio aplazado y la fecha de pago), de los efectos del impago o del incumplimiento (sea total, sea meramente parcial) o del cumplimiento tardío (que es el devengo de una penalidad cierta, inequívoca y terminante, por la suma de los pagos realizados por el comprador) y, por tanto, de las consecuencias del incumplimiento del total precio aplazado en la fecha de pago pactada, en caso de ejercicio de la CRE sobre el dominio del comprador, todo ello conforme impone el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, el 51.6.^a o el 175.6.^a del Reglamento Hipotecario.

Como se menciona en este trabajo, la DGRN ha mantenido (hay que reconocer que sin grandes fisuras) una línea argumentativa que reconoce a los terceros registrales el derecho a impedir la reinscripción del dominio a favor del vendedor oponiéndose o cuestionando el válido ejercicio de la CRE o si no realiza el vendedor consignación a su favor del precio íntegro ya recibido, incluso aunque se haya pactado una Cláusula Penal (como en el caso que analizamos) o si se ha satisfecho esa deuda de restitución de cualquier otra forma (por ejemplo, mediante compensación). Y ello, pese a reconocer que la consignación de la totalidad de lo recibido puede tener alcance meramente *«provisional»* (e incluso claudicante), hasta que recaiga la sentencia judicial que resuelva qué porción de lo entregado, en su caso, debe perder el comprador: *«[...] es a la cantidad consignada y no a la finca a la que se trasladan los derechos preexistentes y contra la que se podrán dirigir las acciones de exigencia de responsabilidades (cfr. art. 1911 CC) que puedan corresponder a los legitimados para ello como consecuencia del efecto de subrogación real u objetiva que se deriva de la propia resolución»* (RDGRN de 9 de junio de 2010, BOE del 10 de agosto de 2010; ídem RDGRN de 6 de julio de 2012, RJ 2012, 10071).

«[...] en el importe que en tal caso se consignara por el transmitente podrán existir cantidades que fueron indebidamente consignadas porque la deducción posible no pudo de momento ser determinada» (RDGRN de 25 de enero de 2012), por ejemplo, *«aquellas cantidades abonadas por el comprador y afectadas por la cláusula penal estipulada, las cuales también quedarán alcanzadas por el efecto subrogatorio anteriormente aludido, si bien de una forma provisional en tanto no se declare judicialmente la plena exigibilidad de aquella cláusula penal»*.

[...]

«El que sea necesaria la consignación para la reinscripción del dominio a favor del vendedor no implica que, al tiempo de practicarse dicha reinscripción, *«corresponda prejuzgar sobre la preferencia sustantiva que en relación con el importe consignado pueda corresponder al vendedor o a los acreedores del comprador en función de las diversas vicisitudes concurrentes en el caso (arts. 1291 núm. 3, 1911 y 1923 CC y 44 LH)»*» (RDGRN de 9 de junio de 2010, BOE del 10 de agosto de 2010).

«En el supuesto del presente recurso se pretende la reinscripción a favor del transmitente [de] (sic) una finca vendida bajo condición resolutoria explícita, en virtud de acta notarial, por la que se notifica al comprador la rescisión del contrato ante la falta de pago del precio en los términos convenidos y en la que este último se manifiesta de acuerdo con la resolución y declara que nada tiene que reclamar de la Sociedad vendedora por haberle devuelto esta las letras vencidas e impagadas y las pendientes de vencimiento y quedando las cantidades ya abonadas afectadas a una cláusula penal estipulada [que constaba igualmente inscrita] [...] En tanto no conste tal consignación [a favor de los embargantes posteriores] en los términos antes indicados, ni puede practicarse la reinscripción a favor del vendedor ni pueden cancelarse los derechos que traigan causa del comprador» (RRDGRN de 2 y 4 de febrero de 1988 (*RJ* 1988, 1211 y *RJ* 1988, 1214, respectivamente). Y ello a pesar de que consta el reconocimiento en instrumento público por el comprador del impago del precio aplazado, y de la restitución de lo que correspondía (toda vez que el vendedor tenía derecho a retener lo pagado en virtud de cláusula penal inscrita y, por tanto, plenamente oponible a los titulares registrales posteriores.

«Lo que no cabe concluir es que el efecto subrogatorio se produzca respecto de todas las cantidades consignadas por el vendedor para obtener la reinscripción a su favor; la consignación global es únicamente presupuesta de la operatividad registral de la resolución, precisamente porque se realizó extrajudicialmente, pero no implican que pertenezcan al comprador en su integridad y de modo definitivo todas esas cantidades» (RDGRN de 5 de febrero de 1990, *RJ* 1990, 727).

Es decir, en la contraposición de los intereses en juego (por un lado, el del vendedor con CRE inscrita al que se impaga el precio aplazado, habiendo

pactado una cláusula penal —también inscrita— respecto de la totalidad del precio pagado por el comprador y, por el otro lado, el del tercero registral que conoce, gracias al Registro, todas esas vicisitudes, y que va a ver resuelto su derecho en caso de ejercicio de la CRE, sustituido apenas por la cantidad pagada que el comprador tenga derecho a recuperar), la DGRN da prevalencia al tercero registral, obligando al vendedor a consignar la totalidad de lo recibido a favor del tercero registral, o permitiendo que la reinscripción del título a favor del vendedor se frustre por la mera objeción del comprador o del tercero registral. Lo que, si bien se mira, constituye una auténtica inversión del sentido del rango registral, y de la base *prior in tempore* de la legislación hipotecaria.

Son pocas las veces que la DGRN se ha visto forzada a relajar la contumacia de esa línea interpretativa admitiendo que nada debe consignarse a favor del tercero registral, y que no existe derecho alguno de subrogación del tercero registral en las cantidades a restituir por el vendedor al comprador, cuando nada debe el vendedor. La RDGRN de 27 de mayo de 2005, por ejemplo, en el caso de una anotación de embargo posterior a la inscripción de la CRE, señala que cuando la sentencia declarativa de la resolución condena al comprador a perder las cantidades entregadas al vendedor, al no haber nada que devolver, nada habrá que consignar y sobre nada recaerá la subrogación a que tienen derecho los terceros registrales conforme a la máxima *pretium succedit in locum rei* que sanciona el artículo 175.6.^a del Reglamento Hipotecario.

Por tanto, aunque la DGRN admita la eficacia *erga omnes* de una CRE en combinación con una cláusula penal también inscrita, obliga al vendedor a efectuar una consignación total de lo percibido a favor del comprador o de los titulares registrales (como condición para la reinscripción del dominio a su favor), y ello pese a que la DGRN no tenga más remedio que admitir que el tercero registral no tiene más o mejor derecho que el del comprador, sino solo un derecho de «*subrogación real u objetiva*» en los derechos del comprador (RRDGRN de 2 y 4 de febrero de 1988, *RJ* 1988, 1211 y *RJ* 1988, 1214, respectivamente, o 5 de febrero de 1990, *RJ* 1990, 727). La cancelación o purga del título del tercero registral como consecuencia de la resolución del título del comprador presupone la subrogación en los derechos económicos del comprador respecto a la venta, cualesquiera que estos sean, y no que el tercero registral tenga un derecho autónomo, absoluto, a la reintegración de lo percibido por el vendedor hasta el ejercicio de la CRE (como el derecho autónomo, absoluto, que tiene el cesionario inscrito de la hipoteca, pese al pago hecho por el deudor al cedente tras la inscripción de la cesión). O sea, si el comprador no tiene derecho alguno de restitución, el tercero registral tampoco lo tendrá, incluso en el caso de que la cláusula penal no hubiera quedado inscrita. Al contrario, si la CRE y la cláusula penal han

quedado inscritas, ¿qué sentido tiene exigir, para la reinscripción a favor del vendedor, el aquietamiento del comprador o de los terceros registrales, o la consignación a su favor de cantidades a las que no tendrán derecho alguno?

El desacierto de esta línea de razonamiento se evidencia en determinadas resoluciones, pues la DGRN se ve obligada a admitir que la sentencia firme que sancione la validez de la cláusula penal, incluso obtenida en juicio en que no hayan sido parte los titulares registrales posteriores, les es oponible. Véase por ejemplo, el fundamento quinto de la RDGRN de 6 de julio de 2012, *RJ* 2012, 10071, relativa al ejercicio judicial de una CRE sin traer al procedimiento al embargante posterior: *«El recurrente argumenta frente a ello que en la demanda se solicitó que, en virtud de la cláusula penal pactada en el contrato, no se dedujese cantidad alguna de las ya percibidas por el vendedor demandante, y que en la sentencia se estima la demanda en su integridad, por lo que tal extremo está amparado por la eficacia de cosa juzgada. Pero nuevamente nos encontramos con que esta afirmación no se encuentra respaldada por la documentación presentada, pues ni se aporta el escrito de interposición de la demanda, ni se contiene en el testimonio de la sentencia ni en el mandamiento presentado afirmación alguna en relación con tal petición, por lo que dicho extremo no puede tenerse por acreditado a los efectos de este expediente [...], sin perjuicio de la posible subsanación del defecto en caso de que se obtenga la correspondiente aclaración del fallo en el sentido alegado por el recurrente»*.

Si es oponible la sentencia firme que confirma la validez de la cláusula penal, incluso aunque los terceros registrales no hayan sido parte del procedimiento, ¿qué sentido puede tener realizar a favor de los titulares registrales posteriores la consignación de cantidades que no van a tener derecho a percibir, constando inscrita —y bajo la salvaguarda de los tribunales— una cláusula penal que así lo establece?

La jurisprudencia por el contrario ha venido sentando el concepto de tercero registral adquirente de derechos siempre desde la perspectiva limitativa de aquello que se ha hecho constar en el Registro, que no es ni más ni menos que el derecho del que goza su transmitente, dando así preferencia o prioridad, en la contraposición de intereses en juego, al titular de la CRE (SSTS de 7 de diciembre de 1987, *RJ* 1987, 9280 y 5 de marzo de 2007, ROJ 1192/2007): *«El concepto de “tercero” con respecto de un determinado contrato, negocio o situación jurídica, corresponde, como entiende un autorizado sector de la doctrina científica, en un orden civil puro, al que es extraño o ajeno al mismo, y a los efectos que la protección que la inscripción de su derecho en el Registro de la Propiedad significa, en concreto la que deriva de la operancia del principio de fe pública registral que los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria consagra, es «tercero» en el campo del derecho hipotecario el adquirente que por haber inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad*

no puede afectarle lo que no resulte de un determinado contenido registral, anterior a su adquisición [...], la fe pública registral no desempeñará la menor función convalidante o sanatoria, ya que únicamente asegura la adquisición del tercero protegido en cuanto la misma se apoye en el contenido jurídico del Registro [...]».

El registro no crea derechos, ni los mejora, sino solamente los publicita y los pone a cubierto de determinadas acciones o excepciones¹⁵.

En consecuencia, en nuestro caso de autos, los titulares registrales posteriores no tendrán un derecho a la consignación a su favor de cantidades respecto de las que no tenga derecho o título de crédito el comprador, por aplicación de la Cláusula Penal. Y de ahí que no exista obligación alguna de consignar, siquiera «provisionalmente», lo recibido del comprador como condición para reinscribir el dominio a favor del vendedor.

El verdadero derecho de los terceros registrales posteriores no es otro que el de pagar el precio aplazado en la fecha prevista por cuenta del comprador, si este no lo hace, conforme a lo previsto en el artículo 1210 del Código civil, presumiéndose legalmente la subrogación en los derechos del comprador por el pago. Ya lo consienta, ya lo ignore el comprador-deudor¹⁶. Y pueden hacerlo desde el momento en que el pago sea debido y hasta que el vendedor haya dirigido al comprador el «requerimiento» de resolución del artículo 1504 del Código civil. Este, y no otro, es su privilegio y su protección. Pero no el de obstaculizar o impedir el normal desenvolvimiento del ejercicio de una CRE, o el de recibir la consignación a su favor de cantidades que, como resulta del propio registro, el comprador no tiene derecho a percibir.

3. LA REINSCRIPCIÓN REGISTRAL A FAVOR DEL VENDEDOR

A) La reinscripción, incluso cuando no conste el consentimiento del comprador o de los terceros registrales, y hasta con su oposición, sin refrendo judicial

El ejercicio de una condición resolutoria motivada por el incumplimiento contractual de una de las partes exige, *ex* artículo 1123 del Código civil, la restitución de lo entregado; en el caso de inmuebles inmatriculados en un Registro de la Propiedad que, por virtud de la venta, se han inscrito a favor del comprador, la restitución conlleva o comporta la reinscripción registral a favor de su titular original.

El pacto contractual por el que el vendedor se reservara el derecho a resolver la venta en caso de impago del precio aplazado en el tiempo convenido, y de «verificar la nueva inscripción a favor del vendedor o de su

causahabiente» haciendo constar «*la notificación judicial o notarial hecha al comprador por el vendedor de quedar resuelta la venta*», acompañando «*el título del vendedor*», incluso si se opone el comprador o los terceros registrales, naturalmente que sería válido e inscribible, puesto que un pacto de ese tipo no haría sino integrar como regla contractual el tenor del artículo 59 del Reglamento Hipotecario (que, por lo demás, sería aplicable incluso no habiendo sido expresamente acogido por las partes). Es verdad que la normativa reguladora de la forma, requisitos y efectos de los asientos registrales es derecho indisponible (art. 608 CC), pero también lo es que nuestro derecho positivo acoge una modalidad de autotutela del vendedor de bien inmueble con pago aplazado, en forma de CRE, cuya principal característica es, precisamente, la reinscripción de la cosa vendida a nombre del vendedor para el caso de impago (obviamente, con cumplimiento de los requisitos legales en torno al ejercicio). De hecho, es pacífico que carece de relevancia, a los efectos de la aplicación del 1504 del Código civil, la existencia o no de pacto comisorio o la atribución o no de la facultad de resolver si el comprador no paga el precio (véanse las SSTs de 9 de febrero de 1950, 9 de marzo de 1950, 30 de diciembre de 1955 y 26 de junio de 1978 y, entre la doctrina, los trabajos de CLEMENTE; VALBUENA y NAVARRO CASTRO¹⁷).

El artículo 1504 del Código civil comporta en efecto «*una forma de autotutela privada que tiene su fuente en el pacto añadido a un contrato sinalagmático y en el cual se estipula que en el caso de que una determinada obligación no sea cumplida en el modo y tiempo establecidos pueda el acreedor insatisfecho ejercer un poder privado de resolución que se hace efectivo por medio de una declaración unilateral recepticia*» (SAP de Badajoz de 29 de abril de 2002, AC 2003, 485).

En relación con la facultad de reinscripción del dominio a favor del vendedor, la DGRN sí defendió, *illo tempore*, su carácter automático: «*[...] los mencionados preceptos introducen un enérgico sistema de autotutela a favor del vendedor, que le permite obtener la reinscripción de los bienes transmitidos en caso de incumplimiento por el comprador de su obligación de pagar el precio, a través de un procedimiento caracterizado por su automatismo*» (RDGRN de 17 de noviembre de 1978). La RDGRN de 3 de junio de 1961, RJ 1961, 2754 rechaza expresamente la necesidad del refrendo judicial para la cancelación de los embargos posteriores precisamente porque quedan «*extinguidas por circunstancias que constan en el propio Registro, como ocurre en el presente caso, en el que se practicaron dos anotaciones de embargo sobre una finca gravada con condición resolutoria*».

Pero desde hace mucho tiempo, mantiene la postura contraria al automatismo, como se viene denunciando en este trabajo: «*la condición resolutoria en garantía del precio aplazado de una compraventa de un inmueble, como*

elemento accidental del negocio, no opera automáticamente en sede registral ni en su cumplimiento (necesidad de acreditar el impago, el requerimiento notarial o judicial, la falta de oposición del comprador, etc.) [...], ni en su incumplimiento [...]» (RRDGRN de 9 de noviembre de 2009 y 11 de noviembre de 2009).

Dice la DGRN: «[...] *formulada oposición por el adquirente, deberá el transmitente acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución, esto es, la existencia de un incumplimiento, grave [...], que frustre el fin del contrato por la conducta del adquirente, sin hallarse causa razonable que justifique esa conducta*» (RDGRN de 14 de abril de 2014) o «*al hacerse tal requerimiento [extrajudicial] y no allanarse el requerido al mismo, sino oponerse categóricamente a él, a tal resolución contractual no se puede dar eficacia sin que sea estimada y declarada la misma por los Tribunales, ya que tal requerimiento es requisito previo a la demanda, y es mediante esta, cuando no existe conformidad en las partes, como debe obtenerse y producirse la declaración resolutoria*» (RDGRN de 29 de diciembre de 1982, RJ 1982, 8066).

En caso de oposición, para la nueva inscripción y la correspondiente cancelación del dominio del comprador, será necesaria la sentencia que la admita (entre otras, RRDGRN de 3 de diciembre de 1986, 4 de diciembre de 1986, 16 de septiembre de 1987, RJ 1987, 6566 y 19 de julio de 1994, RJ 1994, 6303); solo esa sentencia será «*suficiente para reinscribir la finca a favor del vendedor*» (RDGRN de 6 de julio de 2012, RJ 2012, 10071; en idéntico sentido, RDGRN de 8 de mayo de 2003, BOE de 11 de junio de 2003, entre otras).

Salvo que se mantuviera la nulidad del artículo 59 del Reglamento Hipotecario, difícilmente podría rechazarse la inscripción de un pacto de ese tipo. Aunque la legalidad del artículo 59 del Reglamento Hipotecario ha sido puesta en entredicho por alguna doctrina¹⁸, lo cierto es que no se conocen pronunciamientos judiciales, ni tampoco de la DGRN, en los que frontalmente se cuestione. Pero lo que parece impregnar las resoluciones de la DGRN en las que *de facto* se inaplica el artículo 59 del Reglamento Hipotecario es una más o menos velada alegación de que una reinscripción automática a favor del vendedor, pese a la oposición del *dominus* registral, vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva del comprador (o de los titulares registrales posteriores). Aunque se camufle bajo la invocación del principio de integridad del registro, y de la función de salvaguardia de esta que corresponde de forma exclusiva a los jueces y tribunales.

Nada, en esas afirmaciones, resulta atendible. La tutela judicial efectiva es la sacrosanta garantía para el restablecimiento de los derechos que pudieran haber sido quebrantados, tras un proceso de esclarecimiento de los hechos controvertidos.

En el supuesto analizado en que las partes —ambos empresarios— pactaron libremente y al amparo de la autonomía de su voluntad, *ex* artículo 1255 del Código civil, la resolución contractual para el caso de incumplimiento de la obligación de pago en los términos previstos por el artículo 1504 del Código civil, con reinscripción del dominio a favor del vendedor, con la mera notificación notarial o judicial de la resolución ante el impago de todo o de apenas una parte del precio aplazado, no solo no podemos hablar de quebrantamiento de derechos por la eventual ejecución de la condición resolutoria, sino que en ningún caso se podría considerar que los presupuestos de hecho que dan lugar a dicha ejecución puedan ser tenidos por hechos controvertidos. Con la máxima claridad, las partes pactaron las condiciones y los plazos en que debía pagarse el precio convenido, de tal manera que, de darse la eventualidad, pudiera proceder el vendedor a reinscribir su derecho, sin necesidad de que el comprador manifestara su aquiescencia, pues ya lo hizo a la fecha de firma de la compraventa:

*«Por otra parte, en el caso de pacto resolutorio expreso pasa a primer término la voluntad manifestada por las partes en el contrato de que la resolución discurra por la vía extrajudicial cuando el comprador no pague el precio aplazado en el término pactado. El comprador no puede oponerse a la resolución de la venta porque este derecho lo ha otorgado al vendedor en la cláusula resolutoria expresa, y esta oposición supondría la reserva de una facultad revocatoria a favor del comprador, que no aparece en la cláusula resolutoria, y estaría en contradicción con el poder resolutorio concebido solo al vendedor. Esta oposición iría en contra del artículo 1256 del Código civil que establece que la validez y eficacia de los contratos no puede quedar al arbitrio de una de las partes. Esta oposición violaría la doctrina de los actos propios («*propium actum venire contra no valet*»), según lo admite la jurisprudencia»¹⁹.*

Naturalmente que el comprador tiene un derecho irrenunciable a solicitar la tutela judicial efectiva para el caso en que entienda que no ha incumplido sus obligaciones, que no se dan los requisitos para el ejercicio de la CRE o, incluso, que el vendedor ha hecho uso abusivo de su derecho a resolver. Pero el ejercicio del derecho a reclamar justicia de los tribunales (incluso justicia cautelar encaminada a paralizar la reinscripción a favor del vendedor, si concurrieran los requisitos previstos para ello en el artículo 728 LEC y así fuera declarado judicialmente) no ha de entorpecer el normal desenvolvimiento de lo pactado, tanto en la esfera registral, como extrarregistral, conforme al contrato y a las leyes.

Y en sede registral, el normal desenvolvimiento de lo pactado, conforme a las leyes, es que el vendedor reinscriba el dominio a su favor, con la mera notificación notarial o judicial de la resolución y sin consignación de

cantidad alguna, pues ningún derecho tiene el comprador al precio pagado por mor de la Cláusula Penal.

El derecho del vendedor beneficiario de una CRE ni contraviene, ni está en contradicción, con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, ni produce indefensión alguna al comprador o a los terceros registrales, que podrán contender judicialmente como y cuando estimen oportuno. El derecho a la reinscripción del dominio del beneficiario de la CRE no es más que uno de los muchos mecanismo de solución autocompositiva previstos en nuestro Derecho, que arranca precisamente sus perfiles, y su eficacia, de la voluntad común del comprador y del vendedor y que se extiende a los terceros registrales merced a la inscripción originaria de la CRE: «[...] *la resolución opera de pleno derecho, como consecuencia de la mora del comprador y la decisión del vendedor de ejercitar el poder resolutorio pactado. La resolución de la venta no puede ser paralizada por el comprador, porque iría contra sus propios actos, puesto que reconoció in continenti, que el vendedor pudiera resolver la venta, y no puede ex intervallo oponerse a lo que se obligó en la cláusula resolutoria. Por esto, el comprador no tiene que consentir nuevamente la resolución, puesto que ya consintió en ella cuando se celebró el contrato. Este nuevo consentimiento entre vendedor y comprador ex intervallo desfigura los perfiles del pacto de la lex commissoria y se transforma en un nuevo contrato de compraventa con desplazamiento de la cosa en sentido contrario desde el comprador al vendedor*»²⁰.

Lo que se sostiene en estas líneas, en definitiva, es que no se produce vulneración del derecho del comprador por el mero hecho de operar la reinscripción del dominio a favor del beneficiario de la CRE (previo cumplimiento, claro está, de los requisitos legales) sin dar al comprador trámite para que preste su consentimiento, porque su consentimiento para esa eventualidad ya fue otorgado en el momento de la constitución de la CRE como pacto accesorio a la compraventa.

La reiteración del consentimiento del comprador es jurídicamente irrelevante para que opere la reinscripción a favor del vendedor, porque tampoco su oposición podría impedirlo, toda vez que esta es, precisamente, la esencia de la protección que ha pactado otorgar al vendedor, para el caso de incumplimiento total o parcial de sus obligaciones, siempre que el vendedor resuelva la venta conforme a las exigencias legalmente establecidas. Y tampoco es jurídicamente relevante el consentimiento de los terceros registrales (como tampoco lo sería su oposición) para que se produzca la reinscripción, pues están avisados por el contenido del Registro, cuando sus derechos se inscriben o anotan sobre el dominio del comprador, de la singular protección que la CRE atribuye al vendedor para el caso de impago del precio aplazado. Y sin que ello, obviamente, limite o restrinja el derecho de cualquiera de ellos (el comprador o los terceros registrales) a

solicitar el auxilio judicial que entiendan pertinente (¡incluso en forma de justicia cautelar!).

Esta tesis no significa la renuncia de las partes a la resolución jurisdiccional de sus discrepancias, sino que la tutela de los tribunales no es óbice, ni condición, para la reinscripción registral del dominio a favor del vendedor, tampoco respecto de los titulares registrales posteriores. El vendedor podrá ejercer su derecho a la reinscripción si se cumplen los presupuestos de la condición resolutoria, mediante simple notificación al comprador y sin necesidad de esperar su aquietamiento u oposición, lo que es plenamente congruente con la propia esencia de la CRE, que no es sino evitar *«el tiempo que se tarda en obtener esa sentencia, que va contra corriente de la celeridad de la vida mercantil y de la necesidad de que se produzcan esos ingresos en tiempo determinado, para pago de los gastos que se le atemperan, según el presupuesto confeccionado anticipadamente»*²¹. Y ello es así tanto en el plano civil extrarregistral, como en el registral, una vez que la CRE ha quedado inscrita, gracias a, o como resultado de, la aplicación de las reglas y principios hipotecarios: la presunción de corrección del Registro, la oponibilidad de lo inscrito, la inoponibilidad de lo no inscrito, etc.

Lo que patrocino, en definitiva, es lo que la DGRN exige y aplica en otras muchas situaciones jurídicas, como en la resolución de 30 de mayo de 2017 (BOE de 22 de junio de 2017) en la que la DGRN defiende el pleno desenvolvimiento del procedimiento de ejecución extrajudicial, sobre la base de la presunción de legalidad de la inscripción de la hipoteca, incluso existiendo contienda o discusión judicial respecto de la misma por los perjudicados por la ejecución: *«Dado el carácter constitutivo de la inscripción del derecho real de hipoteca la validez de la inscripción está protegida por la fuerte presunción derivada del principio de legitimación registral. La presunción no impide evidentemente que quien se encuentre legitimado impugne su validez o la del título de la que trae causa, pero no por ello se interrumpe el procedimiento de venta extrajudicial. La previa prestación de consentimiento a la constitución del derecho de hipoteca ampara el ejercicio del «ius distrahendi» y de ahí que no se interrumpa el procedimiento (sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas judiciales de aseguramiento del procedimiento ordinario entablado)»*. O en la de 27 de septiembre de 2014 —BOE del 27 de octubre de 2014—, en relación con la purga de los asientos posteriores al de inscripción de una opción de compra, a su ejercicio, incluso sin consignación de cantidades, siempre que el ejercicio de la opción se haya producido exactamente en los términos inscritos, y por tanto oponibles *erga omnes*: *«Pero en todos estos casos es fundamental que todas estas circunstancias consten pactadas en la escritura de opción y que consten debidamente inscritas [...] Entre tanto la opción no se extinga [...] no se produce un cierre registral de forma que pueden acceder derechos y cargas posteriores cuyos titulares tendrán conoci-*

miento del derecho que grava el inmueble y por tanto del eventual cambio de titularidad y la consiguiente purga y cancelación de sus asientos, ahora bien la transcendencia «erga omnes» que adquiere el derecho de opción a resultas de su inscripción implica que deben tenerse en cuenta los términos y cláusulas de la compraventa que tuvieron acceso al Registro, cuyo cumplimiento exacto hará que la opción se haya ejecutado debidamente y determinará la cancelación de asientos posteriores sin necesidad de otorgamiento de título cancelatorio específico, y la necesidad o no de íntegra consignación».

No se diga que la jurisprudencia ha avalado la tesis de la DGRN por el hecho de que algunas sentencias (por ejemplo, las SSTS de 10 de enero de 1994, 28 de enero de 1999, 15 de junio de 2003 y 14 de febrero de 2003) enfatizan que la notificación de la resolución del artículo 1504 del Código civil puede ser judicial o extrajudicial si bien, si esta última es impugnada o contestada, obviamente, corresponderá decidir a los tribunales, pues esto es algo que también podría haber escrito el famoso jurisconsulto Pero Grullo, y que no prejuzga, en absoluto, si debe o no procederse a la reinscripción del dominio a favor del vendedor en caso de no aquietamiento del comprador.

Como se ha señalado a lo largo de este trabajo, en la ponderación de los intereses del beneficiario y de los perjudicados afectados por una CRE, la jurisprudencia de nuestro alto tribunal se inclina netamente a favor del primero:

a) si para las SSTS de 7 de julio de 1998 o 10 de diciembre de 2001 (entre otras muchas) la plena eficacia de una CRE no requiere siquiera el requerimiento o intimación de pago al comprador, ¿por qué habría de resultar jurídicamente relevante su conformidad o disconformidad, o la de los terceros registrales, o que tengan uno y otro derecho a alegar lo que entiendan conveniente?;

b) si la STS de 13 de diciembre de 2000 declara que la notificación de resolución del artículo 1504 del Código civil no tiene siquiera que ser posterior al incumplimiento, sino que puede perfectamente precederlo para que la resolución surta efecto una vez producido el impago, la única circunstancia que enervaría la resolución sería el pago antes del plazo; y, en fin

c) si no cabe pagar ni consignar el precio tras el requerimiento de resolución (SSTS de 26 de octubre de 1995, 21 de marzo de 1996, 22 de febrero de 1999, 18 de abril de 2001), ni el ofrecimiento de pago posterior a aquel tiene cualquier efecto sobre la resolución ya producida (SSTS de 4 de diciembre de 1999 y 15 de julio de 2003), carece de toda trascendencia jurídica el comportamiento posterior a la resolución del comprador, o de los titulares registrales posteriores (aquietándose, consintiendo o rechazando la resolución).

Y es que, incluso en aquellos casos en los que los tribunales han moderado equitativamente la cláusula penal pactada en relación con una CRE (por ejemplo, en la STS de 18 de octubre de 2004), la sentencia no ha cuestionado la validez de la resolución operada (y el pleno despliegue de sus efectos, fundamentalmente, la readquisición por el vendedor titular de la CRE), condenando simplemente al vendedor a devolver parte de la cantidad pagada.

De la misma forma, ni siquiera el incumplimiento de las obligaciones del vendedor impiden el pleno efecto de la CRE, siendo simplemente condenado el vendedor a indemnizar al comprador por las resultas de sus incumplimientos (SSTS de 3 de julio de 1998 o 9 de octubre de 1999), pero manteniendo incólume la resolución de la venta.

Precisamente porque la jurisprudencia es palmaria, resulta incomprensible que aún no se haya corregido una línea de pensamiento de la DGRN, ya mucho tiempo asentada, en relación a la CRE que condiciona la eficacia o el despliegue de efectos esenciales del ejercicio de la CRE (la reinscripción del dominio a favor del vendedor) a que se dé intervención a los titulares registrales posteriores *«al solo efecto de que puedan alegar si se cumplen o no los presupuestos de la resolución»* (RRDGRN de 28 de mayo de 1992, *RJ* 1992, 5262, 19 de noviembre de 1996, *RJ* 1996, 8159, 9 de junio de 2010, BOE de 10 de agosto de 2010).

Dando pues prevalencia o preferencia al derecho del comprador o del tercero registral, para impedir la reinscripción a favor del beneficiario de una CRE inscrita hasta que recaiga resolución judicial, con la mera objeción o alegación de la inexistencia del presupuesto de ejercicio, la DGRN, además de interpretar los principios hipotecarios exactamente al revés, se ve en ocasiones obligada a hacer auténticos escorzos interpretativos, o acabar en conclusiones exóticas. Por ejemplo, cuando, al pronunciarse sobre el derecho del cesionario del precio aplazado a valerse de la CRE en caso de impago (que el TS sin dificultad endosa) entiende la subrogación en la facultad resolutoria *«no entendida únicamente como el derecho al cobro [del precio aplazado], tal y como alega el recurrente, desvinculado del resto de obligaciones que configuran su ejercicio llevaría a la adquisición de la finca por un tercero sin obligación de contraprestación alguna, con el consiguiente enriquecimiento injusto»* (RDGRN de 16 de octubre de 2014, *RJ* 2014, 6094). Pero vamos a ver: ¿no habrá pagado el cesionario por la cesión del crédito? ¿cómo puede verse un enriquecimiento injusto en la adquisición de la finca afecta a la CRE por parte del cesionario del crédito por el precio aplazado, en caso de impago de este? Si lo que quiere decirse es que la cesión del crédito por el precio aplazado a un tercero, y con ello del beneficio de la CRE inscrita a favor del cesionario, no la hace mejor y que el cesionario tiene exactamente el mismo derecho, no más, ni menos, que el que tienen el vendedor, estamos de acuerdo. Pero nada de eso tiene que ver con un *«enriquecimiento injusto»*.

Los titulares registrales posteriores tienen interés legítimo para cuestionar judicialmente los presupuestos de la resolución, y combatirla, pero no pueden entorpecer el normal desenvolvimiento registral del ejercicio del derecho del beneficiario de la CRE, como tampoco han de ser oídos los titulares registrales posteriores a una opción de compra inscrita cuando se ejercita, ni pueden impedir la inscripción del dominio a favor del optante con la mera invocación al registrador de una cualquier objeción. Precisarán, para impedir el normal desenvolvimiento registral del ejercicio de una opción de compra, iniciar una contienda judicial en la que discutir la validez de la opción, o la inoponibilidad de su ejercicio respecto a los terceros registrales y, en el seno de la misma, en su caso solicitar y obtener medida cautelar o anotación preventiva de demanda.

Porque una cosa es la plena efectividad y el desenvolvimiento de las reglas y principios hipotecarios (que han de conducir a la reinscripción del dominio a favor del beneficiario de una CRE que resuelve la venta por impago del precio aplazado conforme a las exigencias legales) y otra, bien distinta, es quién obtiene en última instancia una resolución judicial firme.

Y todo lo anterior no se ve contrariado por la eficacia positiva de lo inscrito y negativa de lo no inscrito: si el comprador, lejos de allanarse al ejercicio de la CRE, quiere combatirlo, estará obligado a solicitar y obtener anotación preventiva de demanda para impedir la reinscripción del dominio a nombre del comprador, o la irreivindicabilidad de las adquisiciones posteriores. Eso mismo ha de predicarse de los titulares registrales posteriores: si quieren evitar la purga de sus asientos, que necesariamente resultará del ejercicio de la CRE, no les queda más remedio que contender judicialmente frente al vendedor y obtener la correspondiente anotación preventiva de demanda.

B) Instituciones jurídicas y contratos para los que el ordenamiento permite la resolución y cancelación automáticas

Todo ello, porque son muchas las instituciones jurídicas acogidas en nuestro Derecho en las que opera una solución de autotutela o de autocomposición que permite la purga, cancelación o resolución de los derechos de un titular inscrito, sin necesidad de declaración judicial y sin que medie el consentimiento de los afectados (*rectius*, aunque medie la oposición de los afectados). Se trata de instituciones plenamente equiparables a la CRE a estos efectos, sin que hayan sido nunca cuestionadas por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva de los perjudicados, o por cualquier otra razón.

Precisamente el derecho civil catalán recoge la singular figura de la venta a carta de gracia o *empenyament* (arts. 326 y sigs., 521-55 y 568-28

a 32 CCCat), que permite asimismo la resolución contractual, a voluntad del vendedor y dentro del plazo estipulado, con restitución del inmueble y de la cantidad originalmente pactada, sin que sea necesaria la declaración en sede judicial de dicha resolución: «*en la compraventa a carta de gracia el pacto comisorio es implícito*», la restitución del inmueble y de su precio interpartes es inherente a esta forma de contrato, la cual no vulnera una «*inexistente prohibición general de comiso o mecanismo legal de análoga finalidad*» (véase la STSJ Cataluña de 19 de mayo de 1991, *RJ* 1992, 3903 y SAP Barcelona de 24 de noviembre de 2003, *JUR* 2004, 28101).

El ejercicio del derecho a redimir comporta la liberación de cuantas cargas y gravámenes existan sobre el inmueble «*gravado*» por el derecho a redimir, sin que quede afecto el inmueble, sino el precio que debe satisfacer el vendedor, hasta donde alcance, a la satisfacción de tales cargas o gravámenes, para lo cual el vendedor que ejercita el derecho a redimir debe depositar o consignar a favor de los titulares de tales derechos o cargas (art. 568-32 CCCat). Por tanto, también en este caso, el ejercicio del derecho a redimir conlleva la reinscripción a favor del vendedor a carta de gracia, y la purga de los derechos inscritos o anotados sobre la cosa (incluso aunque el propietario, o los terceros registrales, objeten o contesten el ejercicio del derecho que, ¡faltaría más!, son muy libres de hacer).

En el derecho común, el retracto convencional opera de forma análoga a la venta a carta de gracia catalana, previendo la posibilidad del vendedor de recuperar la cosa vendida dentro del plazo establecido y sin mayor requisito para su resolución que los establecidos en el artículo 1518 del Código civil, relativos únicamente al reembolso del precio de venta y el pago al comprador de los gastos relacionados con la misma (STS de 10 de julio de 1987, *RJ* 1987, 5456). Es decir, ni se establece trámite de oposición en favor del comprador (o dueño) contra quien se ejercita el retracto, ni su oposición impediría la resolución de su derecho en favor del retrayente. Un sector doctrinal²² entiende que el retracto produce, al operar como condición dependiente de la voluntad del vendedor, la resolución de la venta con carácter retroactivo, de forma que todo queda como si el retrayente no hubiese dejado de ser dueño. Otro sector doctrinal defiende que la postura más acorde dentro de nuestro Código civil es la que considera al retracto como una venta sometida a condición resolutoria²³. En cualquier caso, se trata de un derecho del vendedor, inscribible en el Registro de la Propiedad y con eficacia frente terceros (*ex art.* 1510 CC), consistente en «*un poder cuyo ejercicio y defensa se le encomienda a su titular*», tal y como ha expuesto la doctrina:

«El ejercicio del derecho de retracto convencional se compone de dos elementos, unidos en una secuencia lógica, igualmente indispensables para la

virtualidad redentora de la operación. Por un lado, la primera pieza de una figura compleja, su integrante inicial: la declaración emitida por su titular, destinada a poner en marcha el mecanismo recuperador y, por otro, como requisito concurrente externo, la realización de los desembolsos estatuidos [...].

La declaración simboliza un acto jurídico unilateral, tributario de la simple y exclusiva voluntad del redentor [...]. La declaración de voluntad, que puede ser en principio extrajudicial, no se ve constreñida por la necesidad de una forma especial, por lo que se aplica el artículo 1278 del Código civil. Es más, aun cuando para el contrato-básico se moldee una determinada formalidad por conveniencia o mandato legal, no se precisa la misma para la referida comunicación. Por ende, cabe plasmar dicho mensaje jurídico en forma documental, gracias a escrito público o privado, o contentarse solo con su emisión verbal. Tan pronto como se satisfacen estas cantidades, el retrayente se convierte de nuevo en titular de la cosa, recobra su dominio, y se halla en disposición de reclamar el bien de manos de cualquier poseedor a través de la acción reivindicatoria»²⁴.

Pero sin duda, el ejemplo paradigmático de una solución autocompositiva que produce la resolución del derecho de un titular inscrito, sin necesidad de declaración judicial, ni de la aquiescencia o consentimiento del perjudicado, es la cancelación registral prevista en el segundo párrafo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, en virtud del cual las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública podrán ser canceladas, sin el consentimiento del perjudicado, cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por declaración de la ley «o resulte así del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción o anotación preventiva».

En este último caso, la cancelación se producirá a instancia de parte interesada (en nuestro caso, el vendedor), siendo título suficiente para la cancelación la misma escritura en cuya virtud se practicó la inscripción, si resultare de ella o de otro documento fehaciente que el derecho asegurado se ha extinguido (en nuestro caso, precisamente por el ejercicio de la CRE inscrita). Para que opere la cancelación registral, sin sanción o endoso judicial, ni consentimiento del perjudicado, la doctrina de la DGRN (RRD-GRN de 17 de octubre de 1994, *RJ* 1994, 7797 y 5 de mayo de 2009, *RJ* 2009, 2777, entre otras) ha venido exigiendo únicamente que la extinción del derecho inscrito resulte de manera clara, precisa e indubitada: «si se acredita fehacientemente que en fecha fijada como término para la garantía hipotecaria no había nacido la obligación en garantía de la cual se constituyó».

«[...] si el pacto por el que, en caso de falta de pago del precio se producirá de pleno derecho la resolución de la compraventa [...] es oponible a tercero con derecho inscrito en el Registro es precisamente porque el propio pacto

consta inscrito. Así lo recoge el artículo 11 de la Ley Hipotecaria cuyo efecto ofensivo de purga es incuestionable (arts. 59 y 175.6.ª RH) y sin que quepa confundir la doctrina de este Centro Directivo sobre la necesidad de que los titulares posteriores tengan salvaguardados sus derechos (en aplicación del principio constitucional de tutela judicial efectiva) con la inevitable cancelación de sus inscripciones una vez que se ha garantizado que han disfrutado de la posición legalmente prevista. En sede de ejercicio extrajudicial de hipoteca la salvaguarda de la posición jurídica de los terceros afectados por la eventual purga se consigue con la oportuna notificación a fin de que ejerciten, si lo estiman conveniente, los derechos que el ordenamiento les reconoce (art. 236 d.1 RH)» (RDGRN de 10 de enero de 2013).

En términos semejantes, la RDGRN de 30 de mayo de 1980 aborda la cuestión de la cancelación registral automática en una compraventa con precio aplazado pactado para ser satisfecho mediante letras de cambio, en este caso para declarar el derecho del comprador a cancelar la condición resolutoria expresa inserta en la compraventa de la que trae su derecho: «[...] en la escritura de compraventa de 17 de abril de 1969, en la que adquirió el deudor el inmueble y se había pactado la condición resolutoria explícita —por falta de pago de uno de los vencimientos— se reseñaron las trece letras de cambio que correspondían a las trece mensualidades aplazadas, y que ahora se encuentran en poder del comprador, según resulta del acta notarial levantada, por lo que aparece justificado el hecho —pago— que ha originado la extinción del derecho, todo ello como consecuencia del incumplimiento de la condición resolutoria establecida que consolida la adquisición del deudor, y permite entender incluido dentro del párrafo 2.º del artículo 82 de la Ley el caso discutido, al resultar de los mismos títulos presentados extinguido el derecho del acreedor. [...] a mayor abundamiento, en un supuesto como el de la hipoteca constituida en garantía de títulos transmisibles por endoso, el artículo 156 de la Ley autoriza la cancelación parcial de esta clase de hipotecas con la presentación del acta notarial en la que conste estar recogidas y en poder del deudor debidamente inutilizadas obligaciones por un valor equivalente al importe de la hipoteca parcial que se trata de extinguir, norma que supone una importante excepción al principio general en materia de cancelación de hipotecas establecido en el artículo 179 del Reglamento Hipotecario, y que ha tratado de justificarse en la especial naturaleza de esta clase de títulos-valores, por lo que si admitida esta notable singularidad para la cancelación de un derecho real como es la hipoteca, más justificación la tiene en un supuesto como es el de una condición resolutoria que no supone más que una estipulación pactada en un contrato de compraventa».

Del mismo modo, en torno al artículo 23 de la Ley Hipotecaria, y la forma de hacer constar en el registro el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones (con carácter general, no en relación concreta con una CRE),

la RDGRN de 10 de enero de 1944 nos explica que el cumplimiento (a lo que hay que equiparar el incumplimiento, a salvo del tema de la prueba de los hechos negativos) de las condiciones puede justificarse en el Registro bien por la notoriedad del suceso, bien por la documentación que ponga de relieve el hecho (imaginemos una sociedad cotizada que ha comprado con CRE que, en cumplimiento de la normativa de protección del inversor en los mercados de capitales, publica un hecho relevante confesando la falta de pago del precio aplazado en la fecha convenida), bien por la decisión judicial que así la declare. Así, la alternativa a la resolución judicial no es, necesariamente, el consentimiento o la aquiescencia de los perjudicados por la cancelación de una inscripción (como defiende la doctrina de la DGRN respecto a la CRE). Cabe también la evidencia de los requisitos fijados en el título, conforme al artículo 82 de la Ley Hipotecaria, con carácter general, o la evidencia de los requisitos para la resolución en ejercicio de la CRE, con carácter particular.

Esta doctrina del artículo 82 de la Ley Hipotecaria ilustra la aplicación práctica de la cancelación registral de títulos sin necesidad de heterocomposición judicial, ni de asentimiento del titular registral perjudicado, y pone de relieve la falta de atinencia de cualquier argumento sobre el derecho a la tutela judicial efectiva del comprador (o de los terceros registrales) como alegación en contra del automatismo de la reinscripción del dominio a favor del vendedor en caso de ejercicio de una CRE inscrita.

Puesto que la CRE comporta *«una vigorosa medida de autotutela»* (RDGRN de 10 de julio de 2013, RJ 2013, 6671) o *«un enérgico sistema de autotutela a favor del vendedor»* (RDGRN de 17 de noviembre de 1978; BOE de 2 de diciembre de 1978), la salvaguarda de los posibles derechos de todos los interesados y terceros exige *«que las circunstancias en que se ha de desenvolver, en su caso, resulten de forma indubitada de los asientos registrales, conforme al artículo 13 de la Ley Hipotecaria»* (RRDGRN de 25 de marzo de 2014, BOE del 29 de abril de 2014 y de 13 de abril de 2015, BOE de 19 de mayo de 2015). Nada diferente, por tanto, de lo que resulta preciso para la cancelación de asientos *ex* párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria.

Por todo ello, considero errónea la doctrina de la DGRN que exige, en todo caso, para la reinscripción del dominio a favor del vendedor, el aquietamiento al ejercicio de la condición resolutoria explícita, no solo del comprador, sino incluso de los terceros registrales: *«En lo relativo a la acreditación del impago, uno de los presupuestos determinantes de la resolución, no basta con aducir que el artículo 1214 del Código civil, juntamente con la existencia de la oportuna consignación registral del pago, permite tener por no realizado el pago a los efectos de acceder a la inscripción de la resolución en perjuicio de titulares registrales posteriores a la venta en cuestión, que ni han consentido*

la resolución ni han sido llamados al procedimiento en que así se declara, pues lo que se pretende no es obtener el cumplimiento de esa obligación de pago preexistente, sino el reconocimiento registral de una mutación jurídico-real que se opera en base a ese incumplimiento, y a este respecto es postulado general de nuestro ordenamiento registral la exigencia de demostración fehaciente de la mutación jurídico-real cuya inscripción se pretende —artículo 3 de la Ley Hipotecaria—, postulado cuyo rigor se acentúa en el caso debatido, tanto por tratarse de la cancelación de asientos registrales, como por la propia naturaleza de la resolución que se produce al amparo del artículo 1504 del Código civil, pues el pleno reconocimiento de la eficacia presupone, según reiterada jurisprudencia, la conformidad de los interesados o la subsidiaria declaración judicial» (RDGRN de 19 de noviembre de 1996, RJ 1996, 8159).

Cuando se exige el aquietamiento o la no oposición de los perjudicados por la resolución, y no solo la notificación de resolución al comprador (como hacen los arts. 1504 CC, 59 RH y, más generalmente, el segundo párrafo del art. 82 LH) la DGRN destruye la esencia misma de la CRE, que es la de proporcionar al vendedor un mecanismo autocompositivo de readquisición del dominio, cuya eficacia y automatismo solo puede cuestionar el comprador o los titulares registrales posteriores entablando el consiguiente procedimiento judicial. Es decir, lejos de ser el beneficiario de la CRE quien debe pleitear frente al comprador o los titulares registrales posteriores que no consienten expresamente el ejercicio de una CRE inscrita, habiéndose constatado fehacientemente el cumplimiento de los requisitos legales (tal y como acaba concluyendo la DGRN), debería ser el comprador o los terceros registrales los obligados a promover el correspondiente procedimiento judicial para oponerse a la resolución o a sus efectos, si la entienden improcedente, siendo en el seno de dicho procedimiento el cauce idóneo para proponer, y quizá conseguir, anotación preventiva de demanda a los efectos de impedir la irreivindicabilidad de la adquisición de quien traiga causa del vendedor tras la reinscripción a su favor. Al exigir el aquietamiento o la no oposición del comprador o de los titulares registrales posteriores como condición para que la CRE despliegue precisamente la función que la define (que es la readquisición a favor del beneficiario de la CRE), la DGRN vuelve a aplicar el principio *prior in tempore* al revés.

La interpretación correctora que propongo no se ve tampoco contrariada por el hecho de que la resolución derivada del ejercicio de una CRE tenga efectos «*ex tunc*». La eficacia «*ex tunc*» impone la restitución de las condiciones jurídicas al momento de la conclusión de la venta, con devolución del precio y la cosa y sin olvidar que, si se han producido modificaciones de las situaciones de hecho (como modificación del valor de la cosa, o percepción de frutos) deberá practicarse una liquidación del contrato que, en ausencia de acuerdo entre las partes, es una función judicial (y no del registrador).

Digo que no contraría, porque el despliegue del efecto propio y definitorio de la CRE (readquisición del dominio a favor del vendedor) no empee, ni impide, la discusión judicial que el comprador quiera entablar, en torno a dicha liquidación, ni le impone un efecto jurídico que no esté obligado a soportar; al contrario, la inscripción de la CRE precisamente le impone la obligación de soportar el efecto jurídico de la reinscripción a favor del vendedor, siempre que se cumplan los requisitos legales de la resolución del artículo 1504 del Código civil o 59 del Reglamento Hipotecario, incluso aunque a la postre obtenga endoso judicial de su objeción.

C) La válida aplicación del automatismo del artículo 59 del Reglamento Hipotecario

La incorrección y falta de fundamento jurídico de cualesquiera alegaciones sobre el derecho a la tutela judicial efectiva del comprador y los derechos de terceros registrales como obstáculo a la reinscripción efectiva a favor del vendedor que ejercita una CRE inscrita quedan evidenciadas por el tenor literal del artículo 59 del Reglamento Hipotecario (cuya validez o constitucionalidad no ha sido cuestionada), que precisamente articula el derecho a la reinscripción del beneficiario de la CRE inscrita, ya lo consienta, ya lo niegue, el dueño o los terceros registrales.

Así, este artículo pone a disposición de las partes el mecanismo de resolución y reinscripción por simple notificación notarial o judicial ante el impago del precio aplazado, sin necesidad de endoso o refrendo judicial a favor del beneficiario de la condición resolutoria expresa, y aunque el dueño o los terceros se opongan. El legislador ha establecido, en favor del titular de una CRE inscrita, una de estas soluciones autocompositivas previstas en nuestro Derecho²⁵: «[...] al proclamar [...] el artículo 59 de su Reglamento, que la reinscripción a favor del vendedor, o su causahabiente, se practicará solo con la notificación judicial o notarial hecha al comprador de quedar resuelta la venta, acompañada del título del vendedor, consagra el máximo automatismo, porque sin intervención alguna del comprador, ni de los Tribunales, se producía el efecto pactado»²⁶.

El automatismo de la reinscripción no es más que un corolario necesario e ineludible del propio automatismo de la resolución de la venta que opera a favor del titular de la CRE, que la jurisprudencia no se ha cansado de enfatizar al indicar que, en la compraventa inmobiliaria sometida a condición resolutoria expresa, «el requerimiento provoca per se la resolución contractual», marcando dicho requerimiento «el momento en que nace o surge la resolución» (SSTS de 21 de marzo de 1988, 27 de abril de 1988, 2 de marzo de 1992 y 8 de mayo de 1992, entre otras).

A pesar de que el artículo 1504 del Código civil emplea el término «requerimiento», la doctrina indica con claridad que no se trata de una intimación al pago, «sino de una notificación auténtica de que el vendedor opta por la resolución del contrato» (MANRESA, 1969, 405), «de una voluntad de resolver» (MARTÍNEZ SARRIÓN, 1964, 189) o, en los términos empleados por la jurisprudencia, una mera notificación de resolución, «en el sentido de que el vendedor declara su voluntad de que ha optado por la resolución» (STS de 19 de julio de 2010).

Por ello, no cabe interpretar, que el requerimiento al comprador sea un trámite de notificación para que el comprador incumplidor oponga excepciones, justifique el impago, o se aquiete al ejercicio del vendedor-acreedor de la CRE, pues nada de ello es relevante para el desenvolvimiento *ope legis* de la resolución, ni para que pueda extraerse la consecuencia registral necesaria de la resolución (que es la reinscripción a favor del vendedor titular de la CRE). Es una simple notificación que recoge la voluntad unilateral del vendedor de resolver que provoca, por sí misma, la resolución de la venta. Ello, obviamente, sin que se prive al comprador de instar y obtener sentencia judicial que anule la resolución de la venta.

La eficacia de la CRE se anuda, para nuestra jurisprudencia, al acto volitivo del vendedor de dar por resuelta la venta por el incumplimiento del comprador del pago del precio aplazado, a la mera y soberana voluntad del vendedor comunicada al comprador, sin ningún otro requisito o condición (SSTS de 9 de marzo de 1990 o 10 de diciembre de 2001). Lo único preciso es que esa declaración sea expresa y terminante, no cabiendo la ambigüedad ni el silencio (STS de 26 de diciembre de 1996). La notificación al comprador produce *ipso iure* de modo automático la resolución de la venta, por lo que la sentencia judicial que eventualmente se dicte es meramente declarativa y no constitutiva (SSTS de 20 de febrero de 1995, 21 de junio de 1996 y 29 de abril de 1998). Por ello, los efectos resolutorios ya se han producido *ipso iure* —fruto del requerimiento, como enfatizan las SSTS de 18 de octubre de 1994, 7 de noviembre de 1996, 19 de julio de 2010 y 18 de enero de 2013— y *ex tunc*: desde la celebración del negocio, esto es, como si no se hubiera celebrado (entre otras, las SSTS de 17 de julio de 1986, 11 de junio de 1991, 11 de octubre de 1995, RJ 1995, 7405, 24 de julio de 1999, 15 de julio de 2003 y 4 de julio de 2011). De modo que, si la sentencia la reconoce bien hecha, declarará lo ya constituido —con efecto retroactivo— por la resolución (SSTS de 23 de enero de 1999 y 15 de diciembre de 2011); y si la considera mal hecha, la declarará no operada (o «la rechaza» conforme a la STS de 30 de mayo de 2012), y lo hecho —fruto del carácter constitutivo de la resolución— se deshará²⁷).

Por eso, la resolución contractual con base al artículo 1504 del Código civil no tiene base bilateral ni judicial, sino puramente unilateral, porque

produce sus efectos sin necesidad de contar con el consentimiento de la contraparte, y aunque la contraparte no se allane u objete (SSTS de 29 de abril de 1998 y 28 de enero de 1999). De ahí que la STS de 18 de julio de 2007, en esta misma línea, señale que la resolución se produce automáticamente por la notificación notarial de resolución al comprador, sin perjuicio de poder discutirla el comprador en juicio, que obviamente no impide la venta de la finca por el vendedor a otra persona. Esto es, se presupone que la reinscripción del dominio a favor del vendedor (que permitiría su venta a tercero) tiene lugar aunque el comprador discuta en juicio su procedencia u oportunidad.

Vale la pena señalar, de forma incidental, que durante algún tiempo, algunas resoluciones judiciales admitieron, amparándose en que las normas han de interpretarse atendiendo «a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» (art. 3.1 CC), otros medios de requerimiento distinto de la demanda judicial o la notificación notarial, como el telegrama o el burofax (STS de 17 de julio de 2009, SAP Guadalajara de 13 de febrero de 2007, AC 2007, 1514 y SAP Valencia de 16 de noviembre de 2010, AC 2011, 793). Esta cierta laxitud provocó una reacción pendular, fijando el Tribunal Supremo doctrina jurisprudencial «en el sentido de que no procede reconocer válidos efectos resolutorios en el ámbito del artículo 1504 del Código civil al requerimiento efectuado mediante burofax, por continuar siendo imprescindible en la actualidad —el legislador ha tenido oportunidad de mitigar el rigor del precepto y no lo ha hecho— que el conocimiento fehaciente del hecho notificado cuente con la singular garantía que le otorga la supervisión de la autoridad judicial o de un fedatario público notarial» (STS de 4 de julio de 2011²⁸).

La resolución es una facultad de modificación jurídica que no necesita de ningún procedimiento judicial, por lo que la actuación de los tribunales juzgando *a posteriori* sobre la procedencia de la resolución en modo alguno exige o comporta que haya de ser consentida o autorizada previamente por el comprador (SSTS de 29 de noviembre de 1984 y 15 de junio de 1993). Es tan excepcional y poderosa la resolución *ex* artículo 1504 del Código civil, que el tribunal no puede conceder nuevo plazo para el pago una vez hecho el requerimiento (a diferencia de la resolución *ex*. 1124 CC), como la STS de 29 de diciembre de 1997 señala.

Como se ha señalado antes, la resolución *ex* artículo 1504 del Código civil no exige contumacia o rebeldía del comprador, sino apenas que se frustre el fin del contrato asegurado por la CRE, que es el pago en la fecha convenida, siendo por tanto intrascendentes la invocación de la crisis económica, la mala fortuna, el «agobio económico» del comprador o cualquier otra vicisitud de este (SSTS de 4 de julio de 1997, 4 de diciembre de 1998, 11 de marzo de 2002, 18 de abril de 2002 y 10 de julio de 2002, 3 de diciembre

de 2002, 3 de marzo de 2005, 24 de febrero de 2006, 20 de septiembre de 2006, 5 de febrero de 2007, y 13 de septiembre de 2007).

El «requerimiento» es una «*notificación obstativa del pago por la que se declara la resolución*» (SSTS de 26 de junio de 1978, 23 de mayo de 1981, 3 de diciembre de 1982, 11 de febrero de 1991, 18 de diciembre de 1991, entre otras), si bien ha permitido que exista un requerimiento de pago unido, subsidiariamente y de modo condicionado, a una comunicación de resolución para el caso de impago en el plazo otorgado (SSTS de 24 de febrero de 1990, 31 de marzo de 1992, 21 de junio de 1996, 7 de abril de 1997, 13 de febrero de 2003, 29 de septiembre de 2004 o 2 de febrero de 2005).

Ese requerimiento es «*acto jurídico complejo integrado por una declaración unilateral y recepticia de voluntad y al que la Ley añade unas determinadas consecuencias jurídicas en orden a posibilitar judicialmente la resolución de la compraventa por impago del precio o de uno de sus plazos*» (SSTS de 27 de abril de 1988; y 4 de julio de 2011). Depende, por tanto, de la voluntad del vendedor (matizada, obviamente, por el cumplimiento de los presupuestos de hecho de la resolución), lo que hace que no dependa solo de la voluntad del vendedor, pero que tampoco reclame, para desplegar toda su virtualidad jurídica, el consentimiento del comprador, sino apenas su conocimiento (SSTS de 15 de noviembre de 1999 y 28 de septiembre de 2001).

La notificación deberá dirigirse únicamente al comprador, aunque haya titulares registrales posteriores, sin que ello suponga vulneración alguna de sus derechos, tal y como se deduce del tenor literal del artículo 59 del Reglamento Hipotecario y ha clarificado la jurisprudencia (STS de 3 de febrero de 2006) o incluso alguna resolución de la DGRN: «[...] *la notificación al comprador para que se allane a resolver la obligación contraída ha de ser realizada a este último solamente (cfr. arts. 1504 CC y 59 RH) por ser quien se encuentra obligado a cumplir la presentación al vendedor, sin que el hecho de que aparezcan nuevos titulares registrales como consecuencia de posteriores actos de comprador, sin intervención del acreedor, cambie la situación para este «re inter alios facta», quedando afectados dichos terceros dado el contenido del Registro existencia de una condición resolutoria a los efectos que se puedan producir conforme a las normas de la legislación sustantiva e hipotecaria*» (RDGRN de 7 de septiembre de 1985).

La DGRN no discute el carácter puramente volitivo del «requerimiento» de resolución del artículo 1504 del Código civil: «*Es copiosa la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en numerosas sentencias ha declarado —y aun empleando el término «requerimiento»— que este requisito exigido por el artículo 1504 del Código civil tiene el valor de una intimación que está referida, no al pago del precio, sino por el contrario, a dar cuenta al comprador de la voluntad patente del vendedor de que el contrato quede resuelto y finalizada la prórroga legal del plazo, por lo que se trata de una simple notificación,*

término que introduce ya con precisión al recoger esta reiterada jurisprudencia el Reglamento Hipotecario a partir de la reforma de 1947 en su artículo 59 que regula esta cuestión [...]» (RDGRN de 17 de noviembre de 1978).

En la misma línea la RDGRN de 5 de marzo de 2012 (BOE 7 de mayo de 2012) reafirma el sistema de «autotutela a favor del vendedor» y el «automatismo» de la reinscripción por ejercicio de la CRE: «[...] solo si los presupuestos en que ha de desenvolverse el juego del pacto de condición resolutoria explícita constan debidamente en los asientos registrales será posible, que en caso de cumplirse o no la condición, la mutación jurídico real pueda reflejarse en el Registro con efectos frente a terceros. [...] si la condición se cumple por impago del adquirente, el reflejo de la mutación jurídico real que implica la resolución solo podrá reflejarse en el Registro cuando se acredite que se han cumplido los presupuestos previstos por el ordenamiento para ello» (sin ninguna otra exigencia, apuntillo yo). En idéntico sentido, las RRDGRN de 9 de marzo de 2010 y 10 de diciembre de 2010.

Pero, se incurre en contradicción cuando, al mismo tiempo que la DGRN enfatiza el carácter puramente «unilateral» y «automático» del ejercicio de la CRE, y su naturaleza de «vigorosa medida de autotutela» (siguiendo la jurisprudencia), la eficacia de la CRE se hace depender «del aquietamiento de la otra parte ante tal decisión [la notificación de resolución]», como en la RDGRN de 10 de julio de 2013, *RJ* 2013, 6671, que también lee: «Consignientemente, la eficacia del ejercicio de la facultad resolutoria se liga al riguroso cumplimiento de ciertos requisitos. [...] para obtener la reinscripción a favor del transmitente, como consecuencia del ejercicio de la condición resolutoria explícita del artículo 1504 del Código civil, fuera del proceso [judicial], son los siguientes: 1. Aportación del título del vendedor (cfr. art. 59 RH), es decir, el título de la transmisión del que resulte que el transmitente retiene el derecho de reintegración sujeto a la condición resolutoria estipulada, por ser el título de donde nace el derecho y por recoger la integridad de la realidad contractual afectada por la resolución; 2. La notificación judicial o notarial hecha al adquirente por el transmitente de quedar resuelta la transmisión, siempre que no resulte que el adquirente requerido se oponga a la resolución invocando que falta algún presupuesto de la misma [¿dónde exige la ley ese requisito, me pregunto yo?]. y 3. El 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 (art. 175.6 RH)» (en idéntico sentido, la RDGRN de 16 de octubre de 2014, *RJ* 2014, 6094). Esta es también la doctrina asentada en las RRDGRN de 24 de diciembre de 1982, 21 de junio de 1986, 3 de diciembre de 1986 (*RJ* 1986, 7884), 4 de diciembre de 1986 (*RJ* 1986, 7885), 16 de septiembre de 1987 (*RJ* 1987, 6566) ó 19 de julio de 1994 (*RJ* 1994, 6303), entre muchas.

¿En qué consiste entonces ese «*enérgico sistema de autotutela*», que puede desactivarse con la mera invocación en contrario de la otra parte?

Resulta ocioso decir que la opción del vendedor por la resolución, en ejercicio de una CRE, solo es eficaz si se ejercitan avalados por todos los requisitos de la resolución (ahí estoy en plena sintonía con la DGRN): «*no puede desconocerse que para el desenvolvimiento de la resolución contemplada en el artículo 1504 del Código civil, no basta que conste la mera voluntad en tal sentido del vendedor —como ocurre en hipótesis próximas, como la del ejercicio del retracto convencional, o del derecho de opción de compra, etc.—, sino que es preciso, en todo caso, que conste la efectiva concurrencia de los presupuestos de hecho de la resolución*» (RRDGRN de 28 de mayo de 1992, RJ 1992, 5262, 19 de noviembre de 1996, RJ 1996, 8159 y 9 de junio de 2010, BOE del 10 de agosto de 2010; SSTs de 28 de diciembre de 1984, 17 de marzo de 1997 y 23 de octubre de 2002).

Y al contrario, en tanto el vendedor no haga el requerimiento resolutorio al comprador, ante el impago del precio aplazado, conserva el comprador el derecho a pagar el precio, incluso de forma tardía, que priva al vendedor de su facultad resolutoria (STS de 25 de septiembre de 1959). El pago hecho antes del requerimiento del artículo 1504 del Código civil no puede ser rechazado por extemporáneo al objeto de fundar un requerimiento de resolución²⁹.

En este *case study*, tal y como se ha expuesto, las partes pactaron con claridad las condiciones y plazos en que debía producirse el pago del precio aplazado por parte del comprador, que el impago total o parcial del precio aplazado devengaría, a favor del vendedor, una penalidad por el importe del precio ya abonado, cuya adecuación, a la vista de las circunstancias (financiación gratuita a su favor a largo plazo, respecto de una parte importante del precio) fue expresamente declarada por el comprador, que también renunció a solicitar cualquier moderación judicial equitativa de la pena, así como a obstaculizar la reinscripción en favor del vendedor en caso de impago total o parcial del precio aplazado. Y todo ello para que, mediante la inscripción de todos estos extremos en el Registro de la Propiedad, el vendedor pudiera, en caso de impago, sin otros requisitos que los establecidos en el artículo 1504 del Código civil y 59 del Reglamento Hipotecario, resolver la venta y reinscribir el dominio a su favor a través de la mera notificación judicial o notarial de resolución, y la presentación del título del que deriva su derecho.

III. CONCLUSIONES

I. La CRE es una convención accesoria a un contrato de compraventa (o de otros contratos translativos) que, por voluntad de las partes,

y tras su inscripción en el Registro de la Propiedad, atribuye al vendedor con precio aplazado, derecho a resolver la compraventa y readquirir el bien vendido en caso de incumplimiento del pago del precio pendiente al tiempo pactado, mediante resolución notarial o judicial de la voluntad de resolver.

II. Aun cuando tiene naturalmente función de garantía, la CRE no es un derecho real de garantía. Su oponibilidad *erga omnes* resulta de su inscripción en el Registro de la Propiedad. No siendo un derecho real de garantía, cabe la selección por las partes de la ley aplicable a la compraventa a la que la CRE sirve y/o a la propia CRE, conforme a los requisitos que, a tal efecto, recoge el artículo 10.5 del Código civil (básicamente, la existencia de un punto de conexión válido con el derecho elegido) o el Reglamento Roma I.

III. Habiendo las partes elegido válidamente el derecho civil común para una CRE, no será de aplicación imperativa lo dispuesto en el artículo 621-54 del Código civil catalán, incluso en el caso de que el objeto de la compraventa sea un inmueble radicado en Cataluña (tanto en una compraventa entre empresarios como en una compraventa de consumo).

IV. Habiendo las partes pactado, junto a la CRE, una cláusula penal a cargo del comprador, por el importe íntegro del precio diferido efectivamente satisfecho por el comprador al tiempo del incumplimiento que motiva el ejercicio de la CRE, y que se activa en todos los casos de incumplimiento total, parcial o meramente irregular del precio aplazado, desde la inscripción de la CRE y de la cláusula penal en el Registro de la Propiedad, el vendedor estará autorizado para retraer el bien vendido, quienquiera que sea a ese tiempo el dueño inscrito, así como a obtener la purga de los derechos inscritos o anotados sobre el dominio del comprador, sin satisfacer o consignar cantidad alguna a favor del *dominus* inscrito o de los terceros registrales. La doctrina de la DGRN contraría este planteamiento, al exigir en todo caso la consignación.

V. El vendedor titular de una CRE inscrita ha de ser capaz de retraer la venta, con efecto retroactivo, en caso de incumplimiento de pago del precio aplazado al tiempo debido, y a reinscribir el dominio a su nombre, incluso sin contar con el aquietamiento a la resolución del comprador o de los terceros registrales (y hasta con su oposición), sin más requisitos que los previstos legalmente (a saber, la notificación judicial o notarial de la voluntad de resolver ante tal incumplimiento y la consignación del precio recibido hasta el tiempo de la resolución a favor del dueño, o de los terceros registrales). La doctrina de la DGRN contraría este planteamiento, al exigir en todo caso la aquiescencia del dueño o de los terceros registrales, o resolución judicial firme.

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC de 6 de mayo de 1993
- ATC de 29 de julio de 2010
- STC de 16 de enero de 2014

2. TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 1 de mayo de 1946
- STS de 9 de febrero de 1950
- STS de 9 de marzo de 1950
- STS de 30 de diciembre de 1955
- STS de 25 de septiembre de 1959
- STS de 21 de marzo de 1969
- STS de 26 de junio de 1978
- STS de 23 de mayo de 1981
- STS de 3 de diciembre de 1982
- STS de 30 de octubre de 1983
- STS de 29 de noviembre de 1984
- STS de 28 de diciembre de 1984
- STS de 17 de julio de 1986
- STS de 10 de julio de 1987
- STS de 21 de noviembre de 1987
- STS de 7 de diciembre de 1987
- STS de 21 de marzo de 1988
- STS de 27 de abril de 1988
- STS de 22 de diciembre de 1988
- STS de 7 de febrero de 1989
- STS de 19 de julio de 1989
- STS de 20 de diciembre de 1989
- STS de 24 de febrero de 1990
- STS de 9 de marzo de 1990
- STS de 5 de septiembre de 1990
- STS de 11 de febrero de 1991
- STS de 11 de junio de 1991
- STS de 18 de diciembre de 1991
- STS de 2 de marzo de 1992
- STS de 4 de marzo de 1992
- STS de 31 de marzo de 1992

- STS de 8 de mayo de 1992
- STS de 7 de julio de 1992
- STS de 1 de marzo de 1993
- STS de 15 de junio de 1993
- STS de 10 de enero de 1994
- STS de 18 de marzo de 1994
- STS de 3 de mayo de 1994
- STS de 28 de junio de 1994
- STS de 5 de septiembre de 1994
- STS de 10 de octubre de 1994
- SSTS de 18 de octubre de 1994
- STS de 20 de febrero de 1995
- STS de 31 de julio de 1995
- STS de 2 de octubre de 1995
- STS de 5 de octubre de 1995
- STS de 11 de octubre de 1995
- STS de 26 de octubre de 1995
- STS de 21 de marzo de 1996
- STS de 23 de marzo de 1996
- STS de 21 de junio de 1996
- STS de 7 de noviembre de 1996
- STS de 26 de diciembre de 1996
- STS de 17 de marzo de 1997
- STS de 7 de abril de 1997
- STS de 4 de julio de 1997
- STS de 29 de diciembre de 1997
- STS de 29 de abril de 1998
- STS de 3 de julio de 1998
- STS de 7 de julio de 1998
- STS de 24 de octubre de 1998
- STS de 4 de diciembre de 1998
- STS de 23 de enero de 1999
- STS de 28 de enero de 1999
- STS de 22 de febrero de 1999
- STS de 27 de febrero de 1999
- STS de 15 de junio de 1999
- STS de 24 de julio de 1999
- STS de 9 de octubre de 1999
- STS de 15 de noviembre de 1999
- STS de 4 de diciembre de 1999
- STS de 26 de septiembre de 2000
- STS de 13 de diciembre de 2000

- STS de 29 de diciembre de 2000
- STS de 18 de abril de 2001
- STS de 28 de septiembre de 2001
- STS de 10 de diciembre de 2001
- STS de 25 de febrero de 2002
- STS de 11 de marzo de 2002
- STS de 18 de abril de 2002
- STS de 10 de julio de 2002
- STS de 22 de octubre de 2002
- STS de 23 de octubre de 2002
- STS de 3 de diciembre de 2002
- STS de 13 de febrero de 2003
- STS de 14 de febrero de 2003
- STS de 6 de marzo de 2003
- STS de 15 de junio de 2003
- STS de 30 de junio de 2003
- STS de 15 de julio de 2003
- STS de 15 de julio de 2003
- STS de 5 de diciembre de 2003
- STS de 29 de septiembre de 2004
- STS de 18 de octubre de 2004
- STS de 2 de febrero de 2005
- STS de 3 de marzo de 2005
- STS de 3 de febrero de 2006
- STS de 24 de febrero de 2006
- STS de 20 de septiembre de 2006
- STS de 5 de febrero de 2007
- STS de 5 de marzo de 2007
- STS de 10 de mayo de 2007
- STS de 18 de julio de 2007
- STS de 13 de septiembre de 2007
- STS de 17 de diciembre de 2007
- STS de 17 de julio de 2009
- STS de 19 de julio de 2010
- STS de 6 de septiembre de 2010
- STS de 4 de julio de 2011
- STS de 15 de diciembre de 2011
- STS de 30 de mayo de 2012
- STS de 18 de enero de 2013
- STS de 7 de abril de 2014
- STS de 2 de octubre de 2017
- STS de 24 de octubre de 2017

- STS de 14 de febrero de 2018

3. TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ de Cataluña de 19 de mayo de 1991
- STSJ de Cataluña de 24 de julio de 1995

4. AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Badajoz de 29 de abril de 2002
- SAP de Barcelona de 24 de noviembre de 2003
- AAP de Barcelona de 29 de marzo de 2006
- SAP de Guadalajara de 13 de febrero de 2007
- SAP de Valencia de 16 de noviembre de 2010
- AAP de Las Palmas de 10 de marzo de 2010

5. DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN de 3 de junio de 1961
- RDGRN de 17 de noviembre de 1978
- RDGRN de 30 de mayo de 1980
- RDGRN de 24 de diciembre de 1982
- RDGRN de 29 de diciembre de 1982
- RDGRN de 7 de septiembre de 1985
- RDGRN de 21 de junio de 1986
- RDGRN de 3 de diciembre de 1986
- RDGRN de 4 de diciembre de 1986
- RDGRN de 10 de abril de 1987
- RDGRN de 16 de septiembre de 1987
- RDGRN de 17 de septiembre de 1987
- RDGRN de 19 de enero de 1988
- RDGRN de 2 de febrero de 1988
- RDGRN de 4 de febrero de 1988
- RDGRN de 16 de octubre de 1989
- RDGRN de 5 de febrero de 1990
- RDGRN de 26 de abril de 1991
- RDGRN de 4 de mayo de 1992
- RDGRN de 28 de mayo de 1992
- RDGRN de 19 de julio de 1994

- RDGRN de 17 de octubre de 1994
- RDGRN de 19 de noviembre de 1996
- RDGRN de 24 de enero de 1998
- RDGRN de 15 de junio de 1998
- RDGRN de 27 de mayo de 2005
- RDGRN de 10 de mayo de 2007
- RDGRN de 19 de junio de 2007
- RDGRN de 5 de mayo de 2009
- RDGRN de 9 de noviembre de 2009
- RDGRN de 11 de noviembre de 2009
- RDGRN de 9 de marzo de 2010
- RDGRN de 9 de junio de 2010
- RDGRN de 7 de diciembre de 2010
- RDGRN de 10 de diciembre de 2010
- RDGRN de 25 de enero de 2012
- RDGRN de 5 de marzo de 2012
- RDGRN de 6 de julio de 2012
- RDGRN de 10 de enero de 2013
- RDGRN de 10 de julio de 2013
- RDGRN de 6 de noviembre de 2013
- RDGRN de 25 de marzo de 2014
- RDGRN de 14 de abril de 2014
- RDGRN de 27 de septiembre de 2014
- RDGRN de 16 de octubre de 2014
- RDGRN de 13 de abril de 2015
- RDGRN de 25 de septiembre 2015
- RDGRN de 21 de octubre de 2015
- RDGRN de 16 de diciembre de 2015
- RDGRN de 4 de enero de 2016
- RDGRN de 30 de mayo de 2017
- RDGRN de 31 de mayo de 2017
- RDGRN de 14 de julio de 2017
- RDGRN de 22 de enero de 2018

6. DIRECCIÓN GENERAL DE DERECHO Y ENTIDADES JURÍDICAS

- RDGDEJ de 25 de julio de 2019

V. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ RUBIO, J.J. (2016). Una renovada dimensión de los conflictos internos: La Ley 5/2015 de Derecho civil vasco y la interacción entre bloques normativos. *Revista Española de Derecho Internacional*, 2016, 23-49.
- AZOFRA VEGAS, F. (2015). *La hipoteca flotante*. Madrid: Dykinson.
- BUSTO LAGO, J.M. (2011). Comentario a la sentencia de 6 de septiembre de 2010, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 87, 1433-1449.
- CASASÚS HOMET, E. (1987). La condición resolutoria expresa por impago de precio en la compraventa, y la nueva inscripción a favor del vendedor, *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 84, 2051-2057.
- CHICO Y ORTIZ, J.M.^a (2000). *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, I y II, 4.^a ed. Madrid: Marcial Pons, I.
- CLEMENTE MEORO, M. (2009). *La obligación de pago del precio en la compraventa de inmuebles*, Barcelona: Bosch.
- (2014). El retraso y la resolución en la compraventa de inmuebles. En: González Pacanowska, I. y García Pérez, C. L. (Coords.). *Estudios sobre incumplimiento y resolución* (2014). Pamplona: Aranzadi, 319-337.
- DÍAZ ALABART, S. (2011). *La cláusula penal*, Madrid: Reus.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2005). *Los incumplimientos resolutorios*, Madrid: Civitas.
- ENNECCERUS, L., WOLFF, M., KIPP, T., NIPPERDEY, H. C., PÉREZ GONZÁLEZ, B., ALGUER Y MICÓ, J. (1935). *Tratado de Derecho Civil. Derecho de obligaciones. Doctrina especial II* 2.º, 1.^a ed., Barcelona: Bosch, 188.
- GINEBRA MOLINS, E. (2018). La vigència i l'aplicabilitat de la llei. En: ARROYO I AMAYUELAS, E. et al. *Dret civil, Part general i dret de la persona*, 3.^a ed. (2018), Barcelona: Atelier, 68-80.
- LONGO MARTÍNEZ, A. (2018). El libro VI del Código civil de Cataluña: nuevos pactos de garantía en la transmisión de inmuebles. En: Serrano de Nicolás, A. (coord.) (2018). *El libro sexto del Código civil de Cataluña*, Barcelona: Collegi de Notaris de Catalunya, 97-165.
- MAGALLÓN ELÓSEGUI, N. (2008). *La Proyección del Sistema Español de Derecho Interregional sobre el Derecho Civil Guipuzcoano*, Pamplona: Thomson-Aranzadi.
- MANRESA Y NAVARRO, J.M. (1969). *Comentarios al Código civil español*, Madrid: Reus, X, 1, 405-419.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, J.A. (2000). *Comentario de la reforma Hipotecaria (RD de 4 de septiembre de 1998)*. Madrid: Colegios Notariales de España.
- MARTÍNEZ SARRIÓN, A. (1964). Repercusiones prácticas de escrituras notariales. *Revista de Derecho Privado*, 183-207.
- MOLINA GARCÍA, A. (1985). *La resolución de la compraventa de inmuebles*, Granada: Comares.
- MUÑOZ DE DIOS, G. (2001). Examen comparativo de las garantías del precio aplazado en la compraventa de inmuebles, *La Ley* núm. 5792/2001, 1250-1257.
- NAVARRO CASTRO, M. (2011). Comentario a los artículos 1500, 1504 y 1505 del Código civil. En: Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J. y Valpuesta Fernández, R. (Dir.), y Orduña Moreno, J., Plaza Penadés, J.,

- Estruch, J., Martínez Velencoso, L.M. y Rodríguez Rosado, B. (Coord.), *Código civil Comentado*, IV, Madrid: Civitas-Thomson, 2011, 232-236 y 250-258.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2001). *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, I y II, 4.^a ed., Madrid: *Centro de Estudios Registrales*, II.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. (2012). Comentario a la sentencia de 4 de julio de 2011, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 89, 291-308.
- RIVERA SABATÉS, V. (2001). *El retracto convencional*, Colección Estudios de Derecho Privado. Granada: Comares.
- ROVIRA JAÉN, F.J. (1996). *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles (su razón histórica)*. Cizur Menor (Navarra): Monografías Civitas.
- SAN MIGUEL PRADERA, L.P. (2004). *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- VALBUENA GUTIÉRREZ, J.A. (2009). Artículo 1504. *Comentarios al Código civil*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 1764-1765.
- VAQUERO PINTO, M.J. (2013). Diferencias entre artículos 1124 y 1504 del Código civil: teoría y realidad. En: Carrasco Perera, A. (Dir.), Cámara Águila, M.P., Cordero Lobato, E., Gutiérrez Santiago, P., Pérez de Castro, N., Marín López, M.J. y Quicios Molina, M.S. (Coord.). *Tratado de la compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, vol. 2 (2013). Pamplona: Aranzadi, 1653-1664.
- VÁZQUEZ BARROS, S. (2009). Naturaleza jurídica del retracto convencional. *Revista de Derecho y Lex*, núm. 66, marzo de 2009, 4 pp.
- VIRGÓS SORIANO, M. (1995). Comentario al artículo 10.5 del Código civil. En: Albaladejo García, M. (Editor), Díaz-Alabart, S. (Ed.). *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. Madrid: Edersa, 609-693.

NOTAS

¹ ROVIRA JAÉN, F.J. (1996). *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles (su razón histórica)*. Cizur Menor (Navarra): Monografías Civitas, 196 y sigs

² CLEMENTE MEORO, M. (2014). El retraso y la resolución en la compraventa de inmuebles. En: González Pacanowska, I. y García Pérez, C. L. (Coords.). *Estudios sobre incumplimiento y resolución* (2014). Pamplona: Aranzadi, 323.

³ CLEMENTE MEORO, M. (2014). El retraso..., *op. cit.*, 323-324. Ídem STS de 16 de febrero de 2015.

⁴ VAQUERO PINTO, M. J. (2013). Diferencias entre artículos 1124 y 1504 del Código civil: teoría y realidad. En: Carrasco Perera, A. (Dir.), Cámara Águila, M. P., Cordero Lobato, E., Gutiérrez Santiago, P., Pérez de Castro, N., Marín López, M.J. y Quicios Molina, M.S. (Coord.). *Tratado de la compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, vol. 2 (2013). Pamplona: Aranzadi, 1654 y STS de 21 de diciembre de 2011.

⁵ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2001). *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, I y II, 4.^a ed., Madrid: *Centro de Estudios Registrales*, II, 411.

⁶ [...] el contenido de los derechos del arrendatario no se altera por su inscripción, sino que únicamente quedan garantizados frente al adquirente ulterior. Por ello, no pierde el arrendamiento su naturaleza de relación meramente obligatoria (ENNECCERUS, L., WOLFF, M., KIPP, T., NIPPERDEY, H. C., PÉREZ GONZÁLEZ, B., ALGUER Y MICÓ, J. (1935). *Tratado de Derecho Civil. Derecho de obligaciones. Doctrina especial II* 2.º, 1.^a ed., Barcelona: Bosch, 188).

⁷ Ídem, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2005). *Los incumplimientos resolutorios*, Madrid: Civitas, 43; BUSTO LAGO, J.M. (2011). Comentario a la sentencia de 6 de septiembre de 2010, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 87, 1444 y sigs.

⁸ LONGO MARTÍNEZ, A. (2018). El libro VI del Código civil de Cataluña: nuevos pactos de garantía en la transmisión de inmuebles. En: Serrano de Nicolás, A. (coord.) (2018). *El libro sexto del Código civil de Cataluña*, Barcelona: Col·legi de Notaris de Catalunya, 152.

⁹ MAGALLÓN ELÓSEGUI, N. (2008). *La Proyección del Sistema Español de Derecho Interregional sobre el Derecho Civil Guipuzcoano*, Pamplona: Thomson-Aranzadi, 117 y sigs.; ÁLVAREZ RUBIO, J.J. (2016). Una renovada dimensión de los conflictos internos: La Ley 5/2015 de Derecho civil vasco y la interacción entre bloques normativos. *Revista Española de Derecho Internacional*, 24; GINEBRA MOLINS, E. (2018). La vigència i l'aplicabilitat de la llei..., *op. cit.*, 74.

¹⁰ VIRGÓS SORIANO, M. (1995). Comentario al artículo 10.5 del Código civil. En: ALBALADEJO GARCÍA, M. (Editor), DÍAZ-ALABART, S. (Editor). *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. Madrid: Edersa, 1995.

¹¹ Como la DGDEJ, con deliberada ambigüedad, apunta en alguna de sus resoluciones, como en la resolución de 25 de julio de 2019, BOGC de 7 de agosto, fundamento de Derecho 2.2.

¹² De hecho, todo apunta a que si el Tribunal Constitucional hubiera podido entrar a valorar el artículo 1 de la Ley, es más que probable que el inciso final no hubiera superado el control de constitucionalidad, pues en tal dirección apunta desde luego el mantenimiento de la suspensión automática de la vigencia de la Ley tras la admisión a trámite del recurso de inconstitucionalidad, resuelta mediante ATC de 29 de julio de 2010: «*Por las razones expuestas procede acordar el mantenimiento de la suspensión de los incisos «y al menos uno se basa en normas del Derecho catalán o en su infracción» e «incluidos los que no aleguen la infracción de una norma del Derecho catalán» del artículo 3.4 de la Ley catalana 5/2009, así como, por conexión, del inciso «o junto con otros motivos» del artículo 1 de dicha Ley. En cuanto al artículo 3.3 de la misma, una vez suspendida la aplicación del señalado inciso del artículo 1, es claro que procede levantar la suspensión de su vigencia en cuanto que la remisión que efectúa el artículo 1 ha de entenderse necesariamente circunscrita a los recursos gubernativos que se fundan de modo exclusivo en Derecho catalán».*

¹³ Entre las deducciones que podría plantear el vendedor a la hora de consignar se incluirían aquellas cantidades a las que «*tenga derecho, según contrato, por razón del incumplimiento del comprador, o sea, la indemnización por daños y perjuicios (cfr. art. 1124.II y, en caso de deterioro, cfr. art. 1122) y, además, o en su lugar, la cantidad estipulada, en su caso, en cláusula penal*» [PEÑA BERNALDO DE QUIROS, M. (2001). *Derechos Reales*, *op. cit.*, II, 428-429]; ídem, respecto a la cláusula penal, CASASÚS HOMET, E. (1987). La condición resolutoria expresa por impago de precio en la compraventa, y la nueva inscripción a favor del vendedor, *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 84, 1987, 2051-2057, 2054, y MARTÍNEZ SANCHIZ, J.A. (2000). *Comentario de la reforma Hipotecaria (RD de 4 de septiembre de 1998)*. Madrid: Colegios Notariales de España, 987 y DÍAZ ALABART, S. (2011). *La cláusula penal*, Madrid: Reus, 160 y 167.

¹⁴ DÍAZ ALABART, S. (2011). *La cláusula...*, *op. cit.*, 154-155.

¹⁵ AZOFRA VEGAS, F. (2015). *La hipoteca flotante*. Madrid: Dykinson, 345 y sigs.: «*Ni los acreedores de un acreedor hipotecario solidario que embarguen el derecho de su deudor trabajarán más derecho o mejor derecho que el que tiene su deudor. Y habrán de soportar la cancelación de la hipoteca consentida por otro coacreedor solidario, o la purga que resulta de la ejecución de la hipoteca efectuada por otro coacreedor solidario. Del mismo modo, los cesionarios, embargantes o acreedores subhipotecarios de un acreedor hipotecario cotitular de un crédito hipotecario en mano común subentran (o subentrarán) en la posición jurídica de su cedente, deudor embargado o subhipotecante, ni más, ni menos.*

Y si el crédito hipotecario objeto de cualquiera de dichos negocios de cesión, embargo o subhipoteca está sometido a condición suspensiva o resolutoria (art. 142 LH), o la propia hipoteca está sometida a condición suspensiva o resolutoria (art. 142 LH, RRDGRN de 2 y 3 de septiembre de 2005, RJ 2005, 6928 y RJ 2005, 6929, respectivamente y sentencia de la AP de Barcelona de 17 de junio de 2008, JUR 2008, 265700) o la hipoteca se ha constituido sobre bienes vendidos con pacto de retro o a carta de gracia (art. 107.7.º LH), pues todas esas vicisitudes, limitaciones o potenciales carencias del crédito o de la hipoteca se trasladarán naturalmente al cesionario, embargante o acreedor subhipotecario».

¹⁶ RDGRN de 6 de julio de 2012: «[...] ha de tenerse en cuenta que los terceros adquirentes, incluso con derecho inscrito o anotado, están afectados por el asiento que se solicita mediante la resolución, en el sentido de que han de estar a las vicisitudes del cumplimiento de la obligación de pagar la contraprestación que incumbe al adquirente según el contrato en que se estipuló la condición resolutoria, pudiendo si así les interesa pagar lo que falte (cfr. art. 1158 CC)». PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2001). *Derechos Reales*, op. cit., II, 415, recurriendo a la aplicación analógica del artículo 221 RH, en una venta de varias fincas por un precio alzado, entiende que «los terceros podrán evitar, respecto de su finca, los efectos de una resolución global poniendo oportunamente a disposición del vendedor solo la cantidad debida de que responda la finca respectiva».

¹⁷ CLEMENTE MEORO, M. (2009). *La obligación de pago del precio en la compraventa de inmuebles*, Barcelona: Bosch, 46-47; CLEMENTE MEORO, M. (2014). *El retraso...*, op. cit., 322; VALBUENA GUTIÉRREZ, J.A. (2009). Artículo 1504. *Comentarios al Código civil*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 1764 y NAVARRO CASTRO, M. (2011). *Comentario a los artículos 1500, 1504 y 1505 del Código civil*. En: Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J. y Valpuesta Fernández, R. (Dir.), y Orduña Moreno, J., Plaza Penadés, J., Estruch, J., Martínez Velencoso, L.M. y Rodríguez Rosado, B. (Coord.), *Código civil Comentado*, IV, Madrid: Civitas-Thomson, 2011, 251-252.

¹⁸ Precepto «dudosamente legal» para PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2001). *Derechos Reales...*, op. cit., II, 432.

¹⁹ ROVIRA JAÉN, F.J. (1996). *El pacto resolutorio...*, op. cit., 261-262.

²⁰ ROVIRA JAÉN, F.J. (1996). *El pacto resolutorio...*, op. cit., 261-262.

²¹ MUÑOZ DE DIOS, G. (2001). Examen comparativo de las garantías del precio aplazado en la compraventa de inmuebles, *La Ley* núm. 5792/2001, 1253.

²² VÁZQUEZ BARROS, S. (2009). Naturaleza jurídica del retracto convencional. *Revista de Derecho y Lex*, núm. 66, marzo de 2009, 2.

²³ VÁZQUEZ BARROS, S. (2009). Naturaleza jurídica del retracto..., op. cit., 3.

²⁴ RIVERA SABATÉS, V. (2001). *El retracto convencional*, Colección Estudios de Derecho Privado. Granada: Comares, 345 y sigs.

²⁵ Es importante destacar, asimismo, que el artículo 59 no resulta en absoluto incongruente con el resto de la normativa hipotecaria que no exige indefectiblemente declaración judicial o consentimiento del perjudicado para la modificación del registro. No se exige indefectiblemente, por ejemplo, en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria como bien resulta de la expresión «en los casos en que haya de solicitarse judicialmente».

²⁶ MUÑOZ DE DIOS, G. (2001). *Examen comparativo...*, op. cit., 1251.

²⁷ CHICO Y ORTIZ, J.M.^a (2000). *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, I y II, 4.ª ed. Madrid: Marcial Pons, I, 385.

²⁸ Véanse también las SSTs de 2 de octubre de 2012, 12 de noviembre de 2012 y 7 de febrero de 2014 y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. (2012). *Comentario a la sentencia de 4 de julio de 2011*, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 89, 2012, 303-304.

²⁹ VAQUERO PINTO, M.J. (2013). Diferencias entre artículos 1124..., op. cit., 1654.

(Trabajo recibido el 27-8-2019 y aceptado para su publicación el 7-11-2019)

En torno a la transformación de la comunidad hereditaria en comunidad o comunidades ordinarias

The transformation of the community of heirs on the estate to co-ownership

por

ANTONIO GONZÁLEZ VALVERDE

Doctor en Derecho. Departamento de Derecho civil de la Universidad de Murcia

RESUMEN: Este trabajo aborda la extinción de la comunidad hereditaria que se produce mediante el acuerdo entre los coherederos de adjudicarse por vía de partición cuotas indivisas de la exclusiva titularidad de cada adjudicatario sobre cada uno de los bienes integrantes de dicho caudal. Conocida generalmente como conversión o transformación de la comunidad hereditaria, implica como resultado la constitución, con arreglo a dichas cuotas, de comunidades ordinarias sobre cada uno de los bienes o derechos que integraban la masa, manteniéndose entre los copartícipes la situación de indivisión, pero con sujeción a distinto régimen jurídico.

La extinción de la comunidad hereditaria por esta vía no es, sin embargo, mera prolongación de la situación de indivisión bajo nuevas reglas, aunque esta sea su consecuencia más visible. Tampoco constituye una división puramente formal o provisional, aunque posteriormente sea preciso salir de la comunidad ordinaria constituida, sino que pone fin a la indivisión hereditaria por una vía que plantea cuestiones de interés, entre las que se

encuentran las de su naturaleza y fundamento, las formas a través de las que puede tener lugar, la afectación del objeto, el contenido y eficacia de la disposición o acuerdo extintivo y sus requisitos o condiciones. De igual modo, es preciso dilucidar los aspectos relativos a la posición jurídica de los copartícipes, los derechos de terceros sobre los bienes objeto del acuerdo de adjudicación o la relación, establecida jurisprudencialmente, de esta forma de división del patrimonio hereditario con los supuestos de desahucio por precario entre coherederos.

ABSTRACT: This work deals with the extinction of the community of heirs produced through the agreement between the heirs to award undivided quotas on the assets that are part of said state. Known as conversion or transformation of the community of heirs, implies as a result the constitution, according to said quotas, of co-ownership on each of the assets or rights that made up the estate, maintaining the situation of indivision between the partners, but subject to a different legal regime.

The extinction of the community of heirs in this way, is not, however, a mere continuation of the situation of indivision under new rules, although this is its main consequence. Nor does it constitute a purely formal or provisional division, although later it is necessary to leave the ordinary communities constituted, but it ends the hereditary indivision by a way that raises questions of interest, among which are those of its nature and foundation, forms through which it may take place, the object, the content and effectiveness of the disposition or termination agreement and the conditions to be met, the position of the co-participants and the content of their obligations and rights, the rights of third parties on the goods or their relationship to the eviction cases by precarious between heirs.

PALABRAS CLAVE: Herencia. Coherederos. Comunidad de herederos. Indivisión. Cuotas indivisas. Comunidad de bienes. Transformación de la comunidad hereditaria. Partición. Desahucio por precario.

KEY WORDS: *Inheritance. Heirs. Community of heirs. Undivision. Undivided quota. Co-ownership. Transformation of the community of heirs. Partition. Precarious between heirs.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA SIN DIVISIÓN MATERIAL DE LOS BIENES.—III. LA TRANSFORMACIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA EN COMUNIDAD (O COMUNIDADES) DE BIENES:

1. LA TRANSFORMACIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA COMO UNA FORMA DE PARTICIÓN CONVENCIONAL. 2. FINALIDAD DE LA EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA MEDIANTE LA CONSTITUCIÓN DE UNA NUEVA COMUNIDAD: ¿DIVIDIR PARA CONTINUAR EN INDIVISIÓN? 3. LA CUESTIÓN DEL CARÁCTER ORDINARIO O EXCEPCIONAL DE LA EXTINCIÓN POR TRANSFORMACIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA. 4. VÍAS O FORMAS POR LAS QUE PUEDE TENER LUGAR LA TRANSFORMACIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA. 5. EL ACUERDO DE LOS COHEREDEROS PARA LA ADJUDICACIÓN DE CUOTAS PRO INDIVISO: A) *Naturaleza del acuerdo de transformación. La autonomía divisoria de los coherederos, como fundamento del acuerdo y sus límites.* B) *La constitución voluntaria o convencional de la comunidad ordinaria a consecuencia de la transformación como figura autónoma.* C) *Posiciones doctrinales sobre la naturaleza de la transformación de la comunidad hereditaria.* D) *Utilidad de la figura.* 6. REQUISITOS PARA LA EXTINCIÓN NEGOCIAL DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA POR MEDIO DE LA ADJUDICACIÓN DE CUOTAS INDIVISAS SOBRE LOS BIENES: A) *Examen de los requisitos.* B) *Cuestión de si la previa liquidación de la sociedad de gananciales es un requisito para llevar a cabo la transformación de la comunidad hereditaria.* 7. ¿ES LA DIVISIÓN Y ADJUDICACIÓN DE LOS BIENES HEREDITARIOS UN PRESUPUESTO NECESARIO PARA EL EJERCICIO DE LA *ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO*? 8. CONTEXTO EN EL QUE SE REFIERE LA JURISPRUDENCIA A LA POSIBILIDAD DE TRANSFORMACIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA EN ORDINARIA: A) *La transformación como forma válida de llevar a cabo la partición. Determinación de la acción divisoria.* B) *La transformación en relación con el carácter particional del acuerdo y sus efectos sobre las facultades de los coherederos. Aplicación al desahucio por precario entre coherederos.* C) *Cuestión de la legitimación para el ejercicio de la acción de desahucio por precario.* 9. ACCESO REGISTRAL DE LA PARTICIÓN EN LA QUE LOS COHEREDEROS SE ADJUDICAN EN PRO INDIVISO LOS BIENES HEREDITARIOS. 10. LA EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA CON CONSTITUCIÓN DE COMUNIDAD DE BIENES CUANDO EXISTEN CUOTAS HEREDITARIAS GRAVADAS.—IV. LA SALIDA DE LA COMUNIDAD ORDINARIA CONSTITUIDA POR TRANSFORMACIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA.—V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Entre los supuestos de extinción de la comunidad hereditaria sin división material de su objeto se encuentran los de transformación o conversión, por vía particional o por otra, en un conjunto de comunidades ordinarias o en otra figura no comunitaria que la sustituya, como una sociedad¹, civil o mercantil, a la que los coherederos aportan sus participaciones en la herencia. En el primer caso, el acuerdo de los copartícipes produce la extinción de la

comunidad por medio de la adjudicación a estos, no de un cuerpo de bienes cierto, entendido como atribución de titularidades exclusivas sobre bienes concretos, sino de cuotas indivisas en cada uno de los bienes que integran la masa, proporcionales a sus respectivas cuotas hereditarias, constituyéndose tantas comunidades como bienes integrara².

En consecuencia, entendemos por transformación o conversión de la comunidad hereditaria una forma de cesación de aquella que se produce normalmente por vía particional e implica la adjudicación pro indiviso de todos o parte de los bienes hereditarios remanentes a los herederos en proporción a su derecho, constituyéndose tantos condominios por cuotas como bienes hubiera en la masa y quedando dichas cuotas de la exclusiva titularidad de cada adjudicatario.

La transformación de la comunidad hereditaria en uno o varios condominios ordinarios por convenio entre los coherederos hace desaparecer la unidad del caudal relicto, pero, aunque bajo distinto régimen jurídico, los bienes se mantienen en indivisión. Para este acuerdo, amparado en la amplia libertad particional reconocida a los coherederos en el Código civil, existen distintos motivos, entre ellos la necesidad de dar respuesta a situaciones que pueden venir dadas por la propia naturaleza del patrimonio hereditario, por la difícil o imposible división de todos o parte de los bienes hereditarios o, en ocasiones también, para cubrir ciertas necesidades de gestión durante la indivisión, como las de bienes profesionales o de explotaciones de carácter comercial o industrial que se desea mantener activas³, dada la ausencia en nuestro derecho sucesorio de soluciones flexibles específicamente pensadas para estos supuestos.

Como forma de mantener los bienes inmuebles en indivisión y con frecuencia en explotación conjunta, el derecho foral aragonés (arts. 373-376 del Código del Derecho Foral de Aragón [CDFA]) regula la figura del consorcio o fideicomiso foral, que responde al principio de troncalidad aragonés. El consorcio se entiende formado, salvo disposición en contrario (art. 373 CDFA) entre los varios hermanos o hijos de hermanos que heredan de un ascendiente común bienes inmuebles indivisos, o los adquieren en pro indiviso por legado o donación, quedando titulares los consortes de cuotas indivisas, que puede disolverse por división del inmueble y por acuerdo de todos los consortes. Los consortes pueden también separarse del mismo sin que se produzca su extinción, haciéndolo en escritura pública y comunicándolo fehacientemente a los demás consortes, pero mientras permanecen en él el efecto principal es que no pueden disponer libremente de su participación *inter vivos* ni *mortis causa* si no es a favor de sus descendientes, que adquieren la condición de consortes (art. 374,1.º CDFA).

La ausencia de regulación de la transformación de la comunidad hereditaria⁴ más allá de su encaje entre las modalidades de partición convencional

hace necesario delimitar la figura, lo que implica, entre otras cuestiones, fijar su noción, su alcance y sus efectos respecto de la división y adjudicación del patrimonio hereditario, determinar los requisitos o presupuestos bajo los que puede llevarse a cabo, estudiar las vías o formas susceptibles de producir la transformación y las consecuencias en la organización de la situación comunitaria y resolver cuestiones como la protección de los derechos de terceros sobre el patrimonio hereditario o sobre el de los coherederos en el momento de la transformación y la distribución de las cargas o gravámenes que pudieran afectar a los bienes una vez producida aquella.

Las cuestiones de si a través del acuerdo de transformación se ha procedido a la división y adjudicación de la cosa común, o si nos encontramos aún en el periodo de indivisión que precede a la partición hereditaria son también relevantes en relación con aspectos como el reconocimiento de la titularidad dominical de bienes determinados, las posibilidades de posesión exclusiva de los mismos o la legitimación y ejercicio de las acciones, sea para poner fin a la situación de indivisión, para ejercer el retracto o para hacer efectivo el desahucio.

Importan a nuestro estudio no tanto aquellas situaciones en las que en la partición del caudal hereditario alguno o algunos de los bienes son adjudicados a todos o algunos de los coherederos en pro indiviso⁵, generalmente por razón de su difícil o imposible división, sino, sobre todo, aquellas en las que la transformación o conversión alcanza a la totalidad de la herencia o, cuando menos, al bien o bienes que concentran su mayor valor económico, pues es en estos casos en los que se plantean los problemas de mayor interés.

II. LA EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA SIN DIVISIÓN MATERIAL DE LOS BIENES

La única forma que el Código civil ha disciplinado para la terminación de la comunidad hereditaria es la partición, que, en términos generales, es un mecanismo dirigido específicamente a poner fin a dicha situación e implica la división de su objeto y la adjudicación a los coherederos de los bienes o derechos concretos que se corresponden con su derecho. La opción legislativa puede resultar coherente con la visión de la institución como una situación transitoria orientada a su rápida liquidación, pero resulta insuficiente para ofrecer solución a los problemas que el funcionamiento de la comunidad hereditaria puede plantear, tanto entre los copartícipes como en relación con terceros.

A pesar de esta limitación, la regulación del Código civil para la división de la herencia actúa como regulación general para la extinción de las situaciones comunitarias en nuestro Derecho, e incluso como una especie de

«teoría general de la división de derechos», o un régimen básico aplicable a cualquier situación de indivisión⁶, sin perjuicio de la fuerza expansiva y de atracción que la jurisprudencia reconoce a la regulación de la comunidad ordinaria en las cuestiones de organización y administración⁷.

La partición se dirige específicamente a poner fin a la comunidad hereditaria (STS de 26 de enero de 2012) mediante la división material de su objeto. De este modo, verifica como efecto propio una mutación jurídico real de carácter esencial, al extinguir la comunidad existente y modificar el derecho del comunero y su posición de poder respecto del bien⁸, como confirma el artículo 1068 del Código civil, que atribuye a la partición el efecto de conferir a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados. Lo normal es, pues, que su práctica ponga fin a la comunidad hereditaria, cuya disolución provoca al faltar el objeto común, y, en este sentido, puede decirse que en la partición coinciden normalmente la división del caudal y la cesación o extinción de la comunidad⁹.

El acto divisorio es, pues, un acto con efecto extintivo de la situación jurídica anterior, y, al mismo tiempo, con un efecto modificativo del derecho de cada uno de los sujetos intervinientes (STS de 25 de febrero de 2011). Sin embargo, como señala DIEZ SOTO, además de evitar o poner fin a la comunidad hereditaria, la partición cumple funciones adicionales y su régimen jurídico se encuentra condicionado por la necesidad de atender a exigencias e intereses que surgen del propio fenómeno sucesorio, entre las que pueden mencionarse la previa liquidación del régimen económico matrimonial del causante, la satisfacción de los gastos derivados de la misma sucesión o la protección de los intereses de legitimarios y terceros (principalmente acreedores y legatarios de cosa específica). Ni la función liquidatoria ni la conservativa de la herencia, aunque pueden encontrar un marco adecuado en la indivisión y en la partición, explican suficientemente —advierte el autor— la función de esta, que es esencialmente la de la distribución de los bienes que integran la herencia del causante en proporción a las cuotas de los partícipes¹⁰.

Aunque el Código civil atienda solo al régimen de la partición, la extinción de la comunidad hereditaria puede tener lugar por una pluralidad de causas¹¹: unas se corresponden con las causas generales de extinción de la propiedad o de los derechos reales, otras con las propias de las situaciones comunitarias y, finalmente, algunas son específicas de la comunidad hereditaria y están vinculadas a la ausencia sobrevenida de algunos de sus presupuestos, objetivos o subjetivos. Entre estas causas se incluyen, además de la partición de la herencia, la pérdida o desaparición de la cosa común o su reducción a la unidad; la reunión en una sola mano de todos los bienes que componen la herencia, a veces denominada «consolidación»¹², mediante la transmisión de cuotas entre los coherederos o en virtud de la prescripción

adquisitiva; la renuncia de todos los coherederos, o de todos menos uno, o de todos a favor de uno o el acuerdo unánime de los copartícipes dirigido específicamente a producir la extinción de la comunidad¹³.

Algunas de estas causas de extinción logran la individualización de los derechos de los coherederos sin llevar aparejada la división material de la masa del caudal hereditario (que puede también, en ocasiones, hallarse en estado de suspensión, o, directamente, no ser necesaria), sino solo su división jurídica¹⁴. Puede decirse entonces que la cesación de la comunidad hereditaria no agota, como se ha señalado, la función de la partición.

III. LA TRANSFORMACIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA EN COMUNIDAD (O COMUNIDADES) DE BIENES

1. LA TRANSFORMACIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA COMO UNA FORMA DE PARTICIÓN CONVENCIONAL

Cuando la comunidad hereditaria se extingue de manera que las participaciones globales en la masa se convierten en comunidades singulares sobre cada bien o derecho integrante de esta, transformando la comunidad hereditaria en una pluralidad de comunidades ordinarias, se aplicarán en adelante para cada una de ellas los pactos alcanzados entre los coherederos, y, por falta de estos las normas de los artículos 392 y siguientes.

Aún integrada por los mismos sujetos y recayente sobre los mismos bienes, la comunidad o comunidades así constituidas difieren de la originaria, pues se trata de comunidades por cuotas (SSTS de 24 de enero de 1963 y 17 de marzo de 1966), de modo que cuando la conversión o transformación de la comunidad hereditaria se produce, como ocurre normalmente, por vía de la partición, esta opera una transformación de la cuota abstracta que recae sobre el patrimonio en titularidades en pro indiviso sobre bienes concretos (STS de 28 de junio de 2001). Podemos entonces decir que, al tiempo que se verifica la transformación del derecho abstracto de cada heredero en un derecho individualizado sobre bienes determinados, este derecho se materializa sobre una parte o cuota de cada uno de aquellos, cuya naturaleza difiere, aunque resuelto también en una cotitularidad, de la cuota que se ostentaba antes de la disolución de la comunidad. Considerada la herencia como un bien único, puede decirse que la cuota única que correspondía a cada coheredero sobre dicho bien se transforma en una pluralidad de cuotas para cada copartícipe¹⁵.

La división de la cosa común debe ser contemplada —como recuerda la STS de 23 de mayo de 1998¹⁶— como la transformación del derecho de un comunero, reflejado en su cuota de condominio, en la propiedad exclusiva

sobre la parte de la cosa que la división hubiera individualizado. La división del patrimonio hereditario en común, en cambio, debe operar por medio de la partición la transformación del derecho de los coherederos en una titularidad concreta sobre bienes determinados, pero, siendo así, el resultado de la partición tiene un ámbito más amplio, pues la titularidad tanto puede atribuirse en propiedad exclusiva como en pro indiviso.

Surge así para cada uno de los copartícipes una cuota indivisa concreta e individualizada sobre cada uno de los bienes, lo que a menudo se expresa como un fenómeno de «transformación», aunque lo cierto es que, como se advierte, el acto provoca la extinción de la comunidad hereditaria y, como efecto automático, la constitución de distintas comunidades ordinarias sobre los bienes sin que, más allá de su origen hereditario y de la coincidencia de la base subjetiva y real —esta no siempre completa— exista entre una y otras comunidades una conexión que permita hablar propiamente de transformación de la comunidad. Ello al margen de que, como efecto propio de la partición, se transforme el derecho de cada coheredero y de que las cuotas que ostentan en las comunidades constituidas hayan de guardar la debida proporción con su derecho hereditario.

De hecho, ha señalado la jurisprudencia que el potencial de la división de la herencia para generar una nueva situación comunitaria pone de relieve la verdadera esencia de la partición —frente a la mera división de la cosa común—, cual es la de hacer concreto lo abstracto, convertir las cuotas abstractas sobre la *universitas* en otras concretas sobre los bienes, pero sin finalizar necesariamente la indivisión (STS de 25 de junio de 2008).

Aunque en general la doctrina y la jurisprudencia admiten, con algunos matices, que el acto verifica con plena eficacia una partición de carácter convencional, la opinión no es unánime, y se oponen a ella autores como DÍEZ-PICAZO¹⁷ o VALLET¹⁸, quien niega dicho carácter, entendiendo que por la voluntad de los herederos de transformarla en una comunidad de bienes o en una sociedad aportando cada cual su derecho hereditario y todos en conjunto el íntegro haber hereditario cesa la comunidad, pero sin mediar la partición.

Pero incluso entendiendo realizada por tal acto una partición, la situación de indivisión material subsecuente y el mantenimiento de la titularidad plural sobre los mismos han permitido discutir si de alguna forma subsiste la comunidad hereditaria original, es decir, si se trata de una partición definitiva, o si tiene una validez meramente provisional o aplazada, de manera que posteriormente será preciso repetir las operaciones divisorias para adjudicar a cada comunero titularidades plenas, exclusivas e independientes, esto es, proceder a la verdadera partición; e incluso si la voluntad de permanecer en la indivisión no implica un elemento de confianza mutua entre los contratantes que justificaría la gestión por cada uno de ellos en la misma forma que en la sociedad.

La cuestión se resolvió pronto por el Tribunal Supremo, para el que resulta indudable que esta forma de adjudicación pone fin a la comunidad mediante la individualización de los derechos de los coherederos. La primera decisión que afirma la imposibilidad de que la comunidad hereditaria subsista a ningún efecto después de la transformación (cuando afecta a la totalidad de caudal) fue la STS de 16 de abril de 1930, que afirmó:

«[...] si los bienes procedentes de una herencia se adjudican en común y pro indiviso, no por ello subsiste el conjunto o universalidad patrimonial, sino que al contrario, por el hecho de la adjudicación, se individualizaron en cuanto al dominio, sobre cada uno, y quedaron establecidas tantas comunidades como bienes distribuidos, siendo innegable que cada partícipe adquirió el derecho de continuar en la comunidad o romperla, según los artículos 1068 y 400 del Código civil, por lo que en este caso no se infringieron los artículos 406, 398 y 1062 del mismo Cuerpo legal».

En consecuencia, la adjudicación de los bienes hereditarios en común y pro indiviso impide la subsistencia de la herencia como un conjunto o universalidad patrimonial, puesto que la adjudicación¹⁹ produce en este caso la individualización en cuanto al dominio sobre cada uno de los bienes, quedando establecidas tantas comunidades como bienes distribuidos y adquiriendo en ese acto cada uno de los copartícipes el derecho de continuar la comunidad o romperla, conforme a los artículos 1068 y 400 del Código civil.

Al margen de la aplicación del régimen general previsto para la comunidad ordinaria en los artículos 392 y siguientes, la compatibilidad entre ambas situaciones comunitarias solo es posible cuando la adjudicación de cuotas indivisas ha alcanzado solamente a alguno o algunos de los bienes, pues, afectando a la totalidad del caudal, lo impide la esencia misma de la partición. Por lo demás, los dos tipos de comunidad mantienen diferencias relevantes en cuanto a la organización y a la forma de ejercicio de los derechos²⁰ y acciones, que se han cifrado, fundamentalmente, en el distinto carácter de la posesión que corresponde a los copartícipes durante la indivisión²¹ (SSTS de 25 de noviembre de 1961, y 21 de marzo de 1968, y 25 de junio de 2008, entre otras).

2. FINALIDAD DE LA EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA MEDIANTE LA CONSTITUCIÓN DE UNA NUEVA COMUNIDAD: ¿DIVIDIR PARA CONTINUAR EN INDIVISIÓN?

El acuerdo de hacer cesar la comunidad hereditaria dando lugar a un conjunto de comunidades ordinarias deja indiferente, en cierto sentido, la

situación entre los herederos, que se mantienen en indivisión, igual que antes de la partición, aunque con modificación del contenido de su titularidad, de las relaciones con los demás copartícipes y del régimen jurídico aplicable, que será ahora el propio de la comunidad ordinaria.

La prolongación de la indivisión bajo otra situación comunitaria que obliga a una nueva división diferida en el tiempo, podría entenderse, como hemos señalado, simplemente como una forma de dilatar la cuestión. Este efecto, unido a la identidad subjetiva entre los partícipes de la comunidad hereditaria y los de la comunidad ordinaria y, a menudo, a la identidad del objeto, permite preguntarse si, de algún modo, se contradice por la vía de la transformación el fin normal y propio del proceso particional.

Para algunos autores este efecto de la transformación —dividir para seguir en la indivisión— fuerza el sentido mismo de la partición y está en contradicción con su objeto o lo desvirtúa, lo que, a pesar de la frecuencia de su uso en la práctica, aconsejaría reconocer la transformación de la comunidad hereditaria solo con carácter excepcional²² y no con carácter general, entre las posibilidades de dividir la herencia a disposición de los coherederos. De hecho, algunos de los problemas suscitados en torno a la transformación de la comunidad hereditaria remiten al estudio del objeto mismo de la partición y a la forma en que dicho objeto puede satisfacerse —en propiedad exclusiva o en pro indiviso— sin vulneración de su naturaleza ni de la libertad particional de los coherederos.

Como hemos señalado, la existencia de bienes que después de la partición se mantienen en proindivisión no permite entender que subsiste entre ellos la comunidad hereditaria hasta que resulten adjudicados en titularidades plenas y exclusivas a los copartícipes. Significa solo que los copartícipes han hecho uso de su libertad particional transformando tal comunidad universal en otra u otras singulares, según su conveniencia (SAP de La Coruña, secc. 6.ª, de 7 de septiembre de 2010)²³. Lo que el Tribunal Supremo viene afirmando es que, en tanto no se realice la partición por cualquiera de los medios admitidos en derecho, no adquieren los coherederos la propiedad exclusiva de ningún bien hereditario (sentencias de 28 de febrero de 2013, 17 de diciembre de 2007 y 3 de junio de 2004), pero no que la individualización de dicha propiedad, como efecto inmediato de la partición, no pueda realizarse de modo que se ostenten los bienes en pro indiviso o que queden limitados en tal caso sus efectos.

La cuestión es la de si las operaciones divisorias no requieren una «unidad de acción», y si el mantenimiento posterior de una situación semejante a la existente con anterioridad a la liquidación²⁴, que obliga a repetir tales operaciones para adjudicar a cada comunero titularidades plenas, exclusivas e independientes no constituye en realidad una operación más formal que real, contraría la naturaleza misma del procedimiento particional.

La posición restrictiva ha sido adoptada por la jurisprudencia en relación con los supuestos de liquidación de la sociedad de gananciales para constituir una comunidad por cuotas indivisas entre los cónyuges. En estos casos, el Tribunal Supremo, a menudo realizando consideraciones generales sobre la liquidación de masas patrimoniales, se ha manifestado contrario a la perpetuación de la indivisión, defendiendo la unidad de acción de las operaciones liquidatorias para no desvirtuar la finalidad propia del proceso, dirigido a adjudicar la propiedad plena y separada de una parte o porción de la cosa común.

Esta doctrina se fundamenta en la necesidad de no favorecer que la liquidación de los patrimonios conjuntos se resuelva en una comunidad ordinaria, obligando a una nueva división. Como ejemplo, la STS de 16 de diciembre de 1995, en un caso de disolución de la sociedad de gananciales en el que el bien consistía en la vivienda familiar, calificó la petición de atribuirla a ambos en pro indiviso, como una petición *contra natura*, con el doble argumento de que, por una parte, se contrariaría el procedimiento de liquidación, que pretende poner fin a la situación resultante de la sociedad de gananciales, lo que no puede pasar por crear otro tipo de comunidad si cualquiera de los cónyuges no está de acuerdo, sino por repartir el remanente; y, por otra, según el artículo 1062 del Código civil, al que remite el artículo 1410 del Código civil, tratándose de bienes indivisibles, la facultad que se atribuye al coheredero (cónyuge) consiste en pedir la adjudicación o solicitar su venta en pública subasta, pero no en postular la creación de una comunidad romana.

Es interesante en este punto el razonamiento del Auto de la AP de Madrid de 29 de marzo de 2012²⁵, en el que se apela al significado y finalidad propios de la partición y a la necesidad de evitar la perpetuación en una comunidad por cuotas, verificando una división más formal que real que obligaría posteriormente a una nueva litis, autónoma, de división de la cosa común. La resolución, referida también a la liquidación de la sociedad de gananciales con pacto de constitución de una comunidad ordinaria, afirma: «[...] la finalidad de la liquidación es la división y adjudicación del haber partible, si existiese, transformándose en real e individualizada la cuota de cada interesado, que antes era ideal o potencial. La efectiva partición requiere la formación de lotes que permitan la adjudicación independiente a cada cónyuge, y si ello no fuera posible [...], su adjudicación a uno de ellos con abono del precio o su mitad, al otro, si así lo convinieren, y en último término su venta y reparto del dinero obtenido».

Lo que evidencian estas decisiones es la paradoja que, al menos en apariencia, representa intentar poner fin a la situación de comunidad mediante la creación de otro tipo de comunidad, pero, sobre todo, que tal solución no puede ser impuesta, y que no es la deseada como solución general por

nuestro ordenamiento, en el que existen previsiones para evitar el mantenimiento de la situación de indivisión a través de la atribución del bien a uno de los copartícipes, a calidad de compensar con otros bienes o en metálico, o bien a través de su venta en pública subasta.

De hecho, la prolongación de la indivisión podría entenderse contraria al designio normativo que inspira nuestro ordenamiento, que parte de la naturaleza transitoria e incidental de las situaciones comunitarias y presupone un proceso particional cuya idea rectora es hacer a cada uno dueño exclusivo de los bienes que se le adjudiquen, como resulta del artículo 1068 del Código civil.

A esta misma idea responde la norma del artículo 786,1.º de la LEC al disponer que en la práctica de las operaciones divisorias el contador «procurará, en todo caso, evitar la indivisión», estableciendo (pfo. 2.º) que tales operaciones deben presentarse en el plazo máximo de dos meses desde que fueron iniciadas, acompañándose de un escrito firmado por el contador en el que, entre otros extremos, ha de expresarse: «la liquidación del caudal, su división y adjudicación a cada uno de los partícipes», lo que presupone que las operaciones practicadas han de concluir, de forma preferente, con la división del caudal y su adjudicación a los copartícipes.

Para Díez-PICAZO²⁶, que se ocupa especialmente del problema en los casos en que la situación se suscita debido a la indivisibilidad económica de los bienes y deriva en la adjudicación de acciones o participaciones societarias, es posible entender que no se produce división en los casos en que la comunidad ordinaria viene a sustituir a la hereditaria, ya que en estos supuestos, a su juicio, no se sale en absoluto de la indivisión, y lo único que hay es una transformación del tipo de comunidad existente con eventual perjuicio para los derechos hereditarios.

Aunque la situación fáctica sea en ambos casos de indivisión, ha de tenerse en cuenta que la que regía en relación con la comunidad hereditaria ha quedado extinguida y que la que ahora existe por voluntad común de los coherederos es distinta, y se sujeta a unas normas y a un régimen de organización propios que incluyen no solamente las normas de los artículos 392 y siguientes del Código civil, sino, en el amplio margen negocial que estos permiten, los pactos que se hayan querido establecer para regular la nueva situación.

Como situaciones netamente diferenciadas las considera la jurisprudencia, si bien, desde un punto de vista práctico, ha señalado RUBIO GARRIDO que, a pesar de su frecuencia, sobre todo en relación con la sucesión de actividades empresariales, la vía de la constitución de situaciones de proindivisión sobre los bienes de la herencia solo dilata la resolución de un problema que habrá que afrontar con la acción de división del pro indiviso ordinario, y que puede incluso generar otros problemas que obli-

guen a solicitar el nombramiento de un administrador judicial conforme al artículo 398 del Código civil²⁷. Téngase en cuenta que la constitución de la comunidad ordinaria como resultado de la transformación puede acompañarse, conforme al artículo 400,2.º del Código civil de pactos de indivisión que podrían derivar en situaciones de perpetuación de la indivisión o, al menos, posibilitar el uso de la figura como forma estable de gestión del patrimonio, lo que, llevado mas allá de un límite razonable, contravendría, en efecto, su configuración legal.

También desde un punto de vista eminentemente práctico se ha entendido por ESPEJO que según el caso de que se trate podrá entenderse realizada la partición con las adjudicaciones pro indiviso, o podrá entenderse la partición como meramente provisional. El problema que puede plantearse para este autor es si la eventual aparición de nuevos bienes obligaría a adicionar la partición, como es regla general, o, por el contrario, deberían aportarse a la comunidad o comunidades ordinarias creadas lo que, en suma, procederá solamente si así resulta de la interpretación de la voluntad de los copartícipes²⁸.

Para LACRUZ²⁹, el pacto de indivisión durante un tiempo prolongado alcanzado por los coherederos durante la comunidad hereditaria, sin intención expresa de transitar hacia otro ente dotado de personalidad jurídica propia, tiene, por sí mismo, la virtualidad de transformar su régimen jurídico, pues denota la voluntad de buscar un régimen distinto, que implicaría contar con un sistema legal de administración del patrimonio que reconozca a todos los copartícipes derechos y deberes sobre dicha administración. Desde esta perspectiva, incluso sin acuerdo explícito, el retraso en la práctica de las operaciones divisorias podría expresar una modificación en la situación comunitaria, y aconsejaría examinar las causas, para saber si a tal situación debe seguirse aplicando el régimen de la comunidad hereditaria u otro más orgánico, que tenga en cuenta la existencia de una empresa común (SSTS de 16 de abril de 1942 y 21 de diciembre de 1965).

A nuestro juicio, la salida de la comunidad hereditaria mediante la adjudicación de cuotas indivisas sobre los bienes hereditarios no contraviene la finalidad de la partición, sino que la efectúa, con plenos efectos por una vía que no implica la división material del caudal y respeta las necesidades de los coherederos de mantener temporalmente unido el patrimonio o una parte del mismo, conservando en la nueva comunidad constituida la proporción de sus derechos y sirviendo, en los casos de imposibilidad de división al principio de igualdad del artículo 1061 del Código civil, aunque no puede constituirse en regla general.

Son muchas las sentencias que, en relación con la partición por transformación recuerdan la admisibilidad de esta forma de poner fin a la comunidad hereditaria con base en la libertad individual reconocida a los

coherederos para, por acuerdo unánime de todos ellos («*nemine discrepante*»), partir la herencia del modo que tengan por conveniente³⁰. Es cierto, sin embargo, que, aunque hayan de verificarse todas las operaciones, la partición resulta en estos casos «menos visible» externamente, como señala RUBIO GARRIDO³¹, puesto que ha de suponerse que ya se han aplicado las normas sobre computación, colación, y, en su caso, reducción de donaciones, así como las de institución de heredero, legados y donaciones y las de liquidación y responsabilidad sucesoria.

3. LA CUESTIÓN DEL CARÁCTER ORDINARIO O EXCEPCIONAL DE LA EXTINCIÓN POR TRANSFORMACIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA

Cabe plantearse si la que estudiamos debe considerarse una opción más a disposición de los coherederos para poner fin a la comunidad hereditaria, o si, por el contrario, la prolongación de la situación de indivisión determinada por el acuerdo de transformación de la comunidad hereditaria debe llevar a considerarla una forma excepcional³² respecto de la regla general de división del patrimonio con adjudicación de titularidades plenas y exclusivas sobre los bienes hereditarios, justificada como normal.

Este último es el criterio adoptado por la SAP de Vigo de 26 de octubre de 2017 que, a diferencia de resoluciones anteriores, entendió que la opción por esta forma de partición ha de estar justificada y no puede constituirse en la regla general, dado que en tal caso no cumpliría la partición su finalidad de salir de la indivisión, pudiendo motivar un nuevo pleito de extinción del condominio, lo que no deja de ser una postergación del problema a un proceso posterior, con infracción de los principios de economía procesal. En este sentido ha entendido también la SAP de Tarragona, secc. 1.^a de 14 de febrero de 2019 que la indivisión que resulta de la adjudicación de los bienes por cuotas indivisas a los herederos ha de estar justificada, «pues no ha de ser esta la regla general, y en el supuesto que se examina[...], la justificación se halla en la necesidad de mantener la igualdad entre los herederos».

Aunque negando que pueda tomarse por regla general para la división del patrimonio hereditario, lo que obviamente no es, lo cierto es que las mencionadas resoluciones no explicitan en qué modo habría de justificarse la opción de los coherederos por esta forma de practicar la división. Podríamos entender que la partición que da lugar a una o varias comunidades de cuotas en pro indiviso debería, para conservar su finalidad propia³³, restringirse a los supuestos en los que no es viable o resulta muy difícil otra forma de partición convencional, casos en los que encontraría justificación. No obstante, no resultan evidentes las razones para la imposición de una restricción a la libertad de dividir que como principio general reconoce el Código civil

a los coherederos y, de hecho, debe observarse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo la viene admitiendo como una forma más de salir de la comunidad hereditaria, sin establecer diferencia con la partición que resulta en la adjudicación de titularidades exclusivas sobre bienes o derechos determinados. La prolongación de la situación de indivisión a través de otra figura comunitaria de la que habrá que salir en un momento posterior no implica postergación de un problema, —siempre que no se prevea como una situación indefinida—, sino, a menudo, la solución de uno.

4. VÍAS O FORMAS POR LAS QUE PUEDE PRODUCIRSE LA TRANSFORMACIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA

Aún cuando la transformación o conversión de la comunidad hereditaria en otra convencional tenga lugar las más de las veces a través de la partición voluntariamente acordada entre los coherederos, no es esta la única vía para alcanzarla, por lo que conviene examinar otras formas por las que puede tener lugar:

a) La disposición del testador, quien puede ordenarla en la partición por él verificada imponiendo la cotitularidad sobre alguno o algunos de los bienes, si bien en este caso los coherederos podrán modificar la disposición, a menos que expresamente lo hubiese prohibido, como es regla en la partición convencional. La STS de 17 de junio de 1980 se refiere a un supuesto de este tipo, en el que el testador dejó dispuesto en su testamento que los bienes inmuebles legados a sus hijos fueran administrados en comunidad de bienes, para lo que estos suscribieron y otorgaron un documento regulador de dicha comunidad en el que designaron administradores.

b) En el acto mismo de la aceptación de la herencia, y en el mismo documento, pues, aunque jurídicamente la aceptación y la transformación son actos distintos, en la práctica la comunidad hereditaria no llega a funcionar en estos casos, ya que los herederos aceptan la herencia, inventarían los bienes y, de común acuerdo, proceden en ese acto a su partición y división, adjudicándose partes indivisas de los bienes de la misma proporción a su derecho. La jurisprudencia ha interpretado que en estos casos la posición de comunero deriva «de una aceptación y adjudicación espiritual de unos bienes hereditarios» (STS de 8 de marzo de 1999).

c) A través del acuerdo unánime de los coherederos en un acto particional que del mismo modo que puede poner fin totalmente a las relaciones de comunidad entre los coherederos mediante la adjudicación de bienes y derechos concretos a cada uno de ellos, puede también transformar la comunidad hereditaria, en parte o totalmente, en otras tantas comunidades

indivisas sobre los bienes concretos que integraban aquella, sin perjuicio de los derechos de terceros. Así lo admite también VALLET³⁴, quien afirma que puede cesar la comunidad hereditaria sin mediar la partición, por voluntad de los herederos de transformarla en una comunidad de bienes o en una sociedad, aportando cada cual su derecho hereditario y todos, en conjunto, el íntegro haber hereditario, si bien, como hemos señalado, a nuestro juicio dichos actos verifican en realidad una partición.

d) Por medio de actos dispositivos realizados por los coherederos durante la vigencia de la comunidad. En efecto, la comunidad hereditaria se entiende también en cierto sentido transformada, siquiera conceptualmente, en una comunidad por cuotas pro indiviso cuando, durante su vigencia, los coherederos de común acuerdo realizan un acto de disposición sobre alguno o algunos de los bienes de la herencia, pues a diferencia de lo que ocurre cuando alguno de los coherederos pretende disponer de alguno de los bienes que integran la masa hereditaria, la actuación conjunta de todos ellos no precisa de la previa partición, sino que los bienes se entienden adjudicados a los mismos pro indiviso (STS de 13 de diciembre de 1986).

Este puede ser el caso de la venta de la empresa familiar a un tercero³⁵ que producirá la extinción de la comunidad cuando la contraprestación obtenida se distribuya entre los coherederos, pero no cuando el precio de la venta se mantiene en proindivisión, sustituyendo al objeto transmitido por subrogación real, porque entonces la finalidad de la venta no es extintiva. Subsiste, sin embargo, la cuestión de si la comunidad recayente sobre la contraprestación sigue siendo hereditaria o si, al haber sido constituida voluntariamente por los coherederos con la intención de tenerla en común, se puede entender verificada su transformación en una comunidad ordinaria. Es posible considerar que en ninguno de los dos supuestos se ha producido división propiamente dicha, sino que se han puesto en marcha mecanismos sustitutivos de la división, y que la diferencia estriba solamente en que en un caso existe extinción de la comunidad y en el otro no³⁶.

e) Por disposición judicial, como consecuencia de la solicitud de división del patrimonio, conforme al procedimiento establecido en la LEC cuando la división material no es posible, o no se ha solicitado. En el caso que resolvió la STS de 28 de junio de 2001 se había pedido la partición del inmueble en el que se hallaba ubicado un establecimiento mercantil donado a dos de los coherederos y, dado que no se solicitaba en la demanda la división material o económica de la cosa común, el Tribunal Supremo estableció la partición y adjudicación de cuotas partes sobre el inmueble, creándose una copropiedad ordinaria, sin que la partición implicase «ni partición del negocio, ni adjudicación de partes materiales o económicas de la finca [...]»³⁷.

f) De forma automática, cuando desaparece sobrevenidamente el presupuesto objetivo de la comunidad hereditaria, esto es, la pluralidad de bienes

y derechos, como ocurre en los casos de reducción de la pluralidad de bienes hereditarios a uno solo, por pérdida o transmisión del resto del patrimonio hereditario (SSTS de 20 de noviembre de 1995 y 13 de diciembre de 1986), porque, faltando la pluralidad de bienes, la comunidad ya no mantiene su fisonomía, y en tales casos se entiende constituida entre los coherederos una comunidad ordinaria sobre el único bien existente en la herencia.

La solución ha de ser distinta en las situaciones en las que, desde el primer momento, existe un solo heredero o un solo bien en la herencia, pues en estos supuestos puede entenderse que no llega a surgir la comunidad hereditaria por falta de sus presupuestos esenciales³⁸, de modo que la aceptación de la herencia por los coherederos los convierte automáticamente en condueños por cuotas indivisas del bien, en la proporción que les correspondía en la herencia y sin necesidad de concurrencia de otra voluntad que la de aceptación de la herencia. Tampoco llega a existir la comunidad hereditaria en el caso de herencia constituida inicialmente por un solo bien, sino copropiedad ordinaria desde la aceptación de la herencia, por imposibilidad de que la titularidad plural del bien único haga surgir la comunidad hereditaria³⁹.

g) Deducida de la voluntad de los copartícipes en la comunidad hereditaria, esto es, como un resultado querido por las partes a partir de la aplicación de las reglas interpretativas de las cláusulas contractuales, entendidas, como señala el artículo 1285 del Código civil, las unas por las otras y atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto, atendiendo para juzgar la intención de los contratantes, principalmente, a los actos de estos coetáneos o posteriores al contrato, conforme al artículo 1282 del Código civil, sin excluir los anteriores.

La jurisprudencia ha admitido la aplicación de las normas de interpretación de los contratos a los documentos negociales anteriores y posteriores a la partición cuando estos recogen la voluntad de los coherederos de continuar, después de practicadas las operaciones particionales sobre los bienes heredados, en la misma situación de hecho en la que se encontraban antes de la partición, conservando una comunidad de bienes, negocios y rentas, por ejemplo por estimar que así podrán más fácilmente hacer frente a sus deudas, caso en el cual habrá de considerarse creada una situación de hecho que encuentra amparo en el artículo 392 del Código civil (STS de 21 de abril de 1951).

5. EL ACUERDO DE LOS COHEREDEROS PARA LA ADJUDICACIÓN DE CUOTAS PRO INDIVISO

Antes de tratar de la transformación de la comunidad hereditaria por acuerdo unánime de los coherederos, como vía más frecuentemente em-

pleada para llevarla a efecto, es preciso plantearse sobre qué base cabe en nuestro derecho la actuación voluntaria de estos para, a través de un negocio de carácter particional, proceder a la extinción de la comunidad hereditaria por medio de la adjudicación de cuotas pro indiviso. La cuestión requiere, a su vez, el planteamiento de otras dos directamente vinculadas a su análisis: de un lado, si esta facultad queda amparada en el artículo 1058 del Código civil o si la norma acoge solamente un tipo de partición convencional, que conlleva la división material de los bienes; de otro, si cabe la constitución voluntaria o convencional de la comunidad de bienes, o si, como se ha afirmado, la figura carece de un ámbito propio y se reconduce en realidad al contrato de sociedad, puesto que de ordinario se ponen en común dinero, bienes o industria.

A) Naturaleza particional del acuerdo de transformación

La admisibilidad del pacto extintivo de la comunidad hereditaria y su conversión en otra figura encuentra su fundamento no solo en la libertad negocial que proclama el artículo 1255 del Código civil, que sin dificultad alcanza los pactos o cláusulas relativos al modo en que los coherederos realizan la partición de los bienes, sino, como se ha advertido, también en la libertad jurídica que, en particular, reconoce el artículo 1058 del Código civil⁴⁰ a estos herederos para dividir la comunidad como tengan por conveniente, incluyendo, si el bien es indivisible o desmerece mucho por la división, la opción legal de convenir que se adjudique a uno, indemnizando a los demás⁴¹ o para transformarla en otra comunidad de modo que les sea posible, para, por ejemplo, conservar temporalmente unido el patrimonio hereditario del que forma parte un negocio (STS de 20 de octubre de 1992).

En la interpretación del artículo 1058 del Código civil que prevalece en la doctrina y en la jurisprudencia, no es preciso que el testador no haya partido o encomendado partir para que los coherederos puedan distribuir la herencia a su arbitrio⁴² y realizar actos particionales más allá de los propios divisorios, sin necesidad de atenerse a las reglas de los artículos 1061 y 1062 del Código civil⁴³, si bien pueden quedar sujetos a reglas específicas, según su naturaleza⁴⁴. La naturaleza de este hecho —dar ejecución a la distribución del caudal hereditario—, es de relación contractual, (o de negocio jurídico plurilateral, según la STS de 20 de enero de 2012), al surgir del acuerdo unánime de las voluntades de los interesados, que se perfecciona con la concurrencia de los requisitos del artículo 1261 del Código civil⁴⁵.

La libertad particional reconocida a los coherederos resulta prevalente⁴⁶ sobre la ordenada por el testador o por el contador-partidor salvo prohibición expresa, admitiéndose, tanto en el propio acto como previamente,

actos negociales que la modelen, como admitió la STS de 7 de noviembre de 1935, al declarar que «la voluntad del testador, si bien obliga a los coherederos, no les impide formalizar y suscribir con plena trascendencia jurídica los convenios que estimen convenientes a los efectos de la partición y adjudicación de los bienes hereditarios y [...]». Esta autonomía autoriza, según el Tribunal, a prescindir del testamento y crear una situación jurídica de plena y absoluta eficacia, en defecto de personas interesadas que puedan válidamente atacarlas⁴⁷.

No hay, pues, razón para limitar el resultado de la partición que autoriza el artículo 1058 del Código civil, pues el efecto esencial de esta radica en la transformación de las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto en titularidades concretas sobre bienes determinados, pero tales titularidades no han de consistir necesariamente en derechos de propiedad exclusiva, sino que pueden adjudicarse en proindivisión, posibilidad abonada, como hemos señalado, por el artículo 786,1.º de la LEC⁴⁸ que permite entender que el contador-partidor se encuentra legalmente facultado para adjudicar cuotas en proindiviso. Y si esta facultad corresponde al contador en la división judicial, con mayor razón deberá reconocerse a los propios coherederos.

Ha de pensarse que lo que los partícipes pretenden no es, estrictamente, constituir nuevas comunidades de naturaleza distinta a la que tenían, aunque ese efecto se derive necesariamente del acto que ejecutan, sino salir de la comunidad hereditaria sin dividir materialmente el patrimonio —al menos en ese momento— ni alterar la proporcionalidad de su derecho sobre los bienes, manteniendo al mismo tiempo la situación de indivisión bajo reglas de organización que pueden convenir a sus fines. Unos fines que, hay que suponer, no pueden o no quieren conseguir con la permanencia en la comunidad hereditaria, ni siquiera con la estabilidad que pueden proporcionarles los pactos de indivisión, sus prórrogas, y la libertad de establecer el régimen de administración y explotación de los bienes.

B) La constitución voluntaria o convencional de la comunidad ordinaria a consecuencia de la transformación como figura autónoma

La segunda cuestión es la de si cabe reconocer un ámbito propio a la constitución convencional de la comunidad ordinaria por los coherederos como consecuencia de la transformación o si, como se ha afirmado, toda comunidad de bienes convencional es, en realidad y en todo caso, un contrato de sociedad, por razón de los elementos que se ponen en común (art. 1665 CC)⁴⁹ y si, dado que el párrafo 2.º del artículo 392 del Código civil⁵⁰ establece que a falta de contratos o disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las disposiciones

de aquel título, la comunidad de bienes convencional excluiría la aplicación de dichas normas, que solo tiene lugar a falta de las disposiciones contractuales.

A diferencia de la comunidad hereditaria, que es una *communio incidens* nacida del hecho sucesorio, la constituida convencionalmente por los coherederos como forma o vía de ponerle fin resulta de un pacto o acuerdo voluntario que *a priori* parece admitir el propio artículo 392, 2.º del Código civil al declarar la aplicación de las normas de la comunidad de bienes solo «a falta de contratos o de disposiciones especiales». Sin embargo, como es sabido, la interpretación del artículo 392, 2.º del Código civil ha resultado controvertida en nuestra doctrina, y, frente a la posición que afirma el carácter supletorio y dispositivo de los preceptos del título III, cabe también entender que no expresa ese carácter, ni respecto de los contratos ni respecto de las disposiciones especiales que resultan de aplicación a otras situaciones comunitarias, o, en palabras de MIQUEL⁵¹ que si las normas del título de la comunidad se aplican a falta de contratos, esto significa que, existiendo contratos, no se aplican.

La cuestión de si puede hablarse en nuestro Derecho de una comunidad de bienes convencional como un contrato autónomo fuera del molde del contrato de sociedad —y particularmente de la sociedad civil irregular— ha sido planteada en el difícil terreno de la delimitación entre ambas figuras. El problema se ha centrado, sobre todo, en la determinación del régimen jurídico aplicable, debido a la remisión que realiza el artículo 1669 del Código civil al régimen de la comunidad de bienes⁵², al negar personalidad jurídica a aquellas sociedades «cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios y en que cada uno de estos contrate en su propio nombre con terceros», lo que tendría el sentido de señalarles un régimen jurídico coherente con la negación de su personalidad jurídica, aunque sin alcanzar a equipararlas a estas ni a modificar su naturaleza asociativa.

Mas lo cierto es que la comunidad de bienes puede tener su origen en distintas formas o modos de adquisición de los derechos y entre ellas, desde luego, en el acuerdo extintivo de la comunidad hereditaria que la origina. Aunque la comunidad sea frecuentemente en la práctica el efecto o consecuencia jurídica que sigue a la cotitularidad pro indiviso de los bienes⁵³, un contrato o acuerdo de los coherederos titulares de bienes procedentes del patrimonio hereditario y dirigido a la constitución de una comunidad de bienes sobre los mismos tiene un ámbito propio y distinto del contrato de sociedad u otros análogos, a condición de que el objeto de dicho contrato no sea el de operar en el tráfico externo con el fin de obtener una ganancia o lucro común que pueda distribuirse entre ellos⁵⁴. Una comunidad tal no tendría por qué limitar sus actividades al mantenimiento, conservación y aprovechamiento de los bienes, conforme a un modo de organización estático, sino que podría desarrollar actividad económica, lo que no implica necesariamente una actividad dirigida a la obtención de un lucro o ganancia.

Por otra parte, la constitución voluntaria de comunidad es generalmente reconocida en la doctrina científica⁵⁵ como figura autónoma y suele admitirse en la jurisprudencia sobre la interpretación del propio artículo 392.2 del Código civil, admitiéndose, del mismo modo, que puede inferirse esta finalidad del acto, sin mas concreción, del cual se derive una adquisición pro indiviso entre los partícipes del mismo (STS de 17 de julio de 2012). Que la comunidad de bienes esté prevista en el Código civil como la consecuencia jurídica que se sigue a la cotitularidad de un derecho en pro indiviso no significa que no pueda configurarse voluntariamente por los sujetos, mientras concorra este presupuesto, sino solo que si la situación se produce sin su voluntad, no pueden evitarla, y ello, para nuestros efectos, tanto si expresan su intención de constituirla como si simplemente acuerdan adjudicarse en pro indiviso los bienes que integran la herencia, quedando entonces constituida como efecto legal de la cotitularidad surgida de dicho acuerdo.

La cuestión se encuentra vinculada al carácter de situación transitoria e indeseable por antieconómica y generadora de continuos conflictos (*mater discordorum*) atribuido a la propia comunidad hereditaria, que justificaría un principio de disfavor con distintas manifestaciones en el Código civil⁵⁶ aconsejando su extinción en un plazo preferentemente breve por razones de orden económico, jurídico e incluso social («para propiciar convivencias más armónicas», señala la STS de 19 de octubre de 1992).

Frente a esta concepción, una parte destacada de la doctrina y, menos ampliamente, de la jurisprudencia⁵⁷, hacen prevalecer la libertad individual y la eficiencia o ineficiencia económica de la comunidad hereditaria constituida como criterios determinantes en la decisión de los copartícipes⁵⁸. La división material del caudal, no es siempre la solución más eficiente, y los coherederos pueden preferir conservar temporalmente la indivisión hereditaria en lugar de hacer uso de los medios dispuestos por el legislador con el fin de facilitar la salida de la indivisión, que están al servicio de la autonomía privada, sin que pueda prejuzgarse una intención del ordenamiento jurídico contraria a cualquier comunidad. La RDGRN de 17 de septiembre de 2012 es expresiva de esta posición, al señalar que «este disfavor solo tiene lugar cuando aquella no es eficiente económicamente, pues hay supuestos de comunidades funcionales en que la explotación, uso o disfrute en común resulta más eficiente que si este se dividiese».

C) Posiciones doctrinales sobre la naturaleza de la transformación de la comunidad hereditaria

Examinadas las dos cuestiones señaladas, sobre el alcance y fundamento del pacto extintivo de la comunidad hereditaria por vía de su transformación

en una serie de comunidades ordinarias y sobre el encaje en nuestro Derecho de una comunidad de bienes convencional como contrato autónomo, al margen de la sociedad irregular, corresponde ahora referirse a algunas posiciones que han intentado explicar la transformación de la comunidad hereditaria por referencia a otras figuras.

a) *La transformación como un supuesto de novación extintiva.* La conversión de la comunidad hereditaria en comunidad ordinaria se ha planteado⁵⁹ como una novación extintiva de aquella situación que es sustituida, en virtud del acuerdo de los coherederos, por una nueva sujeta a diferente régimen jurídico. En este proceso surge la cuestión de si se trata simplemente de sustituir una comunidad por otra, de diferente naturaleza, o si se halla implicada, además, una modificación o transformación económica de los derechos de los copartícipes que pudiera alterar la proporción de sus respectivas participaciones.

En un concepto de la novación que trasciende del ámbito estricto de la relación obligatoria, la figura podría resultar de aplicación al fenómeno que estudiamos, entendida como un fenómeno universal en virtud del cual se produce la extinción de cualquier cosa existente, bien mediante su transformación, bien a través de su sustitución con una nueva entidad coligada a la precedente⁶⁰. La jurisprudencia aplica el concepto habitualmente a los contratos⁶¹, dando prioridad en la producción del efecto novatorio propio a la presencia en el nuevo convenio del *animus novandi* y a la necesidad de que sea expresado inequívocamente por las partes⁶².

La cuestión tiene trascendencia, entre otros aspectos, en relación con la existencia de un riesgo de lesión patrimonial para los derechos de los menores representados en la partición por su padre o madre y por la eventual incidencia de un conflicto de intereses que obligase a designar un defensor conforme al artículo 163 del Código civil.

Tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la de la Dirección General de los Registros y del Notariado han señalado que la figura que estudiamos supone, simplemente, la transformación de una comunidad de naturaleza germánica en otra de tipo romano, pero no implica trascendencia económica. La doctrina está formulada con el fin de resolver las cuestiones planteadas en torno a la existencia o no de riesgo de lesión para el patrimonio del menor en el momento de la partición y al hilo de la admisibilidad o no de su representación por el padre o madre superviviente. En este sentido, la RDGRN de 27 de enero de 1987 estableció la tesis (confirmada por las de 10 de enero de 1994⁶³, 6 de febrero de 1995, y 11 de marzo de 2003) de que la adjudicación pro indiviso, conforme a las cuotas legales o testamentarias es una operación sin trascendencia económica que supone jurídicamente la transformación de la comunidad germánica sobre el patrimonio hereditario (o ganancial) en comunidad romana o por cuotas indivisas, transformación que, en sí misma, no envuelve peligro alguno de lesión o perjuicio.

b) *La transformación como subrogación o sustitución de cuotas.* La transformación de la comunidad hereditaria puede explicarse como una forma de «subrogación» o «sustitución» de las cuotas indivisas que los coherederos ostentaban sobre el conjunto del caudal hereditario por otras también indivisas, pero concretadas sobre cada uno de los bienes y derechos que lo componen; una subrogación que pone fin a la comunidad hereditaria con naturaleza y eficacia determinativa. No obstante, las cuotas sobre los bienes que forman parte de la comunidad o comunidades de bienes resultantes, aunque han de guardar proporción con las que se ostentaban en la comunidad hereditaria, son el resultado del acto de adjudicación acordado por unanimidad de aquellos, y no de una voluntad de subrogación de la cuota.

c) *La transformación como negocio jurídico de carácter particional.* Para algunos autores, conviene hablar en estos casos de un propio «negocio de transformación» al que se reconoce naturaleza particional a través de la atribución a los herederos de una cuota sobre los concretos bienes, que se mantienen indivisos. Así, señala ROCA GUILLAMÓN⁶⁴ al hilo de las adjudicaciones de bienes a favor de los hijos comunes no matrimoniales, que solo la que se realiza globalmente a favor de los mismos puede permitir una posterior distribución por el progenitor sobreviviente, lo que resulta posible porque «nada impide que la partición concluya con una adjudicación por la que se cree una comunidad ordinaria, sobre la que, a su vez, podrá proyectar el progenitor sobreviviente las facultades de distribución de los concretos bienes de la herencia que, respecto de los hijos comunes, le fueron conferidas».

En realidad, cuando el acuerdo se realiza a través de un negocio dirigido específicamente a la adjudicación en pro indiviso de los bienes hereditarios a favor de los copartícipes de la comunidad hereditaria al que no se atribuye carácter particional de forma expresa por los coherederos, entendemos que esta inevitablemente se extingue en dicho acto, no pudiendo hablarse de continuidad de la misma, siquiera transformada, ni de un acto provisional, precisado de un acto posterior, pues la división que en su momento se produzca lo será de una comunidad distinta, y conforme a sus reglas.

La transformación que este pacto verifica es la propia de la partición, y el acto tiene atribuida naturaleza particional, sin diferencia con respecto a la partición en la que se adjudica a los coherederos la plena y exclusiva titularidad de los bienes hereditarios. En este sentido, la DGRN ha considerado verdadero acto particional aquel en que se disuelve la comunidad hereditaria mediante adjudicaciones en pro indiviso a los mismos herederos a efectos, por ejemplo, de exigir la aprobación judicial del acto cuando intervenga un tutor *ex* artículo 272 Código civil (RDGRN 6 de noviembre de 2002).

En el ámbito general de la partición convencional, ESPEJO⁶⁵ ha atribuido al acuerdo particional «sustantividad causal propia», en tanto que

negocio dirigido a distribuir y adjudicar el activo hereditario entre los coherederos, entendiendo que esta finalidad permite, conforme al artículo 1277 del Código civil, atribuir a todas las operaciones que integra dicha partición una presunción de causa aunque en la práctica estas puedan a obedecer a diferentes causas, no siempre particionales, como la atribución de ganancia- lidad o privacidad a los bienes o la transacción sobre el valor de los bienes. Ocurrirá entonces que la causa específica de estos negocios, cualquiera que sea su naturaleza, deberá explicitarse y ser probada para no quedar incluida en el régimen particional.

D) Utilidad de la figura

La vía más frecuente de transformación de la comunidad hereditaria en ordinaria tiene carácter negocial y se produce por medio de un acto realizado por los coherederos en el que estos concretan sus pactos, bien a través de la adjudicación de bienes o derechos⁶⁶ en pro indiviso como resultado de la partición, o bien evitando esta —o al menos sin mencionar de forma expresa que se realiza— a través de un acuerdo extintivo de la comunidad, tampoco siempre explícito, al que se reconoce carácter particional.

Como hemos señalado, la finalidad perseguida por los coherederos al dividir la herencia de este modo no es en todos los casos la misma, pero, en general, está guiada por la conveniencia de mantener unido el patrimonio para su mejor administración o explotación, evitando una partición que implique su disgregación material y conservando la proporcionalidad de su derecho hereditario, lo que, al margen de los supuestos de difícil o imposible división de los bienes, se produce con frecuencia en los supuestos de sucesión de inmuebles o de una actividad empresarial que no tiene forma societaria. Entonces la decisión de adjudicar las cuotas en pro indiviso puede dar lugar a una sociedad irregular, civil o mercantil, incluyendo o no pactos de indivisión que pueden venir incentivados por la propia normativa del Impuesto de Sucesiones relativa a las reducciones por adquisición de empresa individual⁶⁷.

No obstante, no es infrecuente en la práctica jurídica que los coherederos se adjudiquen las cuotas indivisas sobre los bienes sin más, esto es, sin expresar que realizan un acto particional y quizás sin ser del todo conscientes de estarlo realizando, en la idea de que esta —y no la propia de la comunidad hereditaria— es la forma «normal» de tenencia del patrimonio tras el fallecimiento del causante. Esta puede resultar también la manera mas sencilla de concretar su derecho sin incurrir en mayores gastos y evitar la consiguiente negociación entre los coherederos, potencialmente conflictiva, que resulta, además, de escasa utilidad cuando, por ejemplo, se está a la espera de que un tercero adquiera los bienes que integran el patrimonio hereditario o de

que lo haga uno de los propios coherederos. Estos supuestos denominados en la práctica como de «venta directa» se dan a menudo cuando los bienes incluidos en la herencia son fincas.

Puede ser igualmente la forma particional de elección de los coherederos que, simplemente, consideren la proindivisión ordinaria como una forma más eficiente, al menos temporalmente, de gestionar el patrimonio de origen hereditario, preservando la unidad de algunos o de todos sus bienes, de manera más conforme a su naturaleza o a su destino actual o, directamente, evitando una división económicamente ineficiente en función de los elementos que componen el patrimonio.

Cuando el interés preferente de los coherederos es el de gestionar y explotar un conjunto de bienes o una actividad negocial⁶⁸, puede interesar acompañar los pactos de constitución del régimen de copropiedad y de indivisión de los bienes de otros directamente relacionados con ese interés, como las previsiones para el caso de abandono de la comunidad antes de transcurrido el plazo de indivisión, la atribución a alguno o algunos de ellos de la dirección, administración y explotación de los negocios y de los demás bienes que pertenecían a la herencia, el establecimiento de un salario a quienes han de encargarse de estas funciones o el acuerdo sobre la forma de distribuir las ganancias⁶⁹.

Aunque sin corresponderse necesariamente con el supuesto de transformación de la comunidad hereditaria la figura puede también ofrecer utilidad como alternativa a la venta de los bienes de aquella que resultan indivisibles (como una vivienda) con reparto del precio obtenido cuando la adquisición del bien no interesa a ninguno de los coherederos o el interesado o interesados no disponen de medios económicos para abonar a los demás su parte en el mismo⁷⁰.

En la práctica judicial, el acuerdo de transformación permite evitar tanto la indivisión como la excesiva división de las fincas (art. 786. 1 LEC), y está en función de la cuota que corresponde a cada heredero, de modo que, cuando a alguno de ellos corresponde una muy superior a la de los demás, lo habitual es autorizar la adjudicación del bien al heredero de cuota mayoritaria, con las atribuciones en metálico correspondientes a los demás coherederos (SAP de Burgos, secc. 2.^a, de 18 de noviembre de 2011).

El criterio de la adjudicación de bienes en pro indiviso se ha aplicado también al problema de la distribución del haber ganancial contenida en el cuaderno particional como remedio subsidiario, ante la imposibilidad de adjudicación a cada uno de los excónyuges de los bienes que han correspondido en su lote en titularidad exclusiva, que es considerada como la solución «ideal» (SAP de Santa Cruz de Tenerife de 21 de marzo de 2012).

Es frecuente que en la partición se adjudiquen titularidades exclusivas sobre ciertos bienes y en pro indiviso sobre otros, especialmente por resultar

de más difícil o imposible división o por permitirse así cuadrar los lotes y evitar excesos de adjudicación. La jurisprudencia menor más reciente (SAP de Jaén, secc. 1, de 19 de diciembre de 2018, SAP de Tarragona, secc. 1.^a, de 14 de febrero de 2019, SAP de León, secc. 2.^a, de 8 de marzo de 2019⁷¹) ha justificado la adjudicación de cuotas indivisas sobre los bienes hereditarios en los supuestos en que las fincas existentes sean indivisibles, como la solución más justa o equitativa cuando no ha podido evitarse la indivisión, pues tales adjudicaciones no solo no producen desequilibrio alguno de los lotes sino que permiten atender de mejor modo al principio de «igualdad cualitativa» y de «estricta equidad» de los artículos 1061 y 1062 del Código civil. La solución, sin embargo se justifica en estas sentencias sobre los mencionados principios por entenderse que no puede ser la regla general.

6. REQUISITOS PARA LA EXTINCIÓN NEGOCIAL DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA POR MEDIO DE LA ADJUDICACIÓN DE CUOTAS INDIVISAS SOBRE LOS BIENES

A) Examen de los requisitos

Para que tenga lugar la extinción de la comunidad hereditaria por transformación son necesarios una serie de requisitos o condiciones básicas, algunos de ellos comunes a las formas de partición convencional y otros específicos de esta forma de poner fin a la comunidad hereditaria:

a) Como en cualquier modalidad de la partición convencional, la transformación requiere que el testador no haya efectuado la partición con exclusión de la que pudieran efectuar los herederos, carácter que en el Código civil solo puede evitarse expresamente mediante una cláusula que delimite la intervención de los contadores-partidores⁷².

Sin embargo, la supletoriedad de la partición convencional no se da cuando los coherederos con capacidad dispositiva deciden distribuir los bienes actuando de forma unánime, pues entonces pueden practicar la partición a su conveniencia, incluso si el testador la ha realizado el mismo o la ha encomendado, siempre que no lo haya prohibido expresamente⁷³.

Realizan entonces los coherederos un negocio que la jurisprudencia admite pero cuya naturaleza no define suficientemente, si bien parece inclinarse por atribuirle carácter dispositivo, más que propiamente particional (SSTS de 4 de febrero de 1994 y 19 de junio de 1997). Como ha observado CARBALLO FIDALGO⁷⁴, la partición convencional realizada desatendiendo las disposiciones del causante o del contador-partidor testamentario necesariamente desplaza su normativa rectora y, puesto que encierra una doble voluntad negocial, de aceptación de la herencia y de redistribución

del caudal, a esta última deberá aplicarse la normativa de los negocios jurídicos inter vivos.

b) Es preciso también que no se haya impuesto por el testador, o convenido por los coherederos la indivisión del patrimonio⁷⁵ o que haya transcurrido el plazo establecido, si bien la cuestión no es tan clara como lo sería en la partición convencional con adjudicación de bienes o derechos en titularidad exclusiva. La razón reside en que en el supuesto que estudiamos el acuerdo produce la prolongación de la indivisión⁷⁶, aunque la comunidad ordinaria surgida del acuerdo puede extinguirse en cualquier tiempo, conforme a sus propias normas.

Cuando la indivisión se hubiera impuesto por el causante es imperativo el respeto a la intangibilidad de la legítima, pero, fuera de esta, y siempre que se trate de una verdadera partición, y no de meras normas o disposiciones para partir, carece de otras restricciones. A no concurrir causa que lo invalide, por la remisión del artículo 1051.2.º del Código civil a las causas de extinción de la sociedad (art. 1700 CC) los coherederos habrán de respetar el plazo establecido, quedando en suspenso temporalmente la facultad de realizar la división de los bienes, bien entendido que aunque se interprete⁷⁷ que no existe límite temporal a la prohibición del testador, esta no puede tener carácter indefinido.

Precisamente en atención a su carácter extraordinario, esta facultad del causante ha de hallarse fundada en una causa justa —un *justo motivo*— que ha de persistir durante el tiempo de la indivisión ordenada⁷⁸, ya que constituye para los coherederos un gravamen impuesto unilateralmente, cuya naturaleza se asimila a la de una prohibición de disponer sujeta al régimen general del artículo 26 de la Ley Hipotecaria y a sus requisitos de validez⁷⁹.

Tratándose de una indivisión previa pactada por los coherederos, no parece que el nuevo acuerdo (de transformación) pueda resultar contrario a aquel pacto, ni que este pueda impedir su celebración, pudiendo incluso entenderse tácitamente revocado por el nuevo acuerdo suscrito por todos ellos si no ha transcurrido el periodo de indivisión pactado. El acuerdo de adjudicación de cuotas indivisas que pone fin a la comunidad hereditaria tiene naturaleza particional y, por lo tanto, pondría fin al acuerdo de indivisión temporal en el caso de estar vigente, aunque, *de facto*, prolongue la situación de indivisión.

Nada impide que, constituida la comunidad ordinaria sobre los bienes hereditarios, los comuneros pacten la indivisión por un periodo de tiempo que no podrá exceder del periodo inicial de diez años previsto en el artículo 400,2.º del Código civil, susceptible de prorrogarse por nuevo pacto, pero debe advertirse que el Código civil no exige que el acuerdo de indivisión vincule a la totalidad de los coherederos —ahora comuneros— por lo que quienes no fueran parte del mismo conservarán la acción para pedir la

extinción de la comunidad. En opinión de DIEZ PICAZO, la división en este caso ha de ser de la cosa entera, y no solamente de la parte del que la solicita sin haber tomado parte en el pacto⁸⁰.

c) Un acto específicamente dirigido a extinguir la comunidad hereditaria por medio de su conversión o transformación en una serie de comunidades ordinarias, que tiene carácter particional (RDGRN de 28 de junio de 2019), aún cuando pueda adoptar la forma de un acuerdo específico, como un contrato, que reglamente la nueva situación o un acuerdo sobre la forma de realizar la partición mediante la adjudicación de cuotas en pro indiviso, o que los coherederos, simplemente declaren que se adjudican los bienes de esta forma.

Como forma de llevar a cabo la partición convencional, el acuerdo de los coherederos de dividir la herencia mediante la adjudicación de cuotas indivisas está sometido a las reglas del artículo 1058 del Código civil y surte los efectos que le atribuye el artículo 1068 del Código civil (STS de 19 de junio de 1997). Es más, como hemos señalado, el Tribunal Supremo atribuye a la partición convencional naturaleza contractual y, en consecuencia, la entiende perfeccionada por la concurrencia de los requisitos del artículo 1261 del Código civil⁸¹, siendo de aplicación los preceptos sustantivos que determinan la existencia, validez y eficacia de los negocios jurídicos, y, consiguientemente, de los referentes a su inexistencia, nulidad y rescisión⁸², por las causas legalmente previstas⁸³.

d) Concurrencia de todos los coherederos para la transformación. El acuerdo de transformación de la comunidad hereditaria, sea en el acto de la partición o mediante un acto que de facto se halle dirigido a hacer efectiva dicha extinción, aunque no especifique su carácter particional, ha de ser adoptado unánimemente por los coherederos con capacidad de obrar, puesto que se trata de un acto dispositivo; un acto de alteración⁸⁴ que actúa la libertad formal y material para la distribución de la herencia (art. 1058 CC) y afecta a la totalidad del patrimonio hereditario⁸⁵.

Por lo tanto, el requisito de la concurrencia y consentimiento unánime de los coherederos a la partición no se excepciona por el hecho de que esta tenga lugar a través de la determinación de participaciones indivisas sobre los bienes que integran el caudal hereditario, sino que adquiere plena significación, pues ha de tenerse en cuenta que la libertad particional reconocida a los coherederos no autoriza a ninguno de ellos a imponer a otros una forma determinada de llevarla a cabo y, por lo tanto, tampoco autoriza a exigir a los demás la atribución por participaciones indivisas de todos y cada uno de los bienes resultantes (arts. 1059, 1061 y 1062 CC). En consecuencia, si el acuerdo no es unánime, cualquiera de los coherederos disconformes puede ejercer la acción divisoria, pues no puede ser obligado a un modo determinado de partir, y menos cuando este supone continuar en la indivisión de los bienes.

El acuerdo ha de estar dirigido a la adjudicación de cuotas indivisas sobre los bienes y derechos que integran el caudal hereditario, aunque no parece necesario que recoja expresamente la voluntad de extinguir con este acto la comunidad hereditaria, ni siquiera la de estar realizando la partición de los bienes, pues por su propio objeto, sin necesidad de que observe una forma específica, se le atribuye naturaleza particional y virtualidad de extinguir la comunidad hereditaria.

La concurrencia de todos los herederos en la partición y su consentimiento a la misma es precisa aunque el acto particional consista, como en el caso de la RDGRN de 13 de julio de 2015, en la concreción sobre las participaciones indivisas fijadas de forma abstracta por el testador en su testamento, sin que ese consentimiento pueda entenderse prestado por la aceptación de la herencia. La DGRN rechazó que el acto realizado consistiese en una mera adjudicación, sin partición, del caudal hereditario conforme a las previsiones del testador y mantuvo el carácter particional del acto realizado por los coherederos, no solo porque se había llevado a cabo la formación de inventario y la concreción sobre bienes determinados de los derechos sucesorios, sino porque, además, se había realizado previamente la liquidación de la sociedad de gananciales, quedando fijados los derechos del cónyuge supérstite y los que habrían de corresponder al caudal relicto y, en consecuencia, exigió para su validez, el consentimiento de todos ellos.

En estos casos frecuentes de liquidación de los gananciales previa a la partición por transformación de la comunidad nos encontraremos a menudo ante una situación en la que el cónyuge supérstite conserva el usufructo, en tanto que la cotitularidad de los coherederos recae solo sobre la nuda propiedad, y sobre esta se adjudicarán las cuotas indivisas. Lo habitual es adjudicar a la viuda la mitad indivisa de cada uno de los bienes, por su mitad de gananciales, y el usufructo de la otra mitad, conforme a lo establecido en el testamento, y por iguales partes, a los hijos, la nuda propiedad de esta última mitad indivisa. La comunidad o comunidades resultantes tendrán entonces origen, de un lado, en la liquidación de gananciales, y, de otro, en la partición misma realizada por los coherederos. En RDGRN de 6 de noviembre de 2002 declaró el Centro Directivo que cuando en estas operaciones interviene como tutor de los hijos incapaces uno de los coherederos, hermano de estos, el cual actúa, además, en su propio nombre, no es preciso el nombramiento de defensor judicial al no existir entre el tutor y los incapaces intereses contrapuestos, pero sí que será precisa la aprobación judicial (art. 272 del CC).

El criterio que sostiene el carácter particional del acto resulta, por otra parte, conforme con el de la STS de 1 de abril de 2009 que, al negar que el objeto de la acción de división pueda ser el de crear nuevas situaciones de comunidad sin el acuerdo de todos los interesados, permitió entender, *sensu*

contrario, que, existiendo acuerdo unánime de los comuneros, nada impide la división de la cosa común creándose nuevas situaciones de comunidad sobre las partes resultantes de la división⁸⁶.

También el acceso registral de las cuotas indivisas adjudicadas requiere la unanimidad de los coherederos, conforme a los artículos 14 LH y 80.1 de su Reglamento «para obtener la inscripción de adjudicación de bienes hereditarios o cuotas indivisas de los mismos».

e) Señalamiento expreso de las cuotas indivisas adjudicadas a los coherederos sobre cada uno de los bienes en el acto de la partición, pues, en caso contrario no podríamos hablar de individualización del derecho abstracto sobre los bienes concretos, y la partición no cumpliría su función esencial. La referida STS de 20 de octubre de 1992 lo exige como presupuesto de esta forma de extinguir la comunidad hereditaria, que ha de llevarse a cabo «con expresión de las cuotas pro indiviso que en los mismos correspondan a cada heredero [...]», criterio adoptado también por la STS de 28 de junio de 2001.

f) Proporcionalidad de las cuotas asignadas. La expresión de las cuotas atribuidas a los coherederos en pro indiviso no es requisito suficiente. Estas han de ser, además, proporcionales a sus cuotas hereditarias, a fin de mantener el equilibrio entre las «cuotas de participación» en la herencia y las «cuotas de partición». La formación de lotes depende de las circunstancias de cada caso y de la naturaleza de lo que se reparta, sin que el pago de lotes correspondientes a las cuotas mediante la adjudicación de bienes de distinta naturaleza, calidad o especie suponga quebranto de aquella igualdad, pudiendo incluirse bienes distintos en unos lotes respecto de otros, siempre que resulten iguales en la suma que corresponde a cada uno (STS de 17 de junio de 1998).

g) La inclusión de todos o parte de los bienes que integran la masa en el acuerdo de transformación de la comunidad hereditaria. El acuerdo de transformación ha de alcanzar a todos los sujetos, pero no necesariamente a la totalidad del patrimonio, pues puede proyectarse solamente sobre alguno o algunos bienes o derechos, por ejemplo, por existir bienes de más fácil división respecto de otros, por la conveniencia de la explotación de parte de los bienes bajo un régimen de proindivisión, por la necesidad económica de alguno o algunos de los copartícipes de recibir bienes o metálico e incluso para afrontar el pago de impuestos derivados de la sucesión.

En estos casos, quedará subsistente la comunidad hereditaria respecto de los bienes restantes (salvo que reste uno solo), pudiendo mantener los coherederos en su caso esta condición respecto de tales bienes, a la espera de llevar a cabo en su momento una nueva división que tendrá en cuenta la parcial precedente, y sin que la adjudicación parcial impida el acceso al Registro de la Propiedad, conforme a los artículos 14 LH y 80 RH (STS de 19 de junio de 1997)⁸⁷. En el caso de que como consecuencia de las sucesivas

particiones parciales subsista finalmente un solo bien —o incluso varios si existe uno cuya valoración económica lo convierta claramente en el bien principal— puede entenderse automáticamente constituida una comunidad ordinaria entre los coherederos.

Es igualmente posible que los coherederos convengan que, en virtud de la partición, unos bienes sean adjudicados a alguno o algunos coherederos en proindivisión y otros en titularidad exclusiva⁸⁸ pero, en todo caso, y en aplicación del artículo 1068 del Código civil, será necesaria una verdadera adjudicación, sin que baste la mera atribución testamentaria (Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2004, 3 de junio de 2004, 12 de febrero de 2007, entre otras).

Dado que la comunidad surgida del acuerdo de transformación se integra por la suma de las cuotas que correspondían a los coherederos pero no ha de abarcar necesariamente la totalidad la masa, entre ambas comunidades existirá plena identidad de sujetos pero no siempre de objeto. Si la transformación no alcanzase a la totalidad de los bienes, provocará la extinción parcial de la comunidad hereditaria y, puesto que la siguiente o sucesivas particiones no han de hacerse forzosamente del mismo modo, es posible solicitar después judicialmente la división del resto de los bienes o de parte de ellos⁸⁹.

B) Cuestión de si la previa liquidación de la sociedad de gananciales es un requisito para llevar a cabo la transformación de la comunidad hereditaria

Cuando el causante había regido su matrimonio por el régimen de gananciales, debe procederse a la división y liquidación de dos comunidades: la creada por dicho régimen, para poder establecer a los efectos del artículo 659 del Código civil cual es el objeto de la herencia, y la de la propia comunidad hereditaria. Pero en el supuesto de extinción de la comunidad hereditaria y adjudicación de cuotas *pro indiviso* sobre los bienes puede surgir la duda de si la de la comunidad de gananciales ha de realizarse necesariamente con carácter previo.

Al respecto ha declarado la jurisprudencia que cuando se produce el supuesto que determina la disolución de la sociedad, esta se transforma en una comunidad por cuotas sobre todos y cada uno de los bienes gananciales si bien, faltando una partición parcial previa, la solicitada de la autoridad judicial ha de ser una partición de la totalidad del caudal como afirma RUBIO GARRIDO, sin que quepa la reserva de acción en relación con parte del mismo⁹⁰ y por ello, serán dichas cuotas las que formarán parte del patrimonio relicto, a pesar de que no se haya procedido a la liquidación de los gananciales.

Sin embargo esta regla general no es imperativa, de modo que la falta de liquidación previa de los gananciales no comporta la nulidad de la partición realizada, cuando de las circunstancias concurrentes pueda identificarse el objeto de la partición, es decir, el caudal relicto, pues, a efectos de la partición se cumple con atribuir el derecho que tiene el difunto en los bienes gananciales, porque esto es lo que tiene en su patrimonio y porque ninguna disposición en el Código civil exige la previa liquidación de los gananciales.

Es posible, pues, sin necesidad de acudir al procedimiento previsto en los artículos 806 a 811 de la LEC, la acumulación de la liquidación de la sociedad de gananciales a la división de la herencia de los padres, por ejemplo, y las de estos sucesivamente, de la que aquella es previa; lo que, sin embargo, no resulta admisible es la confusión de los distintos patrimonios hereditarios en una masa común y la formación de un único inventario, en lugar de practicar tantos cuantas liquidaciones o divisiones de herencias se acumulen, pues ello supondría saltarse las transmisiones a que da lugar la herencia de cada uno de los causantes y del último a los herederos⁹¹, aunque después puedan efectuarse las adjudicaciones que resulten procedentes con arreglo a la cuota o haber total que corresponda a cada heredero (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de enero, 18 de julio y 18 de octubre de 2012).

Para el caso de la partición hecha en el testamento, la RDGRN de 26 de octubre de 2016 consideró la liquidación de los gananciales como una operación previa, independiente y distinta de la partición de la herencia del cónyuge fallecido, que requiere el consentimiento del cónyuge sobreviviente y el de los herederos del fallecido, quienes han de intervenir en las operaciones liquidatorias, de modo que solo después de tal liquidación se puede determinar el caudal hereditario partible y hacer inventario.

7. ¿ES LA DIVISIÓN Y ADJUDICACIÓN DE LOS BIENES HEREDITARIOS UN PRESUPUESTO NECESARIO PARA EL EJERCICIO DE LA *ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO*?

El acuerdo de adjudicación de cuotas indivisas sobre los bienes hereditarios extingue la comunidad hereditaria, dando paso, en reiterada expresión de la jurisprudencia, a un estado de indivisión regido por las normas de la comunidad ordinaria, o por cuotas o romana, de la que puede salirse mediante el ejercicio de la *actio communi dividundo*⁹². La cuestión es si resulta necesario para poder ejercitar esta acción que previamente se haya extinguido la comunidad hereditaria o si, por el contrario, sería posible su ejercicio respecto de un bien concreto que forma parte del patrimonio hereditario sin que se haya practicado, tras la aceptación de la herencia, la partición de aquella, de modo que el bien podría en su momento adjudicarse a todos, a varios o a uno solo de los coherederos.

El problema se plantea cuando una vez constituida la comunidad ordinaria se ejercita la división de la cosa común sobre bienes del patrimonio hereditario sobre los que no consta que se haya realizado partición ni, por lo tanto, adjudicación del bien cuya división se pretende. Teniendo en cuenta que el bien forma aún parte de un patrimonio hereditario sin dividir y que, realizada la partición, podría suceder que el bien no se adjudicara a quienes ejercitan la acción, habría que entender, *a priori*, que la partición es presupuesto material imprescindible para la viabilidad de la acción de división.

La posibilidad y el momento de ejercicio de la acción divisoria vienen determinadas por la titularidad que se ostenta, de modo que si los bienes pertenecen a los copartícipes de forma conjunta, por no haber tenido lugar una partición del patrimonio hereditario de resultados de la cual se les podría adjudicar, o no, el bien en cuestión, carecerán de un derecho de propiedad o copropiedad sobre el que poder fundamentar su petición de división. Este criterio adoptó, por ejemplo, la STS de 30 de julio de 1999, entendiendo que cuando la situación de comunidad ordinaria se refiere a bienes que fueron objeto de la herencia y que se mantienen en pro indiviso puede entenderse que, vigente aquella, la acción típica para ponerle fin será la *actio familiae erciscundae*, en tanto que, una vez constituida la comunidad ordinaria, la acción a ejercitar será la *actio communi dividundo*.

Para el Tribunal Supremo, la concepción prevalente sobre la posición de los coherederos sigue la del Derecho romano y parece desarrollarse en dos etapas sucesivas. Los herederos aceptantes: «adquieren un derecho abstracto sobre el *universum ius* que conforma el caudal relicto, derecho que la partición convertirá en concreto, ya exclusivo ya en pro indivisión sobre bienes determinados. La comunidad general, en cuyo seno se contiene, en potencia, la comunidad hereditaria, dará paso, si ha lugar, a una comunidad ordinaria. Desde esta perspectiva conceptual, solo entonces será posible la acción de división».

La disolución de la comunidad hereditaria constituiría, pues, un presupuesto previo para el ejercicio de la acción divisoria común, lo que convierte a esta, como ha declarado la jurisprudencia, en una fórmula inadecuada para provocar la extinción de aquella. Análogamente, constituida por efecto de la partición una comunidad ordinaria, la acción para ponerle fin es la acción de división del artículo 400 del Código civil, y en ningún caso la *actio familiae erciscundae*, que requiere que los bienes hereditarios sigan indivisos.

No obstante, el Tribunal Supremo ha admitido el ejercicio de la *actio communi dividundo* para poner fin a la comunidad hereditaria sin previa partición, considerando que el esquema expuesto no carece de excepciones, resultando inaplicable cuando concurren intereses que imponen, por razones de justicia, un tratamiento y una solución distintas. Es el caso de las Sentencias de 28 de mayo de 2004 y 25 de junio de 2008⁹³, la última

de las cuales planteó la posibilidad de que los coherederos ejercitasen la *actio communi dividundo* frente a otro coheredero para lograr la división de un bien hereditario, evitando la partición convencional y el ejercicio de la acción divisoria hereditaria⁹⁴.

Utilizando como ejemplos la venta común de un bien perteneciente a la herencia y la venta de un bien único⁹⁵, la STS de 25 de junio de 2008 admite el ejercicio de la acción de división, a pesar de que la herencia no había sido dividida, por ser el bien que se trataba de dividir el bien principal de una herencia que *de facto*, salvo bienes de menor importancia, ya había sido distribuida, y, dado que el bien era ocupado por el coheredero demandado, la indivisión prolongaría una situación que perjudicaba claramente a los demás coherederos. Se aduce además un argumento de economía procesal: no era necesario seguir un proceso de división para llegar a un resultado «que ha de ser muy próximo al que se presenta ya en autos, en vista de la composición del caudal».

Para salvar el obstáculo del artículo 1068 del Código civil interpretó el Tribunal Supremo que, si bien la norma dispone que la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes adjudicados, ello no permite entender que si falta la partición los herederos no tienen la propiedad, o al menos no en todos los casos, pues no sucede así en los casos de heredero único ni en los de existencia de un solo bien en el caudal, además —se afirma— de que cabe una actuación de todos los coherederos respecto del bien, luego, en cierto modo, se les reconoce el poder de disposición propio de un derecho concreto.

En la diferenciación entre las dos acciones divisorias la STS de 25 de junio de 2008⁹⁶, otorga relevancia, además de a su distinto origen y objeto y a su legitimación y condiciones de ejercicio, a un elemento de mayor interés: la posibilidad de que, como efecto de su ejercicio, la *actio familiae erciscundae* resulte en la adjudicación de cuotas indivisas sobre los bienes hereditarios por medio de la partición y, por ende, en la constitución de una comunidad ordinaria que prolonga la situación de indivisión sobre el patrimonio, posibilidad que no se produce en el ejercicio de la *actio communi dividundo* ya que «mientras que la de división da por finalizado el condominio; la de partición puede, precisamente, generarlo transformando la comunidad hereditaria en una comunidad ordinaria, atribuyendo a los coherederos la copropiedad sobre los bienes hereditarios».

Como hemos señalado, en el caso resuelto por la STS de 25 de junio de 2008 se habían llevado a cabo *de facto* distintas particiones parciales, lo que, unido a las necesidades de justicia derivadas de la necesidad de poner fin a la ocupación del inmueble por un solo coheredero, resultó determinante en la decisión. Es interesante señalar que la existencia en la herencia de un bien de valor económico muy superior a los demás se asimila al supuesto

en el que, desde un inicio, existe un solo bien en la herencia, caso en el que cabe entender que falta el presupuesto objetivo —la pluralidad de bienes y derechos— para la existencia de la comunidad hereditaria, considerándose constituida automáticamente por la aceptación expresa o tácita de la herencia una comunidad ordinaria sobre dicho bien⁹⁷.

En consecuencia, no se trataría tanto de si el ejercicio de la acción de división hereditaria debe o no preceder a la divisoria común como de distinguir con claridad las situaciones. Siendo la doctrina general la de que en los casos de comunidad hereditaria no dividida faltan los presupuestos (arts. 1068 y 392 CC) para el ejercicio de la *actio communi dividundo*, en los casos en que existe un solo bien en la herencia (o uno principal) quedaría directamente constituida por la aceptación una comunidad ordinaria sobre el bien único de la herencia (o transformada automáticamente por la propia aceptación la comunidad hereditaria en ordinaria) que puede entonces dividirse mediante el ejercicio de la acción divisoria común, o, de resultar indivisible, por la vía del 404 del Código civil⁹⁸.

La situación puede apreciarse también sobrevenidamente. Cuando existió inicialmente una comunidad hereditaria que, en virtud de distintas adjudicaciones parciales convenidas entre los coherederos ha quedado reducida a un solo bien puede entenderse automáticamente extinguida y transformada en una comunidad ordinaria sobre ese único bien por disposición de la propia ley, por no poder subsistir la comunidad hereditaria cuando falta la pluralidad de bienes, pudiendo los coherederos ejercitar para salir de esta situación la *actio communi dividundo*. De hecho, en la STS de 21 de julio de 2008, enfrentado de nuevo al problema pero en un supuesto en el que permanecían en la herencia una pluralidad de bienes, el Tribunal Supremo denegó el ejercicio de la acción de división, por no mediar partición y adjudicación de los mismos⁹⁹.

La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales ha abordado también la cuestión, siguiendo este último criterio. La SAP de León (secc. 1.ª) de 22 de febrero de 2017 (con cita de la SAP de Cáceres de 27 de febrero de 2014) entiende que, en un discurso lógico, la *actio familiae erciscundae* habría de ser un presupuesto necesario de la *actio communi dividundo*, y la aplicación del artículo 1062 del Código civil a los supuestos de división no sería automática, pues entre ambas acciones median diferencias, razón por la que algunas sentencias declaran la improcedencia de la *actio communi dividundo* cuando no existe un condominio, sino una comunidad hereditaria¹⁰⁰.

La consecuencia es que, no habiéndose distribuido la herencia y adjudicado bienes concretos a los coherederos, no se produce el efecto de atribución dominical del artículo 1068 del Código civil¹⁰¹, y tampoco concurre el presupuesto del artículo 392 del Código civil, puesto que los comuneros carecen del derecho de propiedad sobre el bien que pretenden dividir, lo

que impide extinguir la comunidad mediante el ejercicio de la acción de división de la cosa común.

8. CONTEXTO EN EL QUE SE REFIERE LA JURISPRUDENCIA A LA POSIBILIDAD DE TRANSFORMACIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA EN ORDINARIA

El reconocimiento por la jurisprudencia de la posibilidad de salir de la comunidad hereditaria por vía de su transformación en una comunidad ordinaria ha tenido tradicionalmente por objeto el de declararla como una de las formas válidas de llevar a cabo la partición y aclarar las dudas sobre su eficacia para poner fin a la situación de comunidad hereditaria. La consecuencia jurídica es el reconocimiento a cada uno de los partícipes en la nueva comunidad de la facultad de disfrutar y administrar los bienes, ejercer los derechos de la comunidad en provecho de los demás condueños (STS de 21 de octubre de 1951) y ejercitar las acciones que a todos ellos correspondan (SSTS de 4 de abril de 1921 y 18 de diciembre de 1933), entre las que figuran, por ejemplo, la de retracto y la de división de la cosa común.

Sin embargo, en la jurisprudencia reciente en la que se hace referencia a la partición por transformación es frecuente que esta posibilidad no constituya en realidad un elemento esencial del razonamiento para la resolución del caso planteado. Al contrario, a menudo se alude a ella solo con el fin de afirmar la doctrina de la Sala Primera acerca del significado y función propias de la partición y de sus efectos, sobre todo de los posesorios, y no en relación directa con la transformación de la comunidad hereditaria.

Interesa, por lo tanto, plantearse en qué contexto se refiere la jurisprudencia a la posibilidad de pasar de la comunidad hereditaria, por vía de la partición, a un estado de indivisión regido por las normas de la comunidad ordinaria, romana o por cuotas y qué uso se hace de la figura, lo que reclama el análisis detenido de los pronunciamientos.

A) La transformación como forma válida de llevar a cabo la partición. Determinación de la acción divisoria

Existen resoluciones del Tribunal Supremo —las más antiguas— en las que el tema discutido es, precisamente, el de la admisibilidad del acuerdo de los coherederos para la adjudicación de cuotas pro indiviso sobre los bienes hereditarios a través de la partición. En estos casos, se trata de determinar si puede atribuirse carácter particional a tal acuerdo y, en consecuencia, darse por extinguida la comunidad hereditaria en virtud del mismo, siendo la indivisión en la que los bienes se encuentran tras la adjudicación la propia

de una comunidad ordinaria y rigiéndose por sus reglas, lo que, a su vez, permite a esta jurisprudencia dilucidar las cuestiones sobre la viabilidad del ejercicio de derechos y acciones por los copartícipes y la apreciación del interés o beneficio de la comunidad.

En todos los supuestos planteados, el Tribunal Supremo confirma invariablemente la admisibilidad del acuerdo, al que atribuye carácter particional, y su eficacia para salir de la indivisión hereditaria constituyendo una comunidad ordinaria entre los sujetos sobre todos o alguno de los bienes, aclarando que en tales supuestos no subsiste en modo alguno la comunidad hereditaria, aunque se mantenga la situación de indivisión, sino que ha quedado extinguida por una partición que cabe dentro del ámbito de la libertad negocial de los coherederos con los efectos correspondientes en cuanto al régimen regulador de la situación, lo que principalmente se utiliza para determinar la acción divisoria a ejercitar.

Entre las primeras decisiones que se enfrentan a la cuestión figura la STS de 16 de abril de 1930. Su interés principal radica en la afirmación de que el acto de transformación supone la individualización de los derechos de los coherederos, quedando extinguida la comunidad entre los mismos y constituidas tantas comunidades ordinarias como bienes distribuidos, con la consecuencia jurídica de que cualquiera de los comuneros puede a partir de ese momento decidir mantenerse en la comunidad o instar la división¹⁰². El Tribunal Supremo entendió que, aunque los bienes tenían procedencia hereditaria y fueron adjudicados en común y pro indiviso «no por ello subsistió el conjunto o universalidad patrimonial, sino que, al contrario, por el hecho de la adjudicación se individualizaron los derechos en cuanto al dominio sobre cada uno y quedaron establecidas tantas comunidades como bienes distribuidos, siendo innegable que cada copartícipe adquirió el derecho de continuar en la comunidad o de romperla en cualquiera de los bienes». De entender otra cosa se desconocería lo que preceptúa el artículo 1068 del Código civil, al atribuir a cada heredero la propiedad exclusiva de las cosas que les hayan sido adjudicadas, así como el 400 del mismo cuerpo legal.

La STS de 21 de abril de 1951 concede relevancia a la finalidad de los copartícipes que, tras las operaciones particionales, decidieron conservar entre ellos una comunidad de bienes, negocios y rentas para hacer frente con mayor facilidad a sus deudas. El Tribunal Supremo acudió a las normas de interpretación de los contratos (arts. 1282 y 1285 CC) para fijar la intención y alcance de los actos realizados por los coherederos, entendiendo de los términos utilizados que: «[...] los herederos decidieron continuar respecto a los bienes heredados en la misma situación de hecho en que se hallaban antes de la partición, por estimar que poniendo en común los bienes y rentas de todos, podrían reunir más fácilmente los fondos precisos para hacer

frente a sus deudas, situación de hecho que en nada pugna con las normas legales vigentes, y que, al ser reconocida en la sentencia no puede significar una aplicación indebida del artículo 392 del Código civil».

La cuestión de si las adjudicaciones de cuotas indivisas sobre los bienes que integran el haber hereditario implican o no concreción de sus derechos indeterminados en titularidades específicas se plantea de nuevo en la STS de 20 de febrero de 1984. El Tribunal Supremo entendió que la escritura pública de partición contenía una concreta atribución de los bienes de la herencia a favor de los herederos, sin que pudiera sostenerse que por haberse llevado a cabo la partición mediante la adjudicación de bienes en régimen de copropiedad y por cuotas indivisas, aquella no había tenido lugar. La cual se recogió también en la STS de 6 de octubre de 1997¹⁰³.

Una de las decisiones con mayor influencia en la jurisprudencia posterior es la STS de 20 de octubre de 1992. Siguiendo criterios anteriores (entre otros los de la STS de 20 de febrero de 1984), la sentencia reitera la autonomía negocial que corresponde a los herederos para, por acuerdo unánime de todos ellos, partir la herencia del modo que tengan por conveniente. Esta libertad se extiende a la elección de la forma de salir de la indivisión de la comunidad mediante la partición, y alcanza a la posibilidad de hacerlo mediante la creación de una nueva situación comunitaria a la que es también propia la indivisión de los bienes¹⁰⁴: «la partición puede llevarse a efecto mediante la transformación de la comunidad hereditaria en un condominio ordinario, atribuyendo a los coherederos la copropiedad de los concretos bienes de la herencia, con expresión de las cuotas proindiviso que en los mismos correspondan a cada heredero [...]».

En el supuesto resuelto, la constitución de la comunidad ordinaria por los coherederos trataba de mantener en estado de proindivisión la totalidad de la herencia, y, especialmente, del negocio incluido en la misma, cuya explotación, dirección y administración se atribuyó a algunos de los hermanos. La comunidad ordinaria se orientaba en este caso a obtener de los negocios y de los demás bienes ganancias partibles, incluyéndose en los acuerdos entre los coherederos previsiones sobre su distribución¹⁰⁵.

En otras ocasiones, el objeto principal de la *liits* ha sido el de determinar qué acción corresponde ejercitar para la división del patrimonio tras el acuerdo de los herederos de adjudicarse los bienes en pro indiviso lo que, *de facto*, nos devuelve a la cuestión de si dicho acto supone una verdadera partición, apta para poner fin a la comunidad hereditaria. Se afirma entonces que, extinguida la comunidad hereditaria por aquel acuerdo, lo que ahora existe es un conjunto de comunidades ordinarias y, por lo tanto, la *actio communi dividundo* (y no la *actio familiae erciscundae*) es como hemos visto la vía general adecuada para salir de la indivisión (STS de 8 de marzo de 1999 y 5 de junio de 1998)¹⁰⁶.

B) La transformación en relación con el carácter particional del acuerdo y sus efectos sobre las facultades de los coherederos. Aplicación al desahucio por precario entre coherederos

Entre las más recientes, prácticamente todas las resoluciones tanto de las Audiencias Provinciales como del Tribunal Supremo se refieren a esta forma de extinción de la comunidad hereditaria en relación con el contenido del artículo 1068 del Código civil, y al hilo de supuestos en los que lo que en realidad se discute es un conflicto posesorio entre coherederos que lleva a plantear la viabilidad del desahucio por precario entre estos mientras la herencia permanece en situación de indivisión. La jurisprudencia reproduce —tomándola de la jurisprudencia anterior— una argumentación en la que la cuestión que nos ocupa no se presenta en relación directa con la principalmente planteada, sino como parte de un discurso jurídico en el que lo que se afirma es la virtualidad exclusiva de la partición para transformar las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto en titularidades concretas y las posibilidades de actuación jurídica que ello implica.

Es en este contexto en el que se emplea la afirmación de que es posible salir de la indivisión hereditaria por medio de la adjudicación de cuotas, integrada en un argumento sobre los efectos de la partición que se toma un tanto inercialmente de algunas resoluciones en las que formaba parte del supuesto a debate, y que se utiliza para diferenciar, a efectos posesorios, la fase anterior y la posterior a la partición y las facultades que corresponden a los copartícipes en una y otra.

En estos casos, la referencia a la adjudicación de cuotas en pro indiviso sobre los bienes hereditarios por parte de los coherederos se realiza solo con el fin de recordar su virtualidad como forma de salir de la indivisión hereditaria e individualizar los derechos de los coherederos, situándola en el mismo plano que la adjudicación de titularidades exclusivas sobre bienes concretos, pero sin que sea esa la cuestión planteada. Lo que importa constatar, a los efectos de la cuestión central de la viabilidad de la acción de desahucio contra el coheredero que posee en exclusiva alguno de los bienes comunes, es que la atribución de titularidades dominicales sobre bienes específicos —sea en exclusiva o en pro indiviso— solo tiene lugar, conforme al artículo 1068 del Código civil, como efecto de la partición y que solo a partir de la misma puede admitirse el uso exclusivo y excluyente de los bienes de los que se resulta titular pues, hasta entonces, la indivisión hereditaria solo autoriza su posesión colectiva sobre la base de un derecho abstracto e indeterminado proyectado sobre el patrimonio, y solo cabe reclamar a beneficio de la comunidad.

Entre las recientes, las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2010, 28 de febrero y 29 de julio de 2013, 14 de febrero de 2014 y 14

de septiembre de 2016, hacen uso de la doctrina anterior sobre el efecto de atribución de titularidad dominical de la partición con el objeto particular de resolver un conflicto posesorio entre coherederos. El razonamiento se dirige, como hemos avanzado:

a) De un lado, a distinguir la situación posesoria y las facultades dominicales que corresponden a los coherederos en los momentos anterior y posterior a la individualización de su derechos a través de la partición, que es lo que interesa a los efectos del desahucio, asumiéndose una consolidada doctrina sobre esta materia consistente en el reconocimiento a los coherederos de la posibilidad de hacerlo mediante la adjudicación de cuotas indivisas, con lo que, a nuestro juicio, se quiere ilustrar mejor las opciones a disposición de los coherederos para salir de la indivisión;

b) De otro, al reconocimiento expreso del carácter particional a ese negocio a todos los efectos, aclarando, además, que esa forma de practicar la división constituye automáticamente una comunidad ordinaria regida por las normas de los artículos 392 y siguientes del Código civil. Entre esos efectos se cuenta la necesidad de aprobación judicial de la partición así realizada cuando ha intervenido el tutor, pues, como señala la RDGRN de 6 de noviembre de 2002, «no puede decirse que en realidad no existe partición al hacerse las adjudicaciones en partes *proindiviso*, pues tal adjudicación trae consigo consecuencias civiles, fiscales y de todo orden, que requieren, en un sistema como el nuestro de tutela de autoridad, la aprobación de la autoridad judicial».

La cuestión material debatida en las resoluciones a las que sirve esta doctrina es, en todos los casos recientes, la necesidad de procurar la protección posesoria de las cosas comunes durante la indivisión que conlleva la situación de comunidad hereditaria ante una situación de lesión o perjuicio derivado de la posesión exclusiva de un bien hereditario por parte de un coheredero.

El ejercicio de la acción de desahucio por precario ha encontrado el obstáculo, derivado de su noción misma, de que la posición del coheredero que usa de la cosa común en exclusiva y sin autorización difícilmente puede asimilarse inmediatamente a la de un precarista, porque, como se ha señalado, la cosa para él no es ajena (STS de 30 de marzo de 1968), o no lo es enteramente. Esta circunstancia unida a la frecuencia con que se presenta en la práctica el supuesto que planteamos había motivado una diversidad de criterios jurisprudenciales, sobre todo entre las Audiencias Provinciales, en cuanto a la viabilidad de la acción cuando se ejercita entre coherederos.

En particular, se sostenía en algunas resoluciones, como las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2008 y 26 de febrero de 2008, que el heredero que posee con carácter exclusivo bienes de la herencia no se

encuentra en una situación posesoria de ausencia de título, sino ante un posible abuso en el ejercicio de tal derecho, un exceso que necesariamente comporta el implícito derecho a poseer la cosa en cuestión, ostentando un título legitimador de su posesión considerado incompatible con el éxito de una acción de desahucio por precario (Sentencias de la Audiencia Provincial de Tenerife de 19 y 26 de febrero de 2001 y de 13 de junio de 2001).

La cuestión se resolvió inicialmente por la STS de 16 de septiembre de 2010. Tras analizar las soluciones ofrecidas por las Audiencias Provinciales¹⁰⁷, el Tribunal declara la viabilidad del desahucio por precario instado por los coherederos mayoritarios frente al minoritario cuando la herencia permanece indivisa y afirma, sobre el artículo 1068 del Código civil, que la partición hereditaria tiene por objeto la transformación de las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto en titularidades concretas sobre bienes determinados, «bien en propiedad exclusiva, bien en proindivisión, ya que, efectivamente, de la comunidad hereditaria puede pasarse, por vía de partición, a un estado de indivisión regido por las normas de la comunidad ordinaria, o por cuotas o romana (art. 392 CC), (SSTS de 20 de octubre de 1992, 25 de abril de 1994, 6 de marzo de 1999, 28 de junio de 2001 y 25 de junio de 2008)».

En consecuencia, el elemento esencial es la consolidada doctrina de la Sala de que hasta que tenga lugar la partición por cualquiera de los medios admitidos en Derecho —lo que incluye la adjudicación de cuotas en pro indiviso como modalidad o forma de practicarla—, los herederos no adquieren la propiedad exclusiva de ninguno de los bienes hereditarios (SSTS de 3 de junio de 2004 y 17 de diciembre de 2007), sino que los poseen en común. No obstante, debe observarse que la de la posesión en común es una norma de carácter supletorio. Los coherederos pueden convenir o el testador haber dispuesto, las reglas dirigidas a ordenar la situación posesoria de los bienes indivisos, incluidas asignaciones de posesión exclusiva de alguno o algunos de los bienes comprendidos en la herencia a uno o más de los coherederos, y en este contexto es preciso entender el artículo 450.1 del Código civil.

La sentencia señaló el camino para decisiones posteriores. Como un efecto normal de la partición, o como un modo de satisfacer su objeto calificó la situación la STS de 28 de febrero de 2013¹⁰⁸, admitiendo la partición realizada con la finalidad de adjudicar titularidades en pro indiviso, que deja sujeta la comunidad resultante a las normas de la comunidad ordinaria, de nuevo ligadas al objeto y efectos propios de la partición. Se reiteran, como harán decisiones posteriores, dos afirmaciones centrales: de un lado, que el objeto de la partición no es otro que la transformación de las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto en titularidades concretas sobre bienes determinados, y, de otro, que estas titularidades concretas pueden serlo bien en propiedad exclusiva, bien en pro

indiviso, reiterando la afirmación, de que «efectivamente, de la comunidad hereditaria puede pasarse, por vía de partición, a un estado de indivisión regido por las normas de la comunidad ordinaria, o por cuotas o romana (art. 392 CC)».

El argumento de fondo sigue remitiendo a la función propia de la partición y a sus efectos: mientras la partición no se produzca, los herederos no adquieren la propiedad exclusiva de ningún bien hereditario (SSTS de 3 de junio de 2004 y 17 de diciembre de 2007), ya que solo la partición puede atribuir el dominio de bienes concretos pertenecientes a la herencia, a condición de que el dominio esté verdaderamente contenido en el caudal relicto (Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1989 y 5 de marzo de 1991). En consecuencia, debe rechazarse durante el estado de indivisión hereditaria el uso exclusivo de un bien hereditario en favor de un determinado o particular coheredero. Lo importante a los efectos de la transformación de la comunidad hereditaria es que la partición resulte en la atribución a los coherederos de titularidades concretas sobre bienes determinados de la exclusiva titularidad de cada adjudicatario y que correspondan a su participación abstracta en la masa hereditaria, esto es, que quede dividida jurídicamente, y lo accesorio si dichas titularidades se adjudican en exclusiva o en pro indiviso.

Debe observarse que el reconocimiento que las SSTS de 16 de septiembre de 2010 y 28 de febrero de 2013 realizaron de la viabilidad del precario entre coherederos tuvo lugar bajo ciertas condiciones: la acción debía ejercitarse por los coherederos que representaban la participación mayoritaria en la comunidad frente al coheredero minoritario; debía ejercitarse, no para sí, sino en beneficio de la comunidad hereditaria y se acudía a la doctrina del abuso del derecho como *ratio* última de la viabilidad del desahucio. Ambas sentencias dejaron intacto el problema del beneficio que la posesión exclusiva y sin pago de renta había reportado a quien la disfrutó indebidamente, y de la forma de liquidación del estado posesorio y restitución a los demás copartícipes de aquella ventaja o provecho.

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2014 y 14 de septiembre de 2016 reiteraron esta doctrina legal. En particular, la segunda decisión aborda de nuevo la cuestión del enfrentamiento entre posesiones en litigio, ponderando, de un lado, la protección posesoria de los bienes comunes de la herencia indivisa y, de otro, la protección específica del coheredero poseedor:

«En primer término, el supuesto en cuestión se encuadra metodológicamente en el ámbito de la protección posesoria de las cosas comunes de la herencia durante el periodo de indivisión de la misma (arts. 445 y 450 CC), de forma que aunque se admite la coposesión, y su tutela, ello no

autoriza a ningún coheredero a que posea con carácter exclusivo un bien que pertenece *pro indiviso* a la comunidad hereditaria. Lo actuado en este sentido comporta una clara extralimitación objetiva del derecho de posesión del coheredero y como tal un perjuicio o despojo injustificado para el resto de los coherederos. En segundo término [...], el recurso práctico hacia la viabilidad en estos supuestos del controvertido desahucio por precario no debe entorpecer la aplicación paulatina de la protección específica de la posesión [...] pues el coheredero poseedor no tiene la posición de un mero precarista (sin título alguno, salvo la simple tolerancia)».

Entre la jurisprudencia menor¹⁰⁹ es común aplicar a la viabilidad de la acción de desahucio entre los coherederos y a otras situaciones en las que se discute principalmente el ejercicio de la acción divisoria la doctrina contenida en la STS de 16 de septiembre de 2010 y reiterada después en las decisiones del Tribunal Supremo examinadas de que el objeto de la partición hereditaria no es otro que la transformación de las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto en titularidades concretas sobre bienes determinados, ya se atribuyan en propiedad exclusiva o en *pro indiviso*. La argumentación remite, en definitiva, a la naturaleza propia de la comunidad hereditaria, y sirve de nuevo a la distinción entre las facultades posesorias y dominicales de los coherederos en los momentos anterior y posterior a la partición. Se trata, pues, ante todo, de una aplicación del artículo 1068 del Código civil, a través de la cual se recoge una reiterada jurisprudencia que caracteriza el periodo de indivisión previo a la partición hereditaria.

En este estado de indivisión, la posesión exclusiva de un bien por uno de los coherederos no puede ampararse, pues la partición tiene atribuido el carácter de operación complementaria para la transmisión de los bienes conforme al artículo 1068 del Código civil, resultando indispensable para obtener el reconocimiento de la propiedad sobre bienes determinados de la herencia (SSTS de 3 de junio de 2004, 17 de diciembre de 2007, 16 de septiembre de 2010), de modo que, de un lado, no cabe admitir un uso exclusivo de un bien hereditario en favor de un determinado coheredero, por considerarse un ejercicio abusivo y una extralimitación objetiva del derecho que implica la coposesión y, de otro, y, por la misma razón, ningún heredero puede reclamar para sí, sino para la comunidad hereditaria (STS de 25 de junio de 1995). Esta última afirmación permite concluir que el Tribunal Supremo aplica el desahucio por precario no solo a la carencia de título legitimador, sino a la carencia de título suficiente para el uso del derecho siempre que se reclame por quien o quienes ostenten la mayoría de los intereses de la comunidad hereditaria [SAP de Las Palmas (secc. 5.ª) de 15 de junio de 2017].

La viabilidad del desahucio por precario resulta así un remedio práctico y ventajoso para los coherederos, que se concede con el objeto de revertir una situación de hecho, esto es, para retornar la posesión del bien común a la totalidad de los coherederos a quienes corresponde colectivamente mientras la partición no tenga lugar¹¹⁰. Y porque conceptualmente su derecho, aislado de la situación posesoria, es cualitativamente idéntico al de los demás coherederos, la acción se concede como un beneficio que solo prosperará cuando se ejercite por los coherederos que representen la mayoría de intereses en la comunidad hereditaria y actúen en beneficio de esta.

C) Cuestión de la legitimación para el ejercicio de la acción de desahucio por precario

El criterio que a menudo determina la solución de los casos planteados no es otro que el de si existe o no legitimación para el ejercicio de la acción, vinculado a la cuestión de si realmente se ha producido o no la partición por medio de la transformación.

Es claro que en el periodo de indivisión que precede a la partición ningún heredero puede reclamar para sí, sino para la comunidad hereditaria. Ahora bien, el estudio de estos pronunciamientos revela la trascendencia de la cuota que se representa: aunque no se incluya en la fundamentación, prácticamente en la totalidad de los casos la jurisprudencia, reconociendo a los coherederos del carácter de poseedores reales¹¹¹, acuerda el desahucio cuando la acción se ejercita por los coherederos mayoritarios contra el que, poseyendo en exclusiva alguno de los bienes, representa una cuota ideal minoritaria¹¹². En cambio, cuando la acción se ejercita por uno solo de los coherederos, o por el conjunto de los que representan intereses minoritarios en la comunidad, se admite sin restricción cuando entabla frente a terceros, que no forman parte de la comunidad hereditaria, pero plantea más dudas, aunque se litigue en nombre de la comunidad, cuando quien posee en exclusiva es uno o varios coherederos mayoritarios durante el periodo de indivisión¹¹³, resolviéndose a menudo mediante la remisión al ejercicio de la acción por el procedimiento ordinario por razón de la cuantía.

El criterio se aplica de forma subliminal, como observa la SAP de A Coruña (Secc. 6.^a) de 10 de marzo de 2006: «subliminalmente se tiene en cuenta la cuota ideal del derecho a poseer que tiene cada una de las partes en el conflicto, y cuando en una de ellas coincide la doble condición de copartícipe minoritario y poseedor en exceso, se decreta el desahucio, teniéndose muchos más problemas cuando al tiempo se es el titular de la cuota hereditaria mayoritaria y, si bien aparece como referente necesario la comunidad como ente a favor del cual se ejercitan las acciones frente

a los coherederos, este planteamiento resulta menos convincente cuando bajo aquella cobertura accionan varios coherederos frente al mayoritario».

En esta doctrina, pues, es la forma de atribución de la titularidad como efecto de la partición lo que permite acudir a la transformación de la comunidad hereditaria en ordinaria, con el objeto de recordar de nuevo que tal acto constituye igualmente partición. La transformación de las facultades de los coherederos que señala el momento de la partición se produce en este caso, a los efectos, entre otros, del desahucio, tanto si esta tiene lugar mediante la atribución de titularidades exclusivas sobre bienes concretos como si se atribuyen en proindivisión, puesto que se trata en ambos casos de medios admitidos en Derecho para realizar la partición.

Lo que realmente hace a la cuestión debatida no es tanto la mención de las formas de salir de la comunidad hereditaria por vía de la partición, sino la afirmación de que solo esta es capaz de obrar la transformación o individualización del derecho de cada coheredero en una titularidad dominical exclusiva, sea sobre un bien o sobre una cuota del mismo, pues ambas consiguen materializar el derecho y satisfacen el objeto propio de la partición.

9. ACCESO REGISTRAL DE LA PARTICIÓN EN LA QUE LOS COHEREDEROS SE ADJUDICAN EN PRO INDIVISO LOS BIENES HEREDITARIOS

Para que la partición en la que los coherederos acuerdan adjudicarse en pro indiviso los bienes de la herencia pueda tener acceso al Registro de la Propiedad es precisa, como hemos señalado, la unanimidad, por lo que deben concurrir a la misma quienes tienen derechos sobre la herencia, es decir los coherederos y los legitimarios, los legatarios de parte alicuota y el cónyuge, si lo hubiere, por su cuota legal en la herencia.

Es a los efectos del título sucesorio para la inscripción registral donde encontramos reconocimiento normativo explícito de las adjudicaciones de cuotas indivisas sobre los bienes hereditarios, equiparadas en su tratamiento al de las inscripciones de los propios bienes. Lo hace el artículo 14, 2.º LH al tratar del título de la sucesión hereditaria a los efectos del Registro, estableciendo que «Para inscribir bienes y adjudicaciones concretas deberán determinarse en escritura pública o por sentencia firme los bienes, o parte indivisa de los mismos que correspondan o se adjudiquen a cada titular o heredero[...]», exceptuando de la regla general solamente el caso de heredero único, para el que, no habiendo legitimarios, ni comisario o persona autorizada para administrar la herencia, se admite la inscripción directa a su favor de los bienes y derechos de los que era titular registral el causante. La porción ideal de cada uno de los condueños de las partes indivisas de la

finca o derecho ha de fijarse, de conformidad con el principio de determinación, «con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente» (art. 54,1.º RH).

La norma hipotecaria establece, pues, tanto para la inscripción derivada de la partición que se verifica mediante la adjudicación de bienes o derechos concretos en titularidad exclusiva como para aquella en la que, en todo o en parte, se adjudican cuotas indivisas sobre los mismos, y tanto para la que se verifica convencionalmente como para la que tiene lugar con intervención judicial, una exigencia común: la determinación de los bienes o cuotas adjudicadas a cada heredero. La determinación ideal de las cuotas, imprescindible en aras de la necesaria claridad que precisa el cumplimiento del principio de determinación registral (RDGRN de 13 de abril de 2000) habrá de constar necesariamente en alguno de los dos títulos que se expresan, escritura pública o sentencia firme, en función de la forma de partición, convencional o judicial, empleada.

La ausencia de determinación en la atribución de bienes, cuotas o partes indivisas de cada condueño, en cambio, solo autoriza la práctica de la anotación preventiva del derecho hereditario «in abstracto», conforme al artículo 46 LH. A estos efectos, la exigencia del artículo 54,1.º RH impone la necesaria fijación o extensión de la porción ideal de cada partícipe, sin que pueda sustituirse por la presunción de igualdad de las cuotas conforme al artículo 393 del Código civil ni por referencia a cálculos numéricos basados en datos ajenos al propio Registro. La presunción de igualdad contenida en el precepto del artículo 393 del Código civil dado su carácter en modo alguno define la verdadera extensión del derecho inscribible como exige el principio de especialidad (RRDGRN de 6 de noviembre de 1966, 2 de junio de 2010, 8 de octubre de 2012), lo que se predica igualmente de otras presunciones de igualdad de las cuotas, como la del artículo 1138 del Código civil respecto de los créditos o deudas mancomunadas. Esta doctrina contiene también la RDGRN de 25 de octubre de 2018, para la que la determinación alcanza a la claridad sobre las titularidades en pro indiviso que se tienen en nuda propiedad, en pleno dominio o en usufructo vitalicio, pues la naturaleza y extensión del derecho objeto de inscripción son circunstancias esenciales de la inscripción, conforme al artículo 51,6.º RH.

La nueva redacción dada al artículo 14,1.º LH, primero por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria y posteriormente por la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, ha determinado una ampliación del título sucesorio a efectos del Registro, que incluye actualmente, además del testamento o el contrato sucesorio, el acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato, la declaración administrativa de heredero abintestato realizada a favor del Estado o, en su caso, de la comunidad autónoma y el certificado sucesorio

européo previsto en el RCSE 650/2012. No obstante ha de tenerse en cuenta, como ha señalado DOMÍNGUEZ LUELMO, que los títulos enumerados no deben equipararse, pues tienen para el Registro distinto significado, función y efectos¹¹⁴.

El artículo 80 RH admite explícitamente una vía común para el acceso registral «de bienes hereditarios o cuotas indivisas de los mismos». La inscripción requerirá la presentación, en el caso de ser varios herederos y referirse a la totalidad de los bienes de la «escritura de partición, escritura o, en su caso, acta de protocolización de operaciones particionales formalizadas con arreglo a las Leyes, o resolución judicial firme en la que se determinen las adjudicaciones a cada interesado» (art. 80, 1, a.), pero si la adjudicación se refiere solamente a una parte del caudal, bastará la presentación de la escritura pública «a la que hayan prestado su consentimiento todos los interesados» (art. 80,1,c.).

10. LA EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA CON CONSTITUCIÓN DE COMUNIDAD DE BIENES CUANDO EXISTEN CUOTAS HEREDITARIAS GRAVADAS

La disolución de la comunidad hereditaria por vía de la adjudicación de cuotas indivisas sobre los bienes que la integran plantea la cuestión de qué ocurrirá con los derechos de los acreedores y, en su caso, con los bienes o cuotas hereditarias que se encontrasen gravadas al tiempo de la extinción. Téngase en cuenta que la transformación de la comunidad afecta a la responsabilidad de los coherederos y, por ende, a la garantía de sus créditos, especialmente si se entiende que en virtud de la misma desaparece la responsabilidad solidaria por las deudas de la herencia que alcanza a los coherederos. Se hace preciso, pues, buscar un equilibrio entre el ejercicio de la facultad divisoria que corresponde a los coherederos y la protección y garantía de los créditos.

Para el Tribunal Supremo, el eventual conflicto entre los cotitulares dominicales y el derecho de los acreedores se resuelve primando la extinción de la situación de condominio (STS de 28 de enero de 2011), pero, al mismo tiempo, salvaguardando los derechos de terceros, lo que implica que los acreedores podrán solicitar la adopción de medidas cautelares, pero no impedir la división, sin perjuicio de que, si existe oposición expresa de un acreedor, quedará abierta la vía de la acción de impugnación. Los derechos individuales de los acreedores se concretarán en la parte adjudicada sin perjuicio de ese derecho de impugnación (Sentencia de 28 de febrero de 1991).

Cuando la partición tiene lugar por medio de la transformación de las cuotas hereditarias en cuotas de una comunidad ordinaria o mediante la

aportación de aquellas a una sociedad, los acreedores hereditarios pueden, como en cualquier partición, oponerse a la misma (arts. 1082 CC y 782,4.º LEC), o, más exactamente, a su culminación mediante las adjudicaciones de cuotas, facultad concedida como medida de protección de la unidad e integridad del patrimonio, hasta tanto no se satisfagan o afiancen sus créditos. El artículo 782.3 de la LEC protege, no obstante, el desenvolvimiento de las operaciones previas de la división, al permitirles ejercitar en cualquier momento las acciones que les correspondan para reclamar sus créditos contra la herencia, la comunidad hereditaria o los coherederos, a través del juicio declarativo que corresponda, pero sin suspender ni entorpecer las actuaciones de división de la herencia.

La norma procesal permite entender que la facultad reconocida a los acreedores de la herencia —una «facultad de inspección» para el Tribunal Supremo— podría ejercitarse incluso después de verificada la partición, pues el artículo 782, 4 LEC sitúa el límite temporal de dicho ejercicio en cualquier momento anterior a la entrega de los bienes adjudicados a cada heredero. En el supuesto de transformación de la comunidad hereditaria, sin embargo, no hay adjudicación —ni entrega, claro está— de bienes concretos a los coherederos, por lo que entendemos que dicho límite temporal habrá de quedar señalado en el acto particional por el que tiene lugar la adjudicación de las cuotas indivisas, pues a partir de ese momento los coherederos transforman su derecho sobre el patrimonio indiviso de la herencia en uno concreto que se hace efectivo sobre una parte indivisa de cada uno de los bienes que la integran, de la que se hacen titulares definitivos, sin necesidad de acto alguno posterior.

Además de oponerse a la partición, los acreedores reconocidos pueden también ejercer el derecho a pedir la intervención del caudal hereditario (art. 792.2 de la LEC), si bien, si se hubieran opuesto a la partición, no se acordará la cesación de la intervención hasta que se produzca el pago o afianzamiento (art. 796.3 LEC). Les corresponde así mismo, si la herencia no está aceptada pura y simplemente, la legitimación para solicitar la declaración de concurso, en los términos del artículo 3.4 de la Ley 22/2003 y, por lo tanto, para solicitar las medidas cautelares previas a la declaración del artículo 17 de la Ley.

Producida la extinción de la comunidad hereditaria mediante la adjudicación de cuotas indivisas sin haber atendido las deudas, los acreedores tienen a su disposición la facultad de exigir el pago de las mismas conforme al artículo 1084 del Código civil y podrán ejercitar su derecho sobre las cuotas indivisas adjudicadas a los coherederos en la nueva comunidad, con el alcance del precepto en cuanto a su responsabilidad. La transformación en el derecho de los coherederos no puede afectar al de los acreedores, de modo que las cargas que pesaban sobre los bienes hereditarios resultaran

distribuidas en la partición entre las cuotas indivisas adjudicadas a los coherederos en proporción a su derecho, y pasarán a gravar a los condóminos en la comunidad ordinaria que surge de dicha partición.

Hasta tanto se verifique la partición, los acreedores de los herederos, sin perjuicio de los derechos reconocidos en relación con la partición, solo podrán ejercitar sus derechos sobre el patrimonio privativo del coheredero deudor y, por lo tanto, sobre su derecho hereditario *in abstracto*, que puede ser anotado preventivamente, lo que ya supone a través de la publicidad registral protección para el acreedor frente a eventuales transmisiones o situaciones de embargo y ejecución sobre los bienes (art. 46 LH). Pueden también intervenir en ella para prevenir que se realice en fraude o perjuicio de sus derechos, en los términos del artículo 1083 del Código civil y 782. 5 de la LEC y, en su caso, impugnarla.

Concretado el derecho hereditario de los coherederos en una cuota o una pluralidad de cuotas en pro indiviso sobre los bienes en la comunidad constituida, los acreedores podrán hacer efectivos sus créditos sobre esta. Registralmente se encuentran legitimados para practicar la anotación preventiva de derecho hereditario (art. 46 LH), si bien, al no poder hacerlo por simple solicitud, parece que sería precisa la providencia judicial¹¹⁵.

La cuestión de si sobre el derecho hereditario anotado preventivamente a favor del heredero puede practicarse después anotación preventiva de embargo debe contestarse afirmativamente, si bien según la RDGRN de 1 de febrero de 2014, el acreedor que la pretenda deberá acreditar que tiene derecho a instarla, bien por solicitud, si se trata de un acreedor de los previstos en el artículo 146. 4 RH, o bien acudiendo en otro caso al procedimiento especial regulado en el artículo 57 LH. Por otra parte, esta condición no le exime de acreditar los extremos requeridos para practicar la anotación preventiva, es decir, el fallecimiento del titular registral y la condición de heredero —cuando quien solicita la anotación preventiva del derecho hereditario es el heredero del titular registral—, que se exigen aquí con mayor razón, debiendo además acreditar que el deudor es heredero del titular registral y la porción hereditaria que le corresponde.

Para practicar el embargo del derecho hereditario *in abstracto* contra el heredero o legatario del titular por deudas de este, el artículo 166.1, 2.º RH determina que « [...] se harán constar las circunstancias del testamento o declaración de herederos y de los certificados del Registro General de Actos de Última Voluntad y de defunción del causante. La anotación se practicará sobre los inmuebles que especifique el mandamiento judicial en la parte que corresponda el derecho hereditario del deudor». La norma fundamentó la tesis de la RDGRN de 11 de septiembre de 2017 de que para anotar preventivamente un embargo sobre derechos hereditarios hace falta aportar el certificado de últimas voluntades y el título sucesorio.

La anotación de embargo podrá practicarse únicamente en la parte que corresponda al derecho hereditario del deudor, sin afectar a las porciones hereditarias de otros herederos, y su titular deberá ser notificado con carácter previo a la extinción del condominio, dado que el titular de las anotaciones preventivas es un titular registral, aunque ciertamente no equiparable en su posición al titular del dominio o de un derecho real.

Ahora bien, puede plantearse qué ocurre con la carga cuando estando gravada una cuota indivisa se procede por los condóminos a la extinción de la comunidad con adjudicación a cada uno de los copropietarios de una porción determinada de finca o cuando, estando gravado el derecho hereditario, se produce la extinción de la comunidad hereditaria mediante la adjudicación de cuotas indivisas a los coherederos.

La norma es que la existencia de gravámenes como el embargo o la hipoteca no afecta a las facultades de disposición de los copartícipes que pueden, sin perjuicio de los que corresponden a los titulares de las cargas, disponer de su derecho, e incluso instar judicialmente al acreedor a la ejecución de la cuota gravada cuando se difiere en el tiempo con perjuicio de terceros no deudores. Las RRDGRN de 20 de enero de 2015 y 16 de marzo de 2016 declararon que el titular de la cuota no precisa del consentimiento del acreedor para llevar a cabo la división de la comunidad, sin perjuicio de la salvaguarda del derecho de este en los términos previstos en el artículo 123 LH cuando la carga afecta a toda la finca (resoluciones de 4 de junio de 2003 y 11 de septiembre de 2017). Esta última resolución no deja lugar a dudas en cuanto al destino de la carga hipotecaria: tanto si recae sobre la totalidad de una finca como si lo hace sobre una cuota indivisa, la posición del acreedor hipotecario se encuentra plenamente garantizada, de modo que quien adquiera la finca la recibirá gravada con la correspondiente hipoteca, pues el proceso de disolución de condominio no puede, cualquiera que sea el procedimiento por el que se lleve a efecto, conllevar ningún efecto de purga de las cargas existentes sobre la finca.

Como hemos señalado, lo que trata de hallarse con estas soluciones es un adecuado equilibrio entre los intereses de las distintas partes que respete tanto la facultad de división que corresponde a los copartícipes como la posición jurídica de los acreedores, de modo que quien no fue parte en los negocios constitutivos de las hipotecas inscritas ni fue responsable de las deudas que derivaron en el embargo de la cuota no sufra un perjuicio como consecuencia de la disolución de la comunidad.

Los acreedores con cuotas hereditarias gravadas podrán, tras la partición por transformación, pedir el embargo de la cuota indivisa que corresponda al deudor en la comunidad resultante. Si se trata de un embargo administrativo, por deudas tributarias o con la Seguridad Social, los demás comuneros deberán intervenir en el procedimiento y en todo caso, «el embargo, en caso

de cuotas de participación de bienes que se posean pro indiviso, se limitará a la cuota de participación del obligado al pago y se notificará a los condóminos» (art. 76, 3, 3.º del Real Decreto 939/2005, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación del Estado). La misma solución acoge Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social en el artículo 93, 2.º: «La diligencia de embargo en caso de cuotas de participación de bienes poseídos pro indiviso se limitará a la cuota de participación del deudor y se notificará a los condóminos».

V. LA SALIDA DE LA COMUNIDAD ORDINARIA CONSTITUIDA POR TRANSFORMACIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA

La comunidad ordinaria con origen hereditario prolonga la situación de indivisión del patrimonio y aboca a la necesidad de proceder, en algún momento posterior, a su extinción. Aunque transformadas las cuotas sobre el conjunto de los bienes hereditarios, la comunidad sigue haciendo a los cotitulares dueños por partes de cada uno de los bienes, y esa situación tiende a resolverse en aquella otra que nuestro ordenamiento considera normal y hacia la que tiende: la propiedad individual sobre los bienes, mediante la adjudicación de titularidades únicas, plenas y exclusivas sobre los mismos una vez que la comunidad haya cumplido su función económica o cuando los comuneros conjuntamente, o cualquiera de ellos individualmente, entiendan que resulta más beneficioso a sus intereses ponerle fin.

Con independencia del origen hereditario de los bienes, la salida de la comunidad ordinaria deberá realizarse por los medios admitidos en nuestro ordenamiento, con aplicación de las reglas de la división de la herencia y bajo el mismo régimen y condiciones que si se hubiera constituido inicialmente como tal, pudiendo instarse en cualquier momento por cualquiera de los antiguos coherederos, pues ni el origen de los bienes hereditario ni la cualidad original de los copartícipes introducen diferencias en esta facultad una vez constituida. El copartícipe puede exigir en el momento de la división que aquella se convierta en una parte real y física de cada uno de los bienes de los que es condueño, si son divisibles, sin poder ser obligado a recibir el pleno dominio de uno de los bienes y ser privado de toda participación real o material en el otro, ni siquiera cuando los bienes (o alguno de ellos) sean indivisibles pues para este supuesto la única solución es la de los artículos 404 y 1062 del Código civil.

La práctica de las operaciones divisorias no diferirá tampoco de las que habrían de llevarse a cabo en el caso de haberse mantenido la comunidad como hereditaria, con la peculiaridad de que en caso de persistir respecto

de algunos de los bienes la comunidad hereditaria por no haber alcanzado la transformación a la totalidad del patrimonio, resulta posible, mediante un solo acto, disolver las comunidades entre los mismos partícipes, aunque sean de distinta naturaleza (como la hereditaria y la ordinaria), sin necesidad de acudir al expediente de formalizar una masa común de bienes o a la previa adjudicación en pro indiviso los bienes que integrasen la comunidad hereditaria, sin perjuicio de las posibles consecuencias fiscales que pueda tener la disolución de comunidades de bienes de distinto origen (RDGRN de 24 de septiembre de 2003).

La comunidad ordinaria puede extinguirse por división dando paso a una nueva comunidad de la misma naturaleza constituida sobre parte de los bienes y con parte de los comuneros. El resultado de la división será entonces la materialización o individualización del derecho mediante la adjudicación de bienes específicos solamente respecto de alguno o algunos de ellos, prolongándose en cuanto al resto la situación de indivisión mediante la constitución de una nueva comunidad de igual naturaleza que la extinguida. La STS de 27 de mayo de 1988 admite esta forma de extinción de la comunidad ordinaria en un supuesto en que, instada la división de la cosa común por un comunero, la cosa se divide de manera que su parte se materializa o individualiza, extinguiendo la comunidad como efecto natural del acto divisorio¹¹⁶, constituyéndose una nueva comunidad sobre el resto de la que son copartícipes los demás comuneros.

No obstante, para GETE-ALONSO¹¹⁷ la conversión de la comunidad ordinaria en otra comunidad es una causa de extinción privativa de esta figura, que, como resultado de un acto voluntario o de la ley afecta a la organización de los derechos y deberes jurídicos de los comuneros, pero no implica, al menos desde el punto de vista material, alteración física del objeto sobre el que recae ni modificación del carácter plural de la titularidad.

VI. CONCLUSIONES

I. La transformación de la comunidad hereditaria en comunidades ordinarias mediante la adjudicación a los coherederos de cuotas indivisas sobre los bienes concretos que integran el patrimonio hereditario en proporción a sus derechos y haciéndose titulares exclusivos de las mismas es una forma de salir de la indivisión hereditaria mediante una partición convencional que tanto puede tener como resultado la adjudicación de bienes en propiedad exclusiva como en pro indiviso, dando paso en este último caso a un estado de indivisión regido por las normas de la comunidad ordinaria (art. 392 CC).

II. Aunque existen opiniones contrarias, la transformación de la comunidad hereditaria implica el cese de esta, con los efectos particionales

que le son propios, sin que pueda entenderse que no se ha producido una verdadera división y adjudicación de los bienes, que la partición tiene una validez provisional o aplazada o que es meramente formal y no real, de manera que posteriormente será preciso repetir las operaciones divisorias para adjudicar a cada comunero titularidades plenas. De hecho, el potencial de la división de la herencia para generar una nueva situación comunitaria pone de relieve la verdadera esencia de la partición, la de hacer concreto lo abstracto, convertir las cuotas abstractas sobre la *universitas* en otras concretas sobre los bienes, pero sin finalizar necesariamente la indivisión (STS de 25 de junio de 2008).

III. La jurisprudencia ha reconocido la eficacia de esta forma de dividir para poner fin a la situación de comunidad hereditaria. La consecuencia jurídica es el reconocimiento a cada uno de los partícipes en la nueva situación comunitaria constituida de la facultad de disfrutar y administrar los bienes, ejercer los derechos de la comunidad en provecho de los demás condueños y ejercitar las acciones que a todos ellos correspondan, como las de retracto y división de la cosa común. La fórmula reiterada para este reconocimiento es la de que de la comunidad hereditaria puede pasarse, por vía de partición, a un estado de indivisión regido por las normas de la comunidad ordinaria, o por cuotas o romana.

IV. La transformación de la comunidad hereditaria, frecuente sobre todo en supuestos de sucesión de inmuebles y en la sucesión en una actividad empresarial, permite mantener temporalmente unido un patrimonio, o una parte sustancial del mismo, para su mejor administración o explotación, evitando una partición económicamente ineficiente que implique su disgregación material y conservando, al tiempo, la proporcionalidad de los derechos sobre la herencia bajo reglas de organización que, al margen de los preceptos considerados imperativos en la regulación de la comunidad ordinaria, pueden convenir a sus fines y permiten incluir los pactos que necesite dicha gestión.

V. La transformación de la comunidad hereditaria en comunidad o comunidades ordinarias requiere como presupuestos: que el testador no haya efectuado la partición con exclusión de la que pudieran efectuar los herederos, que no se haya impuesto por el testador o convenido por los coherederos la indivisión del patrimonio, que se realice un acto específicamente dirigido a extinguir la comunidad hereditaria por medio de su conversión o transformación en una serie de comunidades ordinarias, que exista consentimiento unánime de todos los coherederos para, que se señalen expresamente las cuotas indivisas adjudicadas a los coherederos sobre cada uno de los bienes en el acto de la partición y que se guarde la proporcionalidad de las cuotas asignadas a sus cuotas hereditarias y, finalmente, que se incluyan todos o parte de los bienes que integran la masa en el acuerdo

de transformación de la comunidad hereditaria. Para algunos autores y la jurisprudencia menor reciente se requiere, además, un motivo que justifique esta forma de partir, que no podría admitirse como regla general, sino solo excepcionalmente, dado que obliga posteriormente a una nueva *litis* autónoma de división de la cosa común.

VI. La transformación de la comunidad hereditaria ha servido para apoyar la interpretación del Tribunal Supremo sobre el significado, función y efectos propios de la partición, la posición y facultades de los coherederos durante la indivisión hereditaria y, la protección posesoria de las cosas comunes en situaciones de lesión o perjuicio derivado de la posesión exclusiva de un bien hereditario por parte de un coheredero durante ese periodo, a efectos de la legitimación en el ejercicio de la acción por desahucio por precario entre los coherederos. La adjudicación de cuotas en proindivisión como forma de salir de la comunidad hereditaria por medio de la partición se sitúa en términos de posibilidad en el mismo plano que la adjudicación de titularidades exclusivas sobre bienes concretos, a los efectos del artículo 1068 del Código civil y, al tiempo, permite afirmar el objeto de dicha partición y diferenciarlo de la situación anterior, la de indivisión hereditaria, en la que el patrimonio del causante se posee colectivamente y ningún coheredero puede poseer con exclusión de los demás ni reclamar para sí.

VII. En los supuestos en que la transformación se refiere a la totalidad de la herencia o a su elemento o elementos más valiosos, expresa la libertad particional de estos para constituir comunidades funcionales. Cuando la adjudicación de cuotas indivisas se produce sobre bienes hereditarios específicos de difícil o imposible división, la jurisprudencia menor, se apoya en la doctrina sobre la transformación de la comunidad hereditaria para afirmar que esta forma de dividir no solo no produce desequilibrio alguno de los lotes respectivos sino que atiende de mejor modo al principio de «igualdad cualitativa» y de «estricta equidad» (arts. 1061 y 1062 CC), si bien es preciso que dicha solución se justifique precisamente en la necesidad de mantener la igualdad entre los herederos en estos supuestos, pues no constituye la regla general para partir.

VIII. El eventual conflicto entre los cotitulares dominicales y el derecho de los acreedores en el momento de la disolución de la comunidad hereditaria por transformación se resuelve primando la extinción de la situación de condominio, pero, al mismo tiempo, salvaguardando los derechos de terceros. La anotación de embargo podrá practicarse únicamente en la parte que corresponda al derecho hereditario del deudor, sin que pueda afectar a las porciones hereditarias de otros herederos, y su titular deberá ser notificado con carácter previo a la extinción del condominio.

Como norma, quien no fue parte en los negocios constitutivos de las hipotecas inscritas ni fue responsable de las deudas que derivaron en el

embargo de la cuota no debe perjudicarse como consecuencia de la disolución de la comunidad. Los gravámenes como el embargo o la hipoteca no afectan a las facultades de disposición de los copartícipes que pueden, sin perjuicio de los que corresponden a los titulares de las cargas, disponer de su derecho y no precisan del consentimiento del acreedor para llevar a cabo la división de la comunidad (Resoluciones de DGRN de 20 de enero de 2015 y 16 de marzo de 2016), sin perjuicio de la salvaguarda del derecho de este (art. 123 LH) cuando la carga afecta a toda la finca (Resoluciones de 4 de junio de 2003 y 11 de septiembre de 2017).

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 12 de febrero de 1904
- STS de 21 de enero de 1907
- STS de 4 de abril de 1921
- STS de 16 de abril de 1930
- STS de 18 de diciembre de 1933
- STS de 2 de marzo de 1934
- STS de 6 de noviembre de 1934
- STS de 7 de noviembre de 1935
- STS de 16 de abril de 1942
- STS de 30 de abril de 1944
- STS de 7 de enero de 1949
- STS de 9 de marzo de 1951
- STS de 21 de abril de 1951
- STS de 21 de octubre de 1951
- STS de 3 de mayo de 1956
- STS de 2 de noviembre de 1957
- STS de 27 de diciembre de 1957
- STS de 21 de octubre de 1958
- STS de 12 de diciembre de 1958
- STS de 25 de noviembre de 1961
- STS de 3 de enero de 1962
- STS de 24 de enero de 1963
- STS de 28 de enero de 1964
- STS de 2 de mayo de 1964
- STS de 21 de diciembre de 1965
- STS de 8 febrero de 1996
- STS de 25 de febrero de 1966

- STS de 17 de marzo de 1966
- STS de 21 de mayo de 1966
- STS de 18 de febrero 1967
- STS de 21 de marzo de 1968
- STS de 30 de marzo de 1968
- STS de 17 de junio de 1980
- STS de 26 de mayo de 1981
- STS de 20 de febrero de 1984
- STS de 13 de diciembre de 1986
- STS de 21 de noviembre de 1987
- STS de 19 de junio de 1988
- STS de 8 de marzo de 1989
- STS de 3 de junio de 1989
- STS de 27 de noviembre de 1990
- STS de 28 de febrero de 1991
- STS de 9 de enero de 1992
- STS de 17 de febrero de 1992
- STS de 19 de octubre de 1992
- STS de 20 de octubre de 1992
- STS de 22 de diciembre de 1992
- STS de 2 de febrero de 1993
- STS de 29 de marzo de 1993
- STS de 4 de febrero de 1994
- STS de 25 de abril de 1994
- STS de 14 de julio de 1994
- STS de 25 de junio de 1995
- STS de 16 de diciembre de 1995
- STS de 8 de febrero de 1996
- STS de 15 de febrero de 1996
- STS de 18 de febrero de 1996
- STS de 12 de noviembre de 1996
- STS de 19 de junio de 1997
- STS de 6 de octubre de 1997
- STS de 5 de junio de 1998
- STS de 27 de mayo de 1988
- STS de 17 de junio de 1998
- STS de 2 de octubre de 1998
- STS de 8 de marzo de 1999
- STS de 30 de julio de 1999
- STS de 18 de noviembre de 2000
- STS de 21 de diciembre de 2000
- STS de 5 de marzo de 2001

- STS de 23 de marzo de 2001
- STS de 28 de junio de 2001
- STS de 10 de abril de 2003
- STS de 28 de mayo de 2004
- STS de 3 de junio de 2004
- STS de 10 de junio de 2004
- STS de 25 de noviembre de 2004
- STS de 2 de noviembre de 2005
- STS de 14 de diciembre de 2005
- STS de 7 de noviembre de 2006
- STS de 18 de diciembre de 2006
- STS de 12 de febrero de 2007
- STS de 17 de diciembre de 2007
- STS de 8 de mayo de 2008
- STS de 25 de junio de 2008
- STS de 28 de junio de 2008
- STS de 21 de julio de 2008
- STS de 1 de abril de 2009
- STS de 16 de septiembre de 2010
- STS de 28 de enero de 2011
- STS de 25 de febrero de 2011
- STS de 4 de abril de 2011
- STS de 19 de enero de 2012
- STS de 20 enero de 2012
- STS de 26 de enero de 2012
- STS de 15 de junio de 2012
- STS de 17 de julio de 2012
- STS de 18 de julio de 2012
- STS de 17 de septiembre de 2012
- STS de 13 de diciembre de 2012
- STS de 18 de octubre de 2012
- STS de 18 de diciembre de 2012
- STS de 19 de febrero de 2013
- STS de 28 de febrero de 2013
- STS de 29 de julio de 2013
- STS de 14 de febrero de 2014
- STS de 19 de febrero de 2014
- STS de 27 de febrero de 2014
- STS de 28 de mayo de 2015
- STS de 6 de junio de 2016
- STS de 14 de septiembre de 2016

II. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN de 6 de noviembre de 1966
- RDGRN de 27 de noviembre de 1986
- RDGRN de 27 de enero de 1987
- RDGRN de 10 de enero de 1994
- RDGRN de 6 de febrero de 1995
- RDGRN de 13 de abril de 2000
- RDGRN de 6 de noviembre de 2002
- RDGRN de 11 de marzo de 2003
- RDGRN de 4 de junio de 2003
- RDGRN de 24 de septiembre de 2003
- RDGRN de 2 de junio de 2010
- RDGRN de 9 de diciembre de 2011
- RDGRN de 11 de noviembre de 2011
- RDGRN de 24 de febrero de 2012
- RDGRN de 17 de septiembre de 2012
- RDGRN de 8 de octubre de 2012
- RDGRN de 13 de junio de 2013
- RDGRN de 1 de febrero de 2014
- RDGRN de 16 de diciembre de 2014
- RDGRN de 20 de enero de 2015
- RDGRN de 13 de julio de 2015
- RDGRN de 25 de febrero de 2016
- RDGRN de 16 de marzo de 2016
- RDGRN de 4 de abril de 2016
- RDGRN de 11 de mayo de 2016.
- RDGRN de 1 de julio de 2016
- RDGRN de 26 de octubre de 2016
- RDGRN de 11 de septiembre de 2017
- RDGRN de 25 de octubre de 2018
- RDGRN de 28 de junio de 2019

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2013). *Curso de Derecho Civil*, T. V. Madrid: Edisofer.
- ÁLVAREZ LATA, N. (2009). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2008. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 79, 333-350.
- BELTRÁN DE HEREDIA, J. (1954). *La comunidad de bienes en el derecho español*. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado.

- CALATAYUD SIERRA, A. (2010). Cuestiones prácticas sobre consorcio foral. *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. 16, 215-226.
- CANDAU PÉREZ, A. (2014). Sucesión por causa de muerte y Registro de la Propiedad. En Lledó Yagüe, F.; Ferrer Vanrell, M. P y Torres Lana, J. A (Dirs.); Monje Balsameda, O (coord.), *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*. Consejo General del Notariado. Madrid: Dykinson, 169-203.
- CARBALLO FIDALGO, M. (2016). Artículo 1058 del Código civil. En Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J., Valpuesta Fernández, R. (Dirs.), De Pablo Contreras, P. (coord.), *Código civil Comentado*. Vol. II, 2.^a edición. Cizur Menor: Aranzadi, 1671-1676.
- CODACCI PISANELLI, G. (1950). *Ampiezza del concetto di novazione*, Giuffrè. Milano.
- COLINA GAREA, R. (2002). Algunas reflexiones básicas en torno a la comunidad hereditaria. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, núm. 6, 237-262.
- CORBAL FERNÁNDEZ, J. (2000). Artículos 1051 a 1055 del Código civil. En Sierra Gil de la Cuesta, I. (coord.), *Comentarios al Código civil*. Tomo V. Barcelona: Bosch, 509-537.
- COSTAS RODAL, L. (2005). *La ineficacia de la partición de herencia*. Madrid: Dykinson.
- DE LA CÁMARA, F. (1926). El derecho hereditario in abstracto. *RCDI*, núm. 19, 490-507.
- DE RUGGIERO, R. (1929), *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. I. Madrid: Reus.
- DEL POZO CARRASCOSA, P. (2012). La partición de la herencia. En GETE ALONSO Y CALERA, M. C., DEL POZO CARRASCOSA, P., BOSCH CAPDEVILA, E. Y SOLÉ RESINA, J., *División de la comunidad de bienes*. Barcelona: Atelier, 169-240.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2009). El derecho de no permanecer en la indivisión. *Diario La Ley*, núm. 7247 (23 de septiembre de 2009), Año XXX, 1-5.
- DÍEZ SOTO, C. M. (2016). Artículo 1051 del Código civil. En Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J., Valpuesta Fernández, R. (Dirs.), De Pablo Contreras, P. (coord.), *Código civil Comentado*. Vol. II. 2.^a ed. Cizur Menor: Aranzadi, 1692-1707.
- DOMENECH, A. M. (1935). *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Tomo XIX. Barcelona: Seix.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2016). *Comentarios a la Ley Hipotecaria*. 2.^a ed. Cizur Menor: Aranzadi.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2013). La partición realizada por los coherederos: sus elementos, en *Estudios de Derecho Civil*. En CUENA CASAS, M., Anguita Villanueva, L. A y Ortega Doménech, J. (coords.), *Homenaje al Profesor José Joaquín Rams Albesa*. Madrid: Dykinson, 1721-1744.
- (2019). *La partición convencional*. Buenos Aires: Olejnik.
- FERNÁNDEZ GIMENO, J. P. (1999). *Problemas de la transmisión de la empresa familiar*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA GARCIA, J. M. (2014). *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*. Pamplona: Civitas.

- (2019). *Legislación hipotecaria y del crédito inmobiliario. Jurisprudencia y comentarios*. Pamplona: Aranzadi.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. (2013). *Tratado de Contratos*. Vol. III. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GETE ALONSO Y CALERA, M. C (dir.) (2016). *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Vol. II. Madrid: Civitas.
- GETE ALONSO Y CALERA, M. C. (2012). Extinción de la comunidad ordinaria. La división. En GETE ALONSO Y CALERA, M. C., DEL POZO CARRAS-COSA, P., BOSCH CAPDEVILA, E., y SOLÉ RESINA, J., *División de la comunidad de bienes*. Barcelona: Atelier, 79-108.
- GONZÁLEZ VALVERDE, A. (2015). La viabilidad del desahucio por precario entre coherederos. *Revista Doctrinal Aranzadi civil-Mercantil*, núm. 3, 27-65.
- LACAL, P. (1931). La prohibición de dividir la herencia en nuestro Derecho positivo, en *RCDI*, núm. 80, 577-581.
- LECIÑENA IBARRA, A. (2014). Diferencias entre sociedad y comunidad. En Reyes López, M. J (coord.), *Comunidad de Bienes*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 59-84.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M. (1898). *Comentarios al Código civil español*. Tomo III. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación.
- (1943). *Comentarios al Código civil español*, tomo VII, Sexta edición revisada por Fco. BONET RAMÓN. Madrid: Reus.
- MARTÍN BRICEÑO, M. R. (2011). Cuestiones jurídicas en torno a la herencia que debe permanecer indivisa. *Anales de la Facultad de Derecho de la URJC*, 9-24.
- (2008). *La prohibición testamentaria de dividir la herencia en el Código civil*, Madrid; Dyckinson.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (1991). Artículo 392 del Código civil. En *Comentario del Código civil*. Tomo I. Madrid: Ed. Ministerio de Justicia, 1066-1072.
- Artículo 400 del Código civil. En *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Albaladejo, M. y Díaz Alabart, S. (Dirs.). t. V, vol. 2.º. Madrid: Edersa.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1965). *El Anteproyecto del Código civil Español (1882-1888). Centenario de la Ley del Notariado. Secc. Cuarta*. Vol. I. Madrid: Reus.
- PÉREZ DE CASTRO, N. (1994). Comentario a la Resolución de la DGRN de 10 de enero de 1994. Defensor judicial en partición hereditaria con menores. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 36. 829-834.
- PÉREZ CONESA, C. (2013). Comentario del artículo 392 del Código civil. En Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), *Comentarios al Código civil*. Tomo III. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- REQUEIXO SOUTO, M. (2016). El nuevo artículo 14, ap. 1.º de la Ley Hipotecaria tras las reformas de 2015. *Revista de Derecho Civil*. Vol. III, núm. 2, 107-125.
- REYES LÓPEZ, M. J. (coord.), (2014). *Comunidad de Bienes*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- ROCA GUILLAMÓN, J. (2004). Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar (notas al art. 831 CC, Ley 41/2003). En González Porras, J. M. y Méndez González, F. P (Coords.), *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo*

- García, Vol. 2. Murcia: Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 4279-4302.
- RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. G. (2012). La extinción parcial de la comunidad de bienes. *RCDI*, núm. 734, 3538-3546.
- RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (2014). El principio de comunidad. En DÍEZ-PICAZO, Luis (coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*. Pamplona: Aranzadi, 2785-2811.
- RUBIO GARRIDO, T. (2017). *La partición de la herencia*. Cizur Menor: Aranzadi.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1889). *Estudios de Derecho Civil*, t. VI.
- SERRANO CHAMORRO, M. E. (2015). Problemas sucesorios de transmisión de la empresa familiar. *RCDI*, núm. 747, 95-148.
- SANCHO REBULLIDA, F. (1964), *La novación de las obligaciones*. Barcelona: Nauta.
- SANZ ACOSTA, L. (2013). Posibilidad de desahucio por precario entre coherederos: análisis de la STS de 28 de febrero de 2013. *Actualidad Civil*, 6.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (2011), *Panorama de Derecho*, vol. II. Barcelona: Bosch.
- (1981) *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Tomo XIV, vol. 2. Albaladejo, M. y Díaz Alabart, S. (Dirs.) Madrid: Revista de Derecho Privado.
- ZUMAQUERO GIL, L. (2010). División de la cosa común para crear una nueva situación de condominio. Comentario a la STS de 1 de abril de 2009 (*RJ* 2009, 4133). *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 25, 313-318.
- BONOMI, A et WAUTELET, P. (2013). *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement núm. 650/2012 du 4 juillet 2012*. Bruselas: Bruylant.

NOTAS

¹ Caso este último en el que, como observa DÍEZ SOTO, la situación podría justificar la aplicación de un régimen más adecuado a la existencia de una empresa común, incluso en el caso de que no haya existido un acto formal de constitución, sino solo la continuidad de hecho en una actividad empresarial preexistente, en la que, a efectos de la determinación del régimen aplicable, se distingue, de un lado, la titularidad de los bienes o infraestructura patrimonial, a la que correspondería la regulación de la comunidad de bienes, y, de otro, el aspecto organizativo, al que serán de aplicación los pactos que medien entre los interesados y, en su defecto, las normas del contrato de sociedad. V. DÍEZ SOTO, C. M. (2016). Artículo 1051 del Código civil. En Cañizares Laso, Ana, De Pablo Contreras, Pedro, Orduña Moreno, Javier, Valpuesta Fernández, Rosario (Dirs.), *Código civil Comentado*. Vol. II. 2.ª edición. Cizur Menor: Aranzadi, 1630-1631.

² Adquiere entonces interés la distinción entre los conceptos de división y disolución de la comunidad hereditaria. De hecho, estos supuestos fueron en ocasiones incluidos en esta última categoría. Cfr. DOMENECH, A. M., (1935). *Nueva Enciclopedia Jurídica*. [Voz «Partición de herencia»]. Tomo XIX. Barcelona, Seix Editor, 16. MARTÍN BRICEÑO ha analizado en la doctrina y en el *Codice* italiano la distinción entre la disolución (*scioglimento*) y la división (*divisione*). Cfr. MARTÍN BRICEÑO, R. (2008), *La prohibición testamentaria de dividir la herencia en el Código civil*. Madrid: Dyckinson, 205.

³ Como el mandatario *post mortem* (arts. 812 y sigs.) para la administración y gestión de todo o parte del patrimonio hereditario y las normas que flexibilizan la exigencia del acuerdo unánime de los coherederos durante la indivisión (arts. 815 y sigs.) introducidas en el *Code* con la ley 728/2006 del 23 de junio de 2006.

⁴ El CCCat, en cambio, incluye en el artículo 552-9, d) como causa de extinción de la comunidad «la conversión en una comunidad especial», entre las que se regula la conversión de la comunidad indivisa en comunidad especial por turnos (arts. 554-1 y 554-5 CCCat.).

⁵ Entonces, aun cuando tenga derecho solo a una parte de la cosa, cada uno tiene realmente un derecho abstracto a que, en su día, se le adjudique aquella en su totalidad, dada su naturaleza de indivisible, con la obligación de compensar a los demás en metálico.

⁶ Véase DEL POZO CARRASCOSA, P. (2012), La partición de la herencia. En GETE ALONSO Y CALERA, M. C., DEL POZO CARRASCOSA, P., BOSCH CAPDEVILA, E. y SOLÉ RESINA, J., *División de la comunidad de bienes*. Barcelona: Atelier, 174.

⁷ La jurisprudencia ha atribuido a esta regulación una fuerza expansiva y sistemática (STS de 6 de junio de 2016). En la diferenciación de figuras conceptualmente próximas, como la sociedad, el criterio pro-communio actúa como criterio de cierre en los supuestos dudosos. (STS de 17 de julio de 2012).

⁸ La RDGRN de 1 de julio de 2016 que admite la existencia de dicha mutación jurídico-real de carácter esencial con independencia de que la disolución sea considerada o no como un acto traslativo, reconociéndola como título inmatriculador a los efectos del artículo 205 LH.

⁹ Para el Tribunal Supremo, la partición de herencia es sinónimo de la división de la misma (STS de 18 de diciembre de 2006, con cita de la STS de 28 de mayo de 2004).

¹⁰ DÍEZ SOTO, C. M. Artículo 1051 del Código civil, *ob. cit.*, 1624.

¹¹ Como señala ALBALADEJO, la extinguirán cualesquiera hechos o actos que pongan fin a alguno de los presupuestos esenciales de la comunidad, esto es, a los bienes comunes o a la pluralidad de sus titulares. ALBALADEJO GARCÍA, M. (2013). *Curso de Derecho Civil*, T. V. Madrid: Edisofer, 123.

¹² En opinión de GETE ALONSO, técnicamente, tampoco puede entenderse que la reunión en uno solo de los comuneros de la totalidad de los derechos (cuotas) de los cotitulares sea consolidación, puesto que, al tratarse de derechos iguales y del mismo rango, es la concurrencia de todos los derechos de los cotitulares en uno solo lo que hace desaparecer una comunidad, debiendo considerarse el supuesto como una causa propia de extinción. Véase GETE ALONSO, M. C. Extinción de la comunidad ordinaria. La división. En *División de la comunidad de bienes*, *ob. cit.*, 83.

¹³ Señala GETE ALONSO que dicho acuerdo no comporta necesariamente la división de la cosa, sea o no posible esta, pues a diferencia del acuerdo divisorio no ha de afectar necesariamente al objeto, y puede consistir en extinguir la comunidad y que uno de los copartícipes adquiera los derechos de los demás. GETE ALONSO, M. C. Extinción de la comunidad ordinaria. La división, *ob. cit.*, 86-88.

¹⁴ Afirma VALLET, con apoyo en la distinción que establece el artículo 46 de la LH, que la partición no provoca la cesación de la comunidad, ni hace a cada uno de los coherederos dueño exclusivo de bienes, sino que da lugar a su transformación en una comunidad indivisa sobre la totalidad o parte de los bienes hereditarios. *Vid.* VALLET DE GOYTISOLO, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Tomo XIV. Vol. 2. *ob. cit.*, 445.

¹⁵ Así, COLINA GAREA, R. (2002). Algunas reflexiones básicas en torno a la comunidad hereditaria. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, núm. 6, 261.

¹⁶ Doctrina reiterada en la STS de 14 de marzo de 2019 (Sala de lo Contencioso, secc. 2.^a).

¹⁷ Para el autor, el artículo 1051 del Código civil se funda en una idea individualista de la explotación de los bienes que entiende preferible que las decisiones sobre dicha explotación se adopten por uno y se refieran a bienes individualizados. Véase Díez-PICAZO, L. (2009). El derecho de no permanecer en la indivisión. *Diario La Ley*, núm. 7247. Año XXX, La Ley, 1-5.

¹⁸ V. VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (1984). *Panorama del Derecho de Sucesiones*. Vol. II. Madrid: Civitas, 835-836 y 846.

¹⁹ La sentencia señala (Motivo 2.º) que se trataba en el caso de la división de un conjunto de bienes procedentes de la herencia dividida formalmente en la escritura, pero no en la realidad, ya que subsistió la indivisión entre los bienes por la adjudicación de partes pro indivisas.

²⁰ La RDGRN de 13 de junio de 2013, por ejemplo, hace uso de la diferente naturaleza de la comunidad hereditaria y de la ordinaria para decidir sobre la forma de ejercicio de los derechos en un caso de cotitularidad sobre participaciones en una sociedad limitada.

²¹ Este es el criterio acogido por la STS de 25 de junio de 2008.

²² A favor de este carácter excepcional se ha manifestado RUBIO GARRIDO. Véase RUBIO GARRIDO, T., *La partición de la herencia*. *ob. cit.*, 60-61.

²³ En el caso resuelto se dejó una finca fuera de la partición por no ser jurídicamente posible la división material. No puede sostenerse que si el bien continúa indiviso, sigue perteneciendo a la comunidad hereditaria, pues « el hecho de que en la partición una o varias o incluso todas las fincas de la herencia se dejen proindiviso, no significa que la comunidad hereditaria continúe; simplemente que los interesados han querido transformar tal comunidad universal en otra u otras singulares, según su conveniencia ».

²⁴ Posición de las SS.AA.PP de Pontevedra, de 29 de julio de 2005 y Madrid, de 4 de junio de 2010.

²⁵ Con cita de la doctrina de las SSTs de 22 de diciembre de 1992 y 14 de julio de 1994. También en este sentido se expresó la SAP de Pontevedra de 29 de julio de 2005.

²⁶ Para el autor, la indivisión económica produce, tras la apertura de la sucesión, «una especie de entrecruzamiento de un ente societario y, por consiguiente, de normas del Derecho de sociedades, con los bienes hereditarios y con las normas de Derecho de sucesiones», situación en la que entiende que los herederos «se encuentran encerrados y prisioneros dentro de una red de la que no les resulta fácil salir y en la cual sus derechos hereditarios pueden quedar mermados o disminuidos». Véase Díez-PICAZO, L. El derecho de no permanecer en la indivisión, *ob. cit.*, 1-5.

²⁷ Para el autor, la evitación de estas situaciones de constitución de varios *pro indiviso* ordinarios se encuentra entre las razones para la configuración misma de la comunidad hereditaria como una comunidad especial. Véase RUBIO GARRIDO, T., *La partición de la herencia*. *ob. cit.*, 60-61.

²⁸ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2019). *La partición convencional*. Buenos Aires: Olejnik, 33-34.

²⁹ LACRUZ ha defendido la aplicación analógica a la situación nacida de este convenio del artículo 1695 del Código civil, reconociendo en el acuerdo permanecer en la indivisión un elemento de confianza mutua.

³⁰ Por ejemplo, por la STS de 20 de octubre de 1992, que cita en este extremo las de 21 de enero de 1907, 7 de noviembre de 1935, 7 de enero de 1949, 28 de enero de 1964 y 25 de febrero de 1966).

³¹ RUBIO GARRIDO, T., *loc. cit.*

³² A favor del carácter excepcional de esta forma de extinción de la comunidad se ha manifestado RUBIO GARRIDO. Véase RUBIO GARRIDO, T. *Ibid.*

³³ La indivisión se había impuesto sobre los inmuebles a pesar de la división practicada por el contador-partidor y, a juicio de la Audiencia, dejando *de facto* sin efecto las operaciones particionales acordadas, en contra de los artículos 218 y 786. 1.º LEC y soslayando la finalidad de la acción de división judicial de la herencia.

³⁴ Véase VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama del Derecho de Sucesiones*, ob. cit., 835, 836, 846.

³⁵ Véase FERNÁNDEZ GIMENO, J. P., *Problemas de la transmisión de la herencia familiar*, ob. cit., 220 y sigs.

³⁶ Véase BELTRÁN DE HEREDIA, J. (1954). *La comunidad de bienes en el derecho español*. Ed. Revista de Derecho Privado, 328.

³⁷ El Tribunal Supremo, estima ambas cosas: partición y adjudicación, sin entrar en el tema de la empresa ni en el de división de cosa.

³⁸ Entre otros, DE LA CÁMARA, F., *El derecho hereditario in abstracto*, ob. cit., 501 y sigs.

³⁹ La STS de 13 de diciembre de 1986 entendió que la aceptación pura y simple de los herederos que reciben la herencia en común y pro indiviso transforma la comunidad hereditaria en otra ordinaria de bienes sobre el inmueble único.

⁴⁰ El precepto toma elementos del artículo 4041 del Código mexicano y del artículo 942 del Anteproyecto belga de Laurent, pero, aunque estos contienen la regla de que ningún heredero puede ser obligado a mantenerse la indivisión de la herencia, ni siquiera por prohibirlo el testador, ninguno de ellos incluye una remisión a las causas de extinción de la sociedad o de la comunidad, introducida por los redactores del Anteproyecto. En la versión definitiva del Código civil desapareció la referencia a las causas de disolución de la comunidad y quedaron solamente las de la sociedad.

⁴¹ Sin que el pago en metálico suponga una desvirtuación causal del negocio de división y extinción con superposición de otro ajeno al mismo, sino una operación específicamente divisoria (RDGRN de 17 de septiembre de 2012).

⁴² La partición convencional requiere del consentimiento de cada uno de los copartícipes bajo sanción de nulidad, aunque este pueda ser tácito e inferirse de sus actos (sentencias del Tribunal Supremo de 8 febrero 1996 y 19 junio 1997), y, en todo caso, les obliga a aceptar y cumplir lo pactado (STS de 19 de febrero de 2014).

⁴³ Para la partición convencional, especialmente con referencia a su tratamiento jurisprudencial, puede consultarse, además de su reciente monografía (2019), ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2013). La partición realizada por los coherederos: sus elementos. En Cuena Casas, M, Anguita Villanueva L. A y Ortega Doménech, J. (coords.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José Joaquín Rams Albesa*. Madrid: Dykinson, 1721-1744. La heterogeneidad de los lotes no altera la naturaleza particional del acto, pero la DGRN entiende que conviene evitarla, y que cuando no responda a razones objetivas, «la naturaleza dispositiva trascenderá al acto, con las consiguientes repercusiones en el régimen jurídico aplicable y, en especial, y por lo que al supuesto debatido se refiere, en materia de capacidad y representación». (RDGRN de 27 de noviembre de 1986). El Tribunal Supremo sujeta las labores particionales a razones no solo cuantitativas sino también cualitativas, (SSTS de 25 de noviembre de 2004, 2 de noviembre y 14 de diciembre de 2005 y SAP de Granada de 23 de octubre de 2015, entre otras).

⁴⁴ El criterio es que la falta de equidad en la formación de los lotes puede considerarse como motivo de nulidad de la partición si se prueba que la desigualdad tiene suficiente relevancia para infringir el principio de igual distribución entre los herederos y excede los presupuestos que pueden dar lugar al ejercicio de las acciones de rescisión, adición o complemento de la partición (STS de 7 de noviembre de 2006).

⁴⁵ SSTS de 3 de enero de 1962, 25 de febrero y 21 de mayo de 1966, 18 de febrero 1967, y 8 de febrero y 12 de noviembre de 1996 y 28 de mayo de 2015.

⁴⁶ Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1934, 7 de noviembre de 1935, 30 de abril de 1944, 21 de octubre de 1958.

⁴⁷ Aunque, una vez consentida y autorizada la situación que se crea por medio del convenio particional, ello «les impide [a los coherederos] obtener, sin contradecir sus propios actos, el reconocimiento de un estado de derecho que anule y desvirtúe el que ellos, libre y conscientemente, crearon».

⁴⁸ En los mismos términos en que se expresaba el antiguo artículo 1048 LEC.

⁴⁹ DE RUGGIERO, quien distinguía los supuestos de comunidad forzosa o incidental, como la surgida de la sucesión hereditaria «de la comunidad fundada en el contrato de sociedad». Véase DE RUGGIERO, R. (1929). *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. I. Barcelona: Reus, 568 y 569. El autor no refiere una forma de comunidad de bienes voluntaria que no esté basada en las reglas de la sociedad.

⁵⁰ Obsérvese que el precepto del artículo 392 del Código civil no afirma el carácter dispositivo de las normas del Tit. III, y, de hecho, las contenidas en los artículos 398, 2.º, 400, 403 y 405 del Código civil se consideran generalmente como imperativas, sin que puedan quedar derogadas por virtud de pactos o disposiciones especiales.

⁵¹ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (1991). Artículo 392 del Código civil. En *Comentario del Código civil*, ob. cit., 1067. Para el autor la posibilidad de que de un contrato se adquieran derechos en común se limita al caso del cumplimiento de un contrato que obligue a adquirir derechos de este modo pero tal contrato «o es un contrato de sociedad ...o se asemeja mucho a un contrato de sociedad», y se rige por sus normas.

⁵² Como ha observado LECIÑENA IBARRA, la remisión «carece de la virtualidad normativa para monopolizar en las normas de la comunidad el régimen jurídico del fenómeno asociativo al que el precepto se refiere, como para lograr que la naturaleza societaria de este mude estado». Véase LECIÑENA IBARRA, A. (2014). Diferencias entre sociedad y comunidad. En Reyes López, M. J. (coord.), *Comunidad de Bienes*. Valencia: Tirant Lo Blanch., 60.

⁵³ Afirma MIQUEL que la norma del artículo 392, 1.º del Código civil establece la comunidad como un efecto jurídico automático, que se produce con independencia de la voluntad de los sujetos, que no pueden eludir esta situación, ni tampoco adoptarla entre ellos sin el presupuesto de ser cotitulares de un mismo derecho. Cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., Artículo 392 del Código civil, ob. cit., 1067.

⁵⁴ El Tribunal Supremo ha negado valor determinante por sí sola a la doctrina que busca el hecho diferencial en la noción de «explotación económica» (STS de 17 de septiembre de 2012).

⁵⁵ Así, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. (2013). Tratado de Contratos. Vol. III. Valencia, Tirant lo Blanch, 3299 y sigs., que lo incluye entre los contratos asociativos. Para las distintas posiciones sobre esta cuestión, Véase PÉREZ CONESA, C. (2013). Artículo 392 del Código civil. En Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), Comentarios al Código civil. Tomo III. Valencia: Tirant Lo Blanch, 3240 y sigs.

⁵⁶ Esta posición tradicional sostiene también la RDGRN de 11 de noviembre de 2011 (reiterada, entre otras, en las de 24 de febrero de 2012, 4 de abril y 11 de mayo de 2016).

⁵⁷ RODRÍGUEZ TAPIA destaca resoluciones, como las SSTs de 25 de junio de 2008, 15 de junio y 17 de julio de 2012, que explican el ejercicio de la acción divisoria sobre el principio de la libertad individual de cada copartícipe, que se conserva en la situación de indivisión. Véase RODRÍGUEZ TAPIA, J. M (2014). El principio de comunidad. En *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*. L. Díez-Picazo. (coord.). Cizur Menor: Aranzadi, 2785 y sigs.

⁵⁸ Entre ellos, MIQUEL, Véase MIQUEL GONZÁLEZ, J. M (1985). Artículo 400 del Código civil, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, (dirs.) t. V, vol. 2.º. Madrid: Edersa, 442-444. A la superación de ese prejuicio han contribuido también, entre otros, LASARTE, GETE-ALONSO Y RODRÍGUEZ TAPIA.

⁵⁹ Por ejemplo, la STS de 25 de junio de 2008.

⁶⁰ A partir de los trabajos de CODACCI PISANELLI. V. CODACCI PISANELLI, G. (1950). *Ampiezza del concetto di novazione*. Milano:Giuffrè. SANCHEZ REBULLIDA, en cambio, entiende que, aunque el concepto de novación es referible a toda obligación en sentido técnico no lo parece, en cambio, al concepto de contrato ni de negocio jurídico pues la novación no es un negocio jurídico sino el efecto de un negocio jurídico.

Véase SANCHO REBULLIDA, F. (1964), *La novación de las obligaciones*. Barcelona: Nauta, 330.

⁶¹ Entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2011, 13 de diciembre de 2012, 18 de diciembre de 2012, y 19 de febrero de 2013.

⁶² SS. de 3 de mayo de 1956, 26 de mayo de 1981, 27 de noviembre de 1990, 9 de enero de 1992, 2 de febrero de 1993, 29 de marzo de 1993, 2 de octubre de 1998 y 23 de marzo de 2001, entre otras.

⁶³ Pueden existir en este caso, señala PÉREZ DE CASTRO, intereses concurrentes o paralelos, pero, ostentando las partes una misma posición jurídica, ello no implica necesariamente un perjuicio o lesión para el interés del menor. Véase PÉREZ DE CASTRO, N. (1994). Comentario a la Resolución de la DGRN de 10 de enero de 1994. Defensor judicial en partición hereditaria con menores. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 36, 832.

⁶⁴ ROCA GUILLAMÓN, J. (2004). Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar. En González Porras, J. M y Méndez González, F. P (coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*. Vol. 1. Murcia: Colegio Oficial de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 4298 y 4299.

⁶⁵ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2019). *La partición convencional*. Buenos Aires: Olejnik, 25-26.

⁶⁶ Los derechos de crédito incluidos en el haber hereditario contra alguno o algunos de los coherederos pueden también adjudicarse en pro indiviso en la partición. V. SAP de Jaén (Secc. 1.ª) de 29 de abril de 2015.

⁶⁷ La Ley 29/1987 prevé en su artículo 20, 2, c) una reducción del 95% en la base liquidable del impuesto por la adquisición *mortis causa* de una empresa individual, un negocio profesional o participaciones en entidades, si bien es necesario que a tales bienes les sea de aplicación la reducción del artículo 4 de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio y que la adquisición se mantenga durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciera el adquirente dentro de ese plazo. Al tratarse de un impuesto cedido, en algunas del Código civil. AA el plazo de diez años resulta reducido por la normativa propia.

⁶⁸ Para ALBALADEJO, la continuidad de los bienes o negocios en común después de la partición convierte la comunidad hereditaria en societaria (sentencia de 16 de abril de 1942) y la eventual aplicación de las normas de la sociedad civil. V., ALBALADEJO GARCÍA, M. *Curso de Derecho Civil*. T. V., *ob. cit.*, 123.

⁶⁹ En el caso planteado en la STS de 20 de octubre de 1992, una vez refundido el prelegado en la herencia para posteriormente repartirlos por partes iguales, se convino por los coherederos el reparto igualitario de las ganancias o productos de los negocios que, de haber sido intención de los coherederos mantener la subsistencia del prelegado, habrían correspondiendo exclusivamente a los tres legatarios (art. 882 CC).

⁷⁰ SS.AA.PP de Madrid, secc. 8.ª, de 30 de marzo de 2012 y de Badajoz, secc. 2.ª, de 18 de octubre de 2006.

⁷¹ En este último caso se impugnaba la partición efectuada por el contador partidor por contrariar mediante adjudicaciones proindiviso de varios bienes de la herencia los artículos 1061 del Código civil y 786 LEC. La Audiencia entendió, en cambio, que no era posible hacer lotes, por lo que los inmuebles debían adjudicarse proindiviso a los herederos, no solo por atenderse así de mejor modo al principio de «igualdad cualitativa» y de «estricta equidad» (arts. 1061 y 1062 CC), sino «porque, además, la partición no excluye que pueda llevarse a efecto mediante la transformación de la comunidad hereditaria en un condominio por cuotas proindivisas de la exclusiva titularidad de cada adjudicatario[...].»

⁷² No así en los Derechos civiles catalán y navarro. Véase VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (2011), *Panorama de Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, 925.

⁷³ Este es también el criterio legislativo del CCCat, en su artículo 464-6. 1.º y 2.º y de la ley 354. 1.º CDF Nav.

⁷⁴ Véase CARBALLO FIDALGO, M. (2016), Artículo 1058 del Código civil. En Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J., Valpuesta Fernández, R. (Dirs.), *Código civil Comentado*. Vol. II. 2.^a edición. Cizur Menor: Aranzadi, 1671-1676. COSTAS RODAL señala que, aunque los herederos puedan, una vez partido el caudal relicto, celebrar entre ellos cualesquiera negocios jurídicos, han de sujetarse a las cuotas fijadas en el testamento. Cfr. COSTAS RODAL, L. (2005). *La ineficacia de la partición de herencia*. Madrid: Dyckinson, 61.

⁷⁵ Esta forma de indivisión no puede, en ningún caso, imponerse a los herederos forzosos, por lo que suele preverse bajo la forma de una *cautela socini*. Véase Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1958 y 8 de marzo de 1989. Para MARTÍN BRICEÑO el testador puede supeditar la división no solamente a la vida de una persona, sino también a la muerte sucesiva de varias, con los límites del artículo 781 del Código civil para las sustituciones fideicomisarias. Véase MARTÍN BRICEÑO, M. R. (2011). Cuestiones jurídicas en torno a la herencia que debe permanecer indivisa. *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos*, núm. 28, 18.

⁷⁶ En el caso de la STS de 20 de octubre de 1992, habían convenido en documento privado mantener en estado de proindivisión la totalidad de la herencia por periodo de diez años, sucesivamente prorrogable.

⁷⁷ Entre otras, en la STS de 21 de diciembre de 2000, en la que se prohibía la división de una finca hasta que no se produjera «el fatal hecho de la muerte de su esposa». La validez de este tipo de cláusula había sido aceptada ya por la STS de 12 de diciembre de 1958, bajo sanción de privación de la mejora a quien reclamase la legítima. Para LACAL, esa voluntad de continuidad indefinida del patrimonio indiviso «presentaba evidentes ventajas de índole familiar y de carácter económico». Cfr. LACAL, P. (1931). La prohibición de dividir la herencia en nuestro Derecho positivo. *RCDI*, núm. 80, 577 y sigs.

⁷⁸ V. CORBAL FERNÁNDEZ, J. (2000). Comentarios a los artículos 1051 a 1055 del Código civil, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.) *Comentarios al Código civil*, Tomo V. Barcelona: Bosch. En el Derecho civil de Cataluña, el artículo 463-2. 4 CCat se refiere de forma expresa a la facultad judicial de apreciar una justa causa que deje sin efecto la prohibición de dividir.

⁷⁹ Posibilidad prevista en la ley 374, 2 del FNN, en el artículo 462, 4.º CCat y en el artículo 365, pfo. 3.º del CDFN, si bien los dos últimos preceptos la circunscriben a una justa causa «sobrevvenida».

⁸⁰ Véase Díez-PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Vol. II, *ob. cit.*, 776. La unanimidad de los coherederos para el pacto de indivisión se exige en cambio en el artículo 365 del Código de Derecho Foral de Aragón y en el artículo 463. 2.º del Código civil de Cataluña.

⁸¹ Sentencias de 3 de enero de 1962, 25 de febrero de 1966, 21 de mayo de 1966, 18 de febrero de 1967, 8 de febrero de 1996 y 12 de noviembre de 1996.

⁸² Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1966, con cita de la de 9 de marzo de 1951.

⁸³ Por aplicación, a falta de una regulación general de la nulidad de las particiones, de las normas sobre invalidez de los negocios jurídicos, en lo relativo a la ausencia o ilicitud de la causa (sentencias de 6 de noviembre de 1934 y 2 de noviembre de 1957) y en lo referente a existencia y validez de la partición conforme a los artículos 1300 a 1314 del Código civil (sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero y 15 de febrero de 1996).

⁸⁴ Diferente, tanto en sus requisitos como en sus efectos del acto individual de enajenación del derecho de cuota perteneciente a uno de los copartícipes (RDGRN de 16 de diciembre de 2014).

⁸⁵ El Proyecto de 1851, bajo la influencia del artículo 950 del *Avant-Projet* belga de Laurent de 1882, no exigía la unanimidad del acuerdo (art. 892). El Anteproyecto de 1882-1888 (art. 1075) no exigía expresamente unanimidad ni mayoría, disponiendo que, a falta de partición testamentaria, «[...] si los herederos fueren mayores de edad

no se observará forma determinada para su validez, sino que podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente». Véase PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1965). *Anteproyecto de Código civil Español (1882-1888)*. Vol. I. Madrid: Reus, 332-333.

⁸⁶ Véase ZUMAQUERO GIL, L. (2010). División de la comunidad para crear una nueva situación de condominio: comentario a la STS de 1 de abril de 2009 (*RJ* 2009, 4133). *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, número 25, 313-318.

⁸⁷ La RDGRN de 25 de febrero de 2016 debatió la posibilidad de la inscripción de una partición parcial consistente en la adjudicación de una finca privativa del causante a una sola de las coherederas con el consentimiento unánime de todos los demás herederos y del cónyuge viudo, pero sin la liquidación previa de la sociedad de gananciales, que, a juicio del registrador, era necesaria para completar el proceso particional. Con apoyo en el artículo 1079 del Código civil, se consideró que la liquidación no era necesaria para la determinación del caudal partible y, siendo un acto unánime, se entendió ajustado al artículo 1062 del Código civil.

⁸⁸ SAP de León, Secc. 2, de 19 de enero de 2017 (Rc. 394/2016).

⁸⁹ Véase RUBIO GARRIDO, T., *La partición de la herencia. ob. cit.*, 62.

⁹⁰ SSTs de 21 de noviembre 1987 19 de junio de 1988, 17 de febrero de 1992, de 10 de junio de 2004 y 18 de julio de 2012, entre otras.

⁹¹ Quedaría entonces interrumpido el tracto sucesivo de los bienes y derechos adjudicados, imposibilitando su ulterior acceso al Registro de la Propiedad o a otros organismos. Véase SAP de Granada de 23 de octubre de 2015, que declara admisible que se realicen las adjudicaciones correspondientes al derecho cada heredero siempre que se respeten y se reseñen en el cuaderno particional las transmisiones hereditarias producidas.

⁹² El artículo 782, 1.º de la LEC sobre solicitud de división judicial de patrimonios reconoce esta facultad a «cualquier coheredero o legatario de parte alicuota», pero solo si no hay persona designada o elegida especialmente para distribuir la herencia, como sucede con el comisario o contador-partidor.

⁹³ Véase ÁLVAREZ LATA, N. (2009). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2008. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 79, 333-350.

⁹⁴ Se discutía tanto la inadecuación de la acción como, consecuentemente, el procedimiento, dado que la acción de división de la herencia se ejercita en juicio declarativo y no por el procedimiento especial de división de herencia de los artículos 782 y sigs. LEC.

⁹⁵ Lo que fundamenta la aplicación del artículo 394 del Código civil y la conclusión, en el caso, de que la utilización de la finca por uno solo de los partícipes es ilegítima e impide la aplicación del artículo 398 del Código civil.

⁹⁶ Parte la sentencia de la diferenciación de las situaciones de comunidad, que se residencia, como hemos señalado, en la forma y contenido del disfrute posesorio de los copartícipes durante la indivisión.

⁹⁷ La solución no es nueva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aunque lo sea el criterio de asimilación de las situaciones. La STS de 27 de diciembre de 1957, sobre el precedente de la de 12 de febrero de 1904, en un supuesto de existencia de un único bien en la masa hereditaria, entendió que han de ser considerados condueños del mismo todos y cada uno de los herederos, aún antes de la partición.

⁹⁸ Véase, para el caso de que el bien único sea una empresa, FERNÁNDEZ GIMENO, J. P. *Problemas de la transmisión de la empresa familiar, ob. cit.*, 152.

⁹⁹ De la jurisprudencia extrae ÁLVAREZ LATA la necesidad de que concurren ciertos presupuestos para la viabilidad de la acción de división en caso de preexistente comunidad hereditaria. Véase ÁLVAREZ LATA, N. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2008, *ob. cit.*, 348-349.

¹⁰⁰ Algunas de ellas señaladas ya por la STS de 2 de mayo de 1964.

¹⁰¹ Como declara la STS de 28 de mayo de 2004, los comuneros carecen del derecho de copropiedad sobre la finca cuya división pretenden.

¹⁰² En el caso resuelto, habiéndose adjudicado los bienes de la herencia en común y *proindiviso* y siendo unos divisibles y otros no, se solicitaba por una de las herederas la división material de los primeros, conforme al artículo 406 del Código civil y que los segundos se sacasen a pública subasta.

¹⁰³ Se sostenía la afirmación de que ningún comunero o coheredero puede vender bien alguno mientras no se le adjudique en la partición, y, caso de hacerlo, la venta es nula por falta de poder de disposición.

¹⁰⁴ En el caso resuelto se hubiese acomodado mejor a la finalidad perseguida, al menos respecto del negocio, la sustitución de la comunidad hereditaria por una figura societaria. Todos los hermanos habían acordado en documento privado atribuirse el condominio ordinario por partes iguales e indivisas de todos los bienes hereditarios, pactando la indivisión durante diez años, sucesivamente prorrogable.

Observa DÍEZ-PICAZO que lo que se discute es solamente si al adjudicarse en condominio ordinario las séptimas partes de todos los bienes habían extinguido un prelegado ordenado a favor de dos de ellos, si bien, «es indudable que la resolución admite, de lleno y sin paliativos, la posibilidad de poner fin a la indivisión hereditaria mediante una transformación de la comunidad hereditaria en un condominio ordinario atribuyéndole los coherederos los concretos bienes de la herencia con expresión de las cuotas *proindiviso* a las mismas que pertenezcan a cada uno». Véase DÍEZ-PICAZO, L. El derecho de no permanecer en la indivisión, *ob. cit.*, 2.

¹⁰⁵ Lo que no se excluye en la comunidad ordinaria, ni es exclusivo del contrato de sociedad.

¹⁰⁶ En el caso resuelto las fincas eran indivisibles.

¹⁰⁷ La STS de 16 de septiembre de 2010 recuerda la doctrina de las SSAP de Tenerife (Sección 1.ª) de 19 y 26 de febrero de 2001, la de 13 de junio de la misma Audiencia (Sección 4.ª), y SSTS como la de 8 de mayo de 2008, que declararon que la posesión exclusiva de un coheredero le sitúa como precarista siendo viable la acción ejercitada, pero no comporta la inexistencia del derecho de poseer, sino un abuso del derecho V. SAP de Oviedo, secc. 6.ª, de 15 de marzo de 2019, esta vez al margen de la figura del desahucio.

¹⁰⁸ Se declara la viabilidad del desahucio por precario instado por los coherederos mayoritarios frente al minoritario, durante la indivisión. Véase SANZ ACOSTA, L. (2013). Posibilidad de desahucio por precario entre coherederos: análisis de la STS de 28 de febrero de 2013. *Actualidad Civil*, 6, 831.

¹⁰⁹ Entre las resoluciones más recientes se encuentran las de las SSAP de Cáceres (secc. 1) de 5 de junio de 2017, SAP de León (Secc. 1) de 22 de febrero de 2017, SAP de Valencia (secc. 6) de 3 de febrero de 2017, SAP de Toledo (secc. 1) de 26 de enero de 2017, SAP de León (secc. 6) de 19 de enero de 2017, SAP de Vigo (secc. 6) de 12 de diciembre de 2016, SAP de Guadalajara (secc. 1) de 22 de noviembre de 2016, SAP de Valencia de 23 de marzo de 2016, SAP de Cáceres de 22 de febrero de 2016, SAP de Madrid de 20 de abril de 2017, SAP de Cáceres de 5 de junio de 2017, SAP de Madrid, secc. 13, de 10 de diciembre de 2018, SAP de Madrid, secc. 10, de 25 de enero de 2019, etc. La doctrina es coincidente en todas las decisiones.

¹¹⁰ Por otra parte, mientras no conste que la comunidad hereditaria ha sido disuelta, la regla aplicable a la decisión de desalojo, es la de la actuación mayoritaria (art. 398 CC). (STS de 10 abril 2003).

¹¹¹ En la STS de 27 de febrero de 2014, entre otras.

¹¹² El beneficio o interés de la comunidad se obtiene de la recuperación posesoria del bien para el conjunto de los coherederos, sin que sea preciso acreditar un destino o uso para el mismo que reporte a la comunidad un beneficio concreto. V. GONZÁLEZ VAL-VERDE, A. (2015). La viabilidad del desahucio por precario entre coherederos. *ob. cit.*, 48.

¹¹³ Véase SSAP de Madrid (secc. 11) 5 de junio de 2012 y 20 de abril de 2017.

¹¹⁴ DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2016). Artículo 14 de la Ley Hipotecaria. En Domínguez Luelmo (Dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, 2.ª ed. Cizur Menor: Aranzadi,

300 y 309. Sin perjuicio de los documentos adicionales aplicables en cada Estado, el autor considera que el certificado sucesorio europeo tiene carácter de documento auténtico, derivado del artículo 3. 2. del Reglamento UE 650/2012. Véase también para el análisis del precepto REQUEIXO SOUTO, M. (2016). El nuevo artículo 14, ap. 1.º de la Ley Hipotecaria tras las reformas de 2015. *Revista de Derecho Civil*. Vol. III, núm. 2, 107 y sigs. Para el concepto de autenticidad y los actos auténticos en el RCSE, V. WAUTELET, P. Article 3. En BONOMI, A et WAUTELET, P. (2013). *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement núm. 650/2012 du 4 juillet 2012*. Bruxelles: Bruylant, 152-156.

¹¹⁵ Véase CANDAU PÉREZ, A. (2014). Sucesión por causa de muerte y Registro de la Propiedad. En Lledó Yagüe, F., Ferrer Vanrell, M. P y. Torres Lana; J. A (dirs.), Monje Balsameda, O (coord.). *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*. Madrid: Dykinson, 185. El autor coincide con CHICO y ORTÍZ en que, disponiendo de la documentación necesaria, los acreedores preferirán anotar el embargo sobre los bienes inscritos a nombre del causante, en la parte que corresponda al derecho hereditario del deudor, sin necesidad de que se halla anotado este derecho.

¹¹⁶ Lo que, a juicio de GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, confirma que «no puede existir una división parcial con una extinción parcial, sino que, tras la división, se extingue totalmente la comunidad, y puede crearse una nueva y diferente, pero no subsiste reducida la anterior». V. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. La extinción parcial de la comunidad de bienes, *ob. cit.*, 3541 y sigs. La RDGRN de 9 de diciembre de 2011 parece seguir, en parte, un criterio distinto.

¹¹⁷ GETE-ALONSO Y CALERA, M. C. Extinción de la comunidad ordinaria. La división, *ob. cit.*, 85.

*(Trabajo recibido el 1-7-2019 y aceptado
para su publicación el 7-11-2019)*

Contratos automatizados, Cadenas de Bloques y Registros de la Propiedad

Automated Contracts, Blockchain and Real Estate Registries

por

FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ

*Registrador de la propiedad, mercantil y de bienes muebles
y Profesor Asociado de la Universidad de Barcelona*

LUIS A. GALLEGO FERNÁNDEZ

*Registrador de la propiedad, mercantil y de bienes muebles
e Ingeniero de Telecomunicaciones.*

RESUMEN: La tecnología de la cadena de bloques no es una nueva tecnología sino la utilización de algunas tecnologías criptográficas existentes, combinadas de acuerdo con la teoría de juegos, a fin de alinear los diferentes intereses en juego sin intervención de una autoridad central, pero sin conseguirlo. En caso de conflicto, la regla del consenso genera indefensión.

No es, por ello, una tecnología autosuficiente. Los contratos automatizados solo son autoejecutables en supuestos simples, pero, en la medida en que avanza la complejidad, requieren el constante recurso a terceros.

Los contratos y las titularidades inmobiliarias son complejos, a diferencia de los derechos simples de crédito.

Los Registros son el instrumento de intervención del Estado en el sistema transaccional inmobiliario para evitar conflictos, dotando de seguridad y agilidad a las transacciones inmobiliarias.

La cadena de bloques puede ser un instrumento auxiliar útil al servicio de la fortaleza institucional del Registro de la Propiedad.

ABSTRACT: *The blockchain technology is not a new technology, but the use of existing cryptographic technologies, combined with the games theory, in order to line up different interests in place without intervention of any central authority, but it does not get it.*

In case of a conflict, the consensus rule generates defenselessness. This is why blockchain is not a self-sufficient technology. Automated contracts only are self-feasible in simple cases, but when complexity arises, they go to thirds.

Real estate contracts and entitlements are complex, unlike contracts and entitlements to obtain the payment of a simple credit. Registries are the intervention tool of state in the real estate transactional system. In order to avoid conflicts, providing security and agility to real estate transactions.

Blockchain can be a useful tool at the service of institutional strength of the Real Estate Registry.

PALABRAS CLAVE: Cadena de bloques. Contratos automatizados. Lenguaje máquina. Registro de la Propiedad. Inteligencia artificial. Debilidad institucional. Regla de consenso. Indefensión. Fe pública registral. Tokenización. Titularidades *in rem*.

KEY WORDS: *Blockchain. Automated contracts. Machine language. Property Registry. Artificial intelligence. Institutional weakness. Consensus rule. Defenselessness. Registral public faith. Tokenization. In rem entitlements.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS PRINCIPALES OPORTUNIDADES Y DESAFÍOS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD INMUEBLE: 2.1. INTRODUCCIÓN. 2.2. ESCENARIO ACTUAL DE LA TECNOLOGÍA DE LA CADENA DE BLOQUES APLICADA A LOS REGISTROS INMOBILIARIOS.—III. EVOLUCIÓN PREVISIBLE DE DICHO ESCENARIO EN EL FUTURO PRÓXIMO. REFERENCIA A ALGUNOS DE LOS PRINCIPALES INTERROGANTES: 3.1. IDENTIDAD Y CAPACIDAD DE LAS PARTES. 3.2. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE FORMA CONTRACTUAL. LA CADENA DE BLOQUES COMO LA ÚNICA VÍA. 3.3. IMPOSIBILIDAD DE CREACIÓN DE NUEVAS FIGURAS DE *IURA IN REM* POR VÍA TRANSACCIONAL. 3.4. ALGUNOS DE LOS PROBLEMAS PLANTEADOS POR LA *TOKENIZACIÓN* DE LOS ACTIVOS INMOBILIARIOS.—IV. ESPECIAL REFERENCIA A LOS *CONTRATOS AUTOMATIZADOS* —*SMART CONTRACTS*—. PROBLEMAS RELACIONADOS CON LOS MISMOS: 4.1. DICHS CONTRATOS HAN DE SER PÚBLICOS. 4.2. ALCANCE REAL DE LA AUTOEJECUTABILIDAD. LA NECESIDAD DE RECURRIR A ORÁCULOS: 4.2.1. *Los contratos automatizados son programas in-*

formáticos redactados en el lenguaje propio de la programación, el denominado lenguaje máquina, distinto del lenguaje humano: 4.2.1.1. El problema de la comprensibilidad cuando el acuerdo solo se elabora en lenguaje máquina sin «transcripción» en lenguaje humano. 4.2.1.2. El lenguaje de programación obedece a una lógica *booleana* por lo que los contratos automatizados no admiten cláusulas que necesiten de interpretación para ser verificadas. 4.2.1.3. No todas las proposiciones son computables y trasladables a un algoritmo porque los sistemas axiomáticos y algoritmos son intrínsecamente limitados. 4.2.1.4. Los problemas que plantean las relaciones entre los contratos automatizados y los oráculos. 4.2.1.5. Los problemas que plantea la conservación de estos contratos a largo plazo. 4.2.2. *El conflicto o dilema entre autoejecutabilidad y complejidad contractuales:* 4.2.2.1. Referencia al ámbito inmobiliario. 4.2.2.2. Referencia al estado actual del desarrollo de la Inteligencia Artificial —IA—. 4.2.2.3. La existencia de una correlación negativa entre el valor de los derechos y la complejidad de las transacciones. 4.2.3. *Cuando los contratos no son autoejecutables es necesaria la intervención de un tercero:* 4.2.3.1. Los incidentes DAO —*Decentralized Autonomous Organization*. 4.2.3.2. El *Bitcoin Cash*. 4.2.4. *La necesidad de determinar la legislación aplicable y la conveniencia de homogeneizar su regulación.*—V. LA DEBILIDAD DEL DISEÑO INSTITUCIONAL DE LA TECNOLOGÍA DE LA CADENA DE BLOQUES: LOS INCENTIVOS DE LOS DIFERENTES ACTORES DE LA RED NO ESTÁN ALINEADOS: 5.1. INTRODUCCIÓN. 5.2. LOS INCENTIVOS DE LOS MINEROS. 5.3. LA EXISTENCIA DE INTERESES CONTRAPUESTOS ENTRE LOS DIFERENTES PARTICIPANTES. 5.4. NO HAY NINGUNA AUTORIDAD COMPETENTE PARA TOMAR DECISIONES NI RESPONSABLE DE LOS DAÑOS CAUSADOS.—VI. LA TECNOLOGÍA DE LA CADENA DE BLOQUES NO ES UN SISTEMA AUTOMÁTICO —Y, POR TANTO, AUTOSUFICIENTE— DE TRANSMISIÓN DE TITULARIDADES *IN REM*: 6.1. DISTINCIÓN ENTRE SISTEMAS AUTOMÁTICOS Y SISTEMAS AUTOMATIZADOS. 6.2. LA CADENA DE BLOQUES NO ES AUTOSUFICIENTE SINO QUE SUSTITUYE UNOS OPERADORES POR OTROS.—VII. LLEGADOS A ESTE PUNTO, DEBEMOS PLANTEARNOS SI EL CONJUNTO FORMADO POR LOS CONTRATOS AUTOMATIZADOS Y LA TECNOLOGÍA DE LA CADENA DE BLOQUES PUEDEN DESEMPEÑAR LAS FUNCIONES DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD INMUEBLE: 7.1. PREMISAS BÁSICAS. TITULARIDADES *IN PERSONAM*, TITULARIDADES *IN REM* Y FE PÚBLICA REGISTRAL. 7.2. ¿PUEDE EL CONJUNTO FORMADO POR LOS CONTRATOS AUTOMATIZADOS Y LA CADENA DE BLOQUES PRODUCIR UN EFECTO SIMILAR A LA FE PÚBLICA REGISTRAL, ESTO ES, SIMILAR A LOS EFECTOS QUE PRODUCEN EL PARÁGRAFO 892 DEL CÓDIGO CIVIL ALEMÁN —BGB— O EL ARTÍCULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA ESPAÑOLA? 7.3. ¿PUEDE LA DENOMINADA REGLA DEL CONSENSO DE LA TECNOLOGÍA DE LOS BLOQUES ENCADENADOS ELIMINAR LA NECESIDAD DE SUPERVISIÓN

LEGAL POR PARTE DEL REGISTRADOR?: 7.3.1. *Consenso y cadena de bloques*: 7.3.1.1. El significado del término *consenso* en el ecosistema de la cadena de bloques. 7.3.1.2. El alcance del consenso en el sistema transmisivo de la cadena de bloques. 7.3.2. *El presunto consenso en el caso de doble venta y la solución fork choice*. 7.3.3. *La regla fork choice no significa consenso sino indefensión*. 7.4. LA CUESTIÓN DE SI LA *TOKENIZACIÓN* CONLLEVA UN CAMBIO EN LA LEY DE CIRCULACIÓN DE LOS BIENES INMUEBLES.—VIII. LA PREFERENCIA POR LA CONFIANZA EN TERCEROS PARA PROTEGER LA INTEGRIDAD JURÍDICA DE NUESTROS DERECHOS.—IX. CONTRATOS AUTOMATIZADOS, CADENA DE BLOQUES Y REGISTROS DE DOCUMENTOS.—X. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El *World Economic Forum* ha calificado la tecnología de la cadena de bloques — *blockchain*— como *megatendencia*¹, lo que es una afirmación generalmente aceptada.

En esta misma línea, la resolución del Parlamento Europeo de 3 de octubre de 2018 sobre tecnologías del libro distribuido y *blockchain-building trust with disintermediation* (2017/2772(RSP)) (48):

«...requiere a la Comisión para que explore la mejora de los servicios públicos tradicionales, incluidos entre otros la digitalización y descentralización de los registros públicos, registro de la propiedad, concesión de licencias, de certificados para los ciudadanos (p.ej.: certificados de nacimiento o de matrimonio) y gestión de la migración, en particular mediante el desarrollo de usos concretos —casos piloto—; requiere también a la Comisión para que explore aplicaciones de las TLD² que mejoren procesos relacionados con la privacidad y confidencialidad del intercambio de datos, así como el acceso a los servicios del gobierno electrónico usando una identidad digital descentralizada».

Siguiendo esta misma corriente, algunos autores creen que la cadena de bloques es una revolución comparable a la aparición y desarrollo de los ordenadores personales o al desarrollo y popularización de Internet³.

Sin embargo, no todas las opiniones son tan entusiastas. ROUBINI, por ejemplo, afirma⁴:

«La cadena de bloques ha sido anunciada como una panacea potencial para todas las cosas, desde la pobreza y el hambre hasta el cáncer. De hecho, es la tecnología más hiperpublicada —y menos útil— de la historia de la humanidad».

Otros autores la consideran como una vía hacia la anarquía⁵ y otros, en fin, como una vía hacia el autoritarismo⁶. Aunque la cadena de bloques surge en un entorno libertario⁷, como un instrumento para liberarse de los fallos y de los abusos de los estados y, en general, de los sistemas centralizados y jerarquizados, sin embargo, puede acabar siendo el mayor instrumento de conocimiento y de control de la actividad de los individuos del que jamás hayan dispuestos los estados⁸.

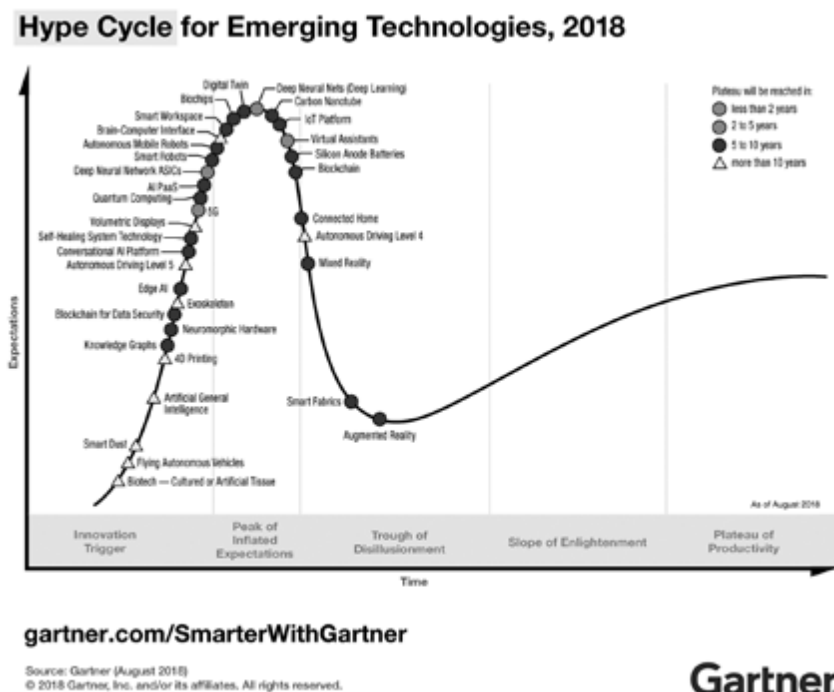
En todo caso, en los pasados años, esta tecnología ha despertado unas expectativas claramente sobredimensionadas, pero, sin embargo, no ha logrado cumplir las promesas realizadas por sus creadores y defensores. Por ello, su validez y aplicabilidad práctica sigue siendo cuestionada en muchos sectores.

En la actualidad, no obstante, parece que las aguas comienzan a bajar más tranquilas en esta materia. Así, mientras que a lo largo de los años 2016 y 2017 los anuncios de proyectos que giraban en torno a la tecnología de la cadena de bloques eran constantes, tanto por parte de empresas como de administraciones o entidades supranacionales, la realidad es que, pocos de esos proyectos han llegado finalmente a implementarse con éxito y aún menos han llegado a suponer una verdadera *revolución* respecto de la situación previa.

Como consecuencia de ello, durante 2018, una de cada cinco compañías que operaban en el sector de la cadena de bloques y de las criptomonedas han desaparecido⁹ y, por otro lado, el número de menciones de la tecnología de la cadena de bloques en los informes de resultados financieros de las principales empresas se ha reducido drásticamente ya que, mientras que en el primer y segundo trimestre del 2017 las empresas del índice S&P 500 llegaron a citar dicha tecnología hasta en ciento setenta y tres ocasiones, en el último trimestre del pasado año este número no ha superado las treinta y cinco¹⁰ menciones.

Muchas son las razones que explican esta evolución. Algunas de ellas están directamente relacionadas con el sector en el que esta tecnología nació y en el que tiene una mayor implantación —las criptodivisas— como son, por ejemplo, la alta volatilidad de las mismas¹¹, su abandono por los inversores¹², el anonimato que las caracteriza —lo que permite que sean el refugio ideal para negocios fraudulentos y el blanqueo de capitales—, así como, también, los fracasos y estafas que se han producido en numerosas ofertas de inversión para la creación de nuevas monedas —ICO's— y que han motivado su prohibición en algunos países^{13, 14} e, incluso, China ha planteado la posibilidad de prohibir totalmente el minado de criptodivisas en su territorio¹⁵ —en el cual se concentra el 71% de los grandes centros de minado—. Todo ello ha tenido un efecto directo y negativo en muchas iniciativas.

Otra de las causas es la *normalización* de las expectativas iniciales que despertó la cadena de bloques. El ciclo de adopción de una tecnología emergente suele seguir una curva típica a lo largo del tiempo, la cual es actualizada periódicamente por algunas entidades especializadas, como la consultora Gartner con su *Gartner Hype Cycle for Emerging Technologies*, que puede verse en el gráfico siguiente¹⁶ y que refleja la situación de diversas tecnologías en el pasado 2018:



Puede observarse cómo tras una primera etapa de importante y rápido crecimiento en las expectativas creadas por una nueva tecnología, aquellas suelen experimentar un drástico descenso —según la curva anterior, la tecnología de la cadena de bloques se encontraría en esta fase— para pasar a una última fase de estabilización, pero ya a un nivel inferior al máximo que se había alcanzado inicialmente.

Todo lo anterior no quiere decir que la cadena de bloques esté muerta, sino que pasará con ella lo que ha ocurrido en muchos otros casos y, de esta forma, de ser considerada como la panacea universal, a la que se refería

ROUBINI, y que además otorgaba un halo de modernidad a todo aquel que la utilizase, progresivamente irá bajando al nivel del resto de tecnologías y tendrá, con sus virtudes y defectos, que competir con ellas. Habrá materias, supuestos o problemas a los que la cadena de bloques se adapte mejor y otros a los que no.

En esta materia, como en tantas otras, conviene apartarse de los fundamentalismos. Los precedentes históricos demuestran que, aunque los avances tecnológicos han sido fundamentales para el progreso humano y han dado solución a muchos problemas, ninguno de dichos avances ha logrado solucionarlos todos, sino que, al contrario, han planteado otros nuevos y así ha ocurrido, por ejemplo, con la energía nuclear, los medios de transporte, la manipulación genética, la inteligencia artificial, etc.

Por ello, deben abandonarse posiciones inamovibles y analizar si la aplicación de una determinada tecnología a un problema concreto mejora apreciablemente la situación anterior frente a otras tecnologías también aplicables, o si, por el contrario, la empeoran.

La cadena de bloques se presenta como una tecnología autosuficiente, confiable por ser pública e inmodificable, que pretende sustituir no solamente a otras tecnologías sino a instituciones surgidas precisamente para generar confianza en las transacciones impersonales y, en última instancia, a los propios estados. Sin embargo, a pesar del tiempo transcurrido desde su lanzamiento — en 2008 por el probable pseudónimo Satoshi NAKAMOTO— la brecha existente entre las expectativas generadas por sus heraldos y la realidad apenas se ha reducido.

Uno de los nudos gordianos que dificultan el desarrollo de la cadena de bloques consiste en que, si es una tecnología autosuficiente que, además, permite ocultar la verdadera identidad de las partes implicadas, puede utilizarse como instrumento para vulnerar la ley y evitar así la exigencia de responsabilidades legales.

Por ello, como sostienen algunos autores, para que la cadena de bloques pueda desarrollar su potencial —sea cual sea su alcance real— y evitar fallos que pueden resultar catastróficos, los sistemas basados en ella necesitan integrarse en las instituciones legales¹⁷. Cuál acabe siendo el resultado de esa interacción recíproca será distinto en cada caso.

Estamos de acuerdo con *The European Union Blockchain Observatory and Forum*¹⁸ cuando afirma que todas las nuevas tecnologías significativas, en la medida en la que han resultado ser catalizadoras de un cambio social, en algún momento han entrado en conflicto con la infraestructura legal y regulatoria existente, pero que la ley tiene una gran experiencia de adaptación al cambio y, al mismo tiempo, la historia muestra que la tecnología también está dispuesta a adaptarse a la ley donde esta refleja los valores y el consenso de la sociedad.

Puede que, en determinados casos, la cadena de bloques acabe sustituyendo a operaciones o instituciones actualmente vigentes, mientras que, en otros, propicie modificaciones o sea un eficaz instrumento de *enforcement* y, en otros, en fin, carezca de utilidad.

Partiendo de esta perspectiva y aunque la cadena de bloques ha sido calificada como una tecnología de usos infinitos¹⁹, centraremos nuestra atención en las interacciones potenciales entre esta tecnología y los Registros de la Propiedad. Para que tales interacciones puedan resultar fructíferas son necesarios los denominados contratos inteligentes —*smart contracts*—. Nos parece más apropiado denominarlos *contratos autoejecutables* o, mejor aún, *automatizados*, pues, para su ejecución, requieren, en la mayor parte de los casos, al menos en los relacionados con el ámbito inmobiliario, recurrir a los denominados *oráculos*, como veremos en su momento. Esta es la razón del título elegido para este artículo: «*Contratos automatizados, Cadenas de Bloques y Registros de la Propiedad*».

Es importante subrayar que la cadena de bloques no es una nueva tecnología sino una combinación de diferentes tecnologías conocidas desde hace tiempo, tales como redes persona a persona —*peer-to-peer*—, criptografía asimétrica, mecanismos descentralizados de consenso, etc.²⁰. Pero lo más característico de la cadena de bloques es la filosofía en la que se basa y la combinación que realiza de dichas tecnologías para conseguir los objetivos perseguidos.

La cadena de bloques pretende hacer realidad lo que MAY definió en 1988 como *criptoanarquía*. El desarrollo de Internet y los avances en la criptografía de clave pública y privada permitirían a los individuos liberarse del Estado así como de cualquier autoridad central y contratar electrónicamente entre ellos directamente, sin necesidad de terceros de confianza, sin conocer su verdadero nombre ni su identidad legal. Para ello habría que desarrollar, entre otros instrumentos, protocolos criptográficos que evitasen el engaño²¹. Ello convertiría a la cadena de bloques en una base de datos que, a diferencia de las anteriores, no estaría gestionada por ninguna autoridad central, sino, colectivamente, por una red de ordenadores entre pares, usualmente denominados *nodos*.

*Bitcoin*²² aparece en 2008 precisamente como reacción frente a la política monetaria seguida por los gobiernos y los bancos centrales en relación con la crisis financiera que se inició a finales de 2007 en los Estados Unidos al explotar la burbuja de las denominadas hipotecas *subprime*. Se trataba de crear una criptomoneda que funcionara al margen de gobiernos y bancos centrales. Para ello, Satoshi NAKAMOTO²³ recurrió a la tecnología de la cadena de bloques. Es necesario, por ello, distinguir las criptomonedas —que son digitales— del dinero digital, que es producido y está regulado por una autoridad central —el Banco Central Europeo, en el caso del euro—, y, por

ello mismo, es dinero de curso legal, es decir, con poder liberatorio —confer.: artículo 1170 del Código civil—, algo que no sucede con las criptomonedas salvo acuerdo entre las partes²⁴.

Esta tecnología nació inicialmente para transmitir *bitcoins*, una moneda virtual que, como tal, es una unidad de medida del valor económico de las cosas, que solo existe en la red de la cadena de bloques —*on-chain*—, y no necesita tener existencia física, sino, tan solo, estar representada por signos, normalmente numéricos. Posteriormente, la plataforma *Ethereum* la ha aplicado al intercambio de criptomonedas por cosas²⁵, las cuales tienen existencia física fuera de la cadena —*off-chain*— por lo que deben ser previamente digitalizadas para que puedan formar parte del tráfico dentro de la cadena. Conseguir que dichos activos físicos consten descritos con exactitud dentro de la cadena —es decir, la coordinación *off-chain-on-chain*— presenta un alto grado de complejidad y, normalmente, la necesidad de recurrir a terceros —oráculos—.

Este intercambio de criptomoneda por cosa requiere también el recurso a los denominados contratos automatizados o *smart contracts* que, como tales, se postulan como autosuficientes, una afirmación que, como veremos, es excesivamente pretenciosa, especialmente en el ámbito inmobiliario, requiriendo también para su ejecución el recurso a oráculos.

Tanto las *criptomonedas* como los activos físicos necesitan ser representados digitalmente para que la cadena de bloques pueda operar. A esta representación digital se le suele denominar *token*. Salvo advertencia en contrario, reservaremos esta expresión para referirnos a los símbolos digitales que remiten a la identificación de los activos con existencia física, que suelen denominarse *asset tokens*, v.gr.: inmuebles. Este tipo de *tokens* genera, entre otros efectos, un peculiar problema de interacción entre los mundos *on-chain* y *off-chain* al que nos referiremos posteriormente.

II. LAS PRINCIPALES OPORTUNIDADES Y DESAFÍOS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD INMUEBLE

2.1. INTRODUCCIÓN

Las nuevas tecnologías han generado y siguen generando a velocidad creciente una gran cantidad de datos de todo tipo, con potencial suficiente para obtener información, fenómeno conocido como macrodatos o *Big Data*. Este gran volumen de datos no es posible analizarlo por los procedimientos tradicionales, lo que, a su vez, ha generado nuevas tecnologías de

análisis de datos que permiten encontrar, entre otras cosas, patrones repetitivos en las conductas humanas. Se observa que si se produce A, entonces, a menudo, también se produce B. Ello permite generar algoritmos, es decir, conjuntos de instrucciones o reglas para resolver los problemas que nos interesen. Además, también permite desarrollar y aprovechar cada vez más la denominada inteligencia artificial, la cual puede sustituir a la humana en un número creciente de actividades.

Según KAY J.²⁶, los activos físicos de las naciones son principalmente casas. La propiedad residencial representa alrededor del 60% del valor del *stock* de capital del Reino Unido y Francia, el 50% del de Alemania y el 40% de los activos físicos de Estados Unidos. El resto está formado, aproximadamente en las mismas proporciones, por propiedad comercial, infraestructura y activos comerciales. Todos esos activos aparecen en los Registros de la Propiedad, los cuales, además, indican quiénes son sus propietarios y el estado de cargas, en el caso de los registros de derechos.

Además, según el mismo autor, la financiación de la compra de propiedad residencial es el elemento principal del mecanismo de asignación de capital de una economía moderna. A ello hay que añadir que, actualmente, la mayoría de las casas son propiedad de quienes viven en ellas. Las personas que compran una vivienda por primera vez suelen solicitar una hipoteca por un porcentaje sustancial, normalmente entre el 60 y el 100% del valor de la propiedad. Estas hipotecas también constan en los Registros de la Propiedad. Y no solo eso, también las limitaciones dispositivas de origen negocial, judicial o administrativo admisibles en diversos países.

Todo ello da una idea del enorme valor de los Registros de la Propiedad como *bases de datos* y las posibilidades de conocimiento que abre su tratamiento digital.

En plena revolución digital, desde la perspectiva de los *macrodatos*, los Registros de la Propiedad son bases de datos muy valiosas, por lo que es inevitable que grandes compañías multinacionales no solamente quieran poder acceder a ellas, incluso gratuitamente, sino apoderarse de las mismas, gestionarlas y obtener el mayor rendimiento privado de ellas.

Los Registros de la Propiedad son, ciertamente, bases de datos, pero no son solo ni principalmente bases de datos a las que aplicar algoritmos ni están diseñados para serlo. Su función y su finalidad específicas son distintas al hecho de ser una base de datos en el sentido indicado y, en nuestra opinión, dicha función y finalidad no deben subordinarse a su posible utilidad como bases de datos útiles para otras funciones u otros fines distintos de los específicamente registrales.

Partiendo de estos presupuestos, vamos a hacer referencia a algunas de las oportunidades y algunos de los desafíos que los contratos automatizados,

así como la tecnología de la cadena de bloques, presentan para los Registros de la Propiedad tal y como los conocemos.

Al analizar esta cuestión hay que partir de la base de que entre los economistas es un lugar común considerar que es deseable alcanzar el mayor grado posible de automatización en cualquier actividad económica porque favorece un incremento de productividad.

Y, dentro del ámbito institucional y, concretamente, del referido al ámbito de los derechos de propiedad sobre bienes inmuebles, parece existir la creencia de que los Registros de la Propiedad inmueble son instituciones automatizables —y, por tanto, sustituibles por procedimientos tecnológicos— con especial facilidad y, en consecuencia, son un campo especialmente idóneo para aplicar la tecnología de la cadena de bloques²⁷.

Todo ello hace surgir la cuestión de a qué se debe esa creencia. En nuestra opinión, la razón radica en que los no expertos en Derecho —y, lamentablemente, en ocasiones, también algunos profesionales del Derecho— suelen creer que los Registros de la Propiedad son simples buzones y, por lo tanto, los Registros de la Propiedad electrónicos simples buzones electrónicos.

A esta visión contribuye la concepción, no siempre explicitada, de que los Registros de la Propiedad se limitan a publicar procesos transmisivos consumados extrarregistralmente sin que, por lo tanto, formen parte del proceso transmissivo. La única función del Registro de la Propiedad consistiría, entonces, en «gestionar» la publicación de esos datos lo más rápida y fielmente posible.

Esta visión y esta concepción, convierten, así, a los Registros de la Propiedad inmueble en especialmente aptos para ser automatizados.

Ello tiene consecuencias negativas en todos los órdenes, mereciendo la pena resaltar, a los efectos de este artículo, la de generar unas expectativas difícilmente realizables sobre el alcance de la tecnología de los bloques en cadena en relación a estos Registros, además de dificultar una adecuada inteligencia sobre la función de los mismos, obstaculizando, de este modo, un enfoque adecuado sobre las posibilidades y alcance de dicha tecnología en relación a los Registros de la Propiedad inmueble.

Por esta razón es necesario dejar claro que los Registros de la Propiedad no son principalmente bases de datos ni buzones electrónicos, no siendo ninguna de ellas su principal característica, es decir, la característica que los define como tales. En efecto, los Registros de la Propiedad inmueble son:

1. En primer lugar, sistemas públicos —en el sentido de que forman parte del poder público— para la producción de un tipo singular de «datos», especialmente en el caso de los Registros de derechos, unos datos que solo el Estado puede producir: las denominadas titularidades *in rem*, y, por tanto, con efectos *erga omnes*, especialmente en el caso de los Registros de derechos.

La inscripción en un registro de derechos es un acto de soberanía —*Hoheitsakt* lo denomina la doctrina alemana²⁸—. Por ello, como afirma DE OTTO con referencia al sistema español —afirmación extensible a cualquier sistema registral de derechos— la inscripción contiene una declaración del poder público sobre la existencia de derechos, es decir, sobre la identidad del propietario, así como sobre la extensión de su derecho²⁹.

Para conseguirlas, los Registros de la Propiedad se convierten, inevitablemente, en pieza esencial del sistema de transmisión de los derechos de propiedad sobre bienes inmuebles. Para ello, los Registros de la Propiedad, especialmente los registros de derechos, usan sofisticadas tecnologías, tanto legales como institucionales.

2. En segundo lugar, son sistemas públicos —en el sentido de que su contenido puede ser consultado— para permitir y administrar el conocimiento de su contenido a todas aquellas personas que se hallen legitimadas para conocerlo y en la medida en que la ley lo permita en cada caso.

3. Ello significa que los Registros de la Propiedad inmueble desempeñan el papel de una especie de *guardabarreras*³⁰, es decir, el papel de verificar si los procedimientos de transmisión se adecúan a la ley; el papel de *guardián o custodio* de los asientos registrales, que prueban la titularidad y cargas; el papel de *suministrar protección* a las titularidades tanto de derechos de propiedad como de las cargas recayentes sobre los inmuebles; y el papel de *indemnizar* en caso de error.

Sin estas características, los sistemas registrales no desempeñarían la función de proveedores de *inputs* prácticamente incuestionables en la práctica judicial y, en consecuencia, transaccional que desempeñan.

De este modo, los Registros de la Propiedad, ahorran costes de información y de transacción a los agentes económicos y contribuyen al funcionamiento eficiente de los mercados, haciendo que las titularidades sean seguras y, al propio tiempo, fácilmente transmisibles³¹.

2.2. ESCENARIO ACTUAL DE LA TECNOLOGÍA DE LA CADENA DE BLOQUES APLICADA A LOS REGISTROS INMOBILIARIOS

Nos parece conveniente poner de manifiesto, pese a la intensa publicidad promovida por la industria de esta tecnología, así como por determinadas agencias registrales nacionales, que, a día de hoy, no hay ningún país que haya implantado un *Land Registry Blockchain*, esto es, un sistema de cadena de bloques que desempeñe las funciones que hoy desempeñan los sistemas registrales.

Así, en Georgia, por ejemplo, la tecnología de los bloques encadenados se utiliza solo para archivar los documentos y para tener copias de seguridad de los asientos. En este caso, y en otros similares, como el sueco al que nos referiremos a continuación, se habla, sin embargo, de *Land Registry Blockchain*, induciendo a confusión.

Por ello, es necesario destacar el rigor con el que se pronuncia el informe sobre el proyecto piloto llevado a cabo en el condado de Cook, que comprende la ciudad de Chicago, el cual concluye que la tecnología *blockchain* podría ser utilizada para la contratación privada y la presentación en el Registro solo si se conserva el marco legal existente, según el cual «*el registro oficial del condado es el único registro oficial*»³², lo que está lejos de las pretensiones de quienes proponen soluciones persona-a-persona sin intervención alguna de terceros independientes. Conviene subrayar que el Cook County cuenta con un registro de documentos.

Suecia ofrece un caso significativo. El proyecto de *Land Registry Blockchain* afecta exclusivamente a la fase de contratación o *conveyancing*, pero no a la del Registro. El *Lantmäteriet* conserva integra sus facultades para decidir qué accede al Registro y qué no. En el proyecto han participado tanto el Registro sueco como entidades privadas: *ChromaWay*, que aportaba el conocimiento y la tecnología *blockchain*, la consultora *Kairos Future*, *Telia* como prestadora de servicios de comunicación e identificación digital y, también, dos bancos: *Landshypotek* y *SBAB* para todo lo relacionado con la tramitación y concesión de hipotecas.

En la descripción funcional del proyecto³³ se señalaba que este pretendía abarcar todo el ciclo de vida en la transmisión y constitución de derechos sobre inmuebles, salvo por lo que respecta a los procedimientos ejecutivos que, al menos inicialmente, seguirían funcionando en la forma tradicional. La operativa del Registro, como se ha dicho, tampoco se veía alterada más que por la inclusión de la nueva tecnología.

De esta forma, en el supuesto, por ejemplo, de la compraventa de inmuebles se contemplaban todos los procedimientos y documentos del ciclo de vida del contrato: desde que el titular decide vender su inmueble hasta que esta venta se produce y, en su caso, se constituye una hipoteca para financiar la adquisición por el comprador. El sistema soportaría, por tanto, las relaciones entre vendedor e inmobiliaria, entre esta y los posibles compradores, en su caso los precontratos de compra, la compraventa final, el depósito de este título en el Registro, así como el de hipoteca, etc.

Todos los documentos que se generaban en estos procedimientos eran electrónicos, pero, no obstante, lo que se almacenaba en la cadena de bloques que el proyecto implementaba, no eran los propios documentos sino los *hashes* o huellas electrónicas que se calculaban para cada uno de ellos³⁴. De este modo se decía que siempre se podía comprobar y acreditar que una copia

de un documento se correspondía con el original que se hubiera generado, firmado y depositado en el Registro, mediante la simple comprobación de la coincidencia de los *hashes* de ambos.

Sin embargo, no parece que esta forma de operar suponga ventajas importantes frente a otras opciones tecnológicas que ya están, y llevan muchos años, en funcionamiento. En este sentido, puede tenerse en cuenta el caso español, en el que desde hace más de quince años la totalidad del procedimiento registral se puede tramitar de forma electrónica y telemática³⁵ y, así, es posible recibir telemáticamente por líneas de comunicación seguras y dedicadas, en cualquier Registro de la Propiedad, Mercantil o de Bienes Muebles, todo tipo de documentos electrónicos notariales, judiciales, administrativos o privados firmados electrónicamente y también se pueden remitir por la misma vía la notificación de la práctica de los correspondientes asientos de presentación, notas de calificación, notas de despacho, notas simples, certificaciones, minutas, etc., todo ello con sellado temporal electrónico conforme a la señal horaria oficial y con la firma electrónica del registrador o el sello electrónico del Registro³⁶, según los casos, y, finalmente, también es posible elaborar y firmar electrónicamente los asientos registrales a que den lugar los documentos presentados, así como las representaciones georreferenciadas de las fincas; de tal modo que la autenticidad, integridad y trazabilidad de todas estas operaciones quedan garantizadas por las tecnologías y por las firmas, sellos y sellados temporales electrónicos utilizados.

En cualquier caso, si se opta por la utilización de documentos electrónicos que también se firman y se sellan temporalmente de forma electrónica, estas firmas y sellos ya aseguran la autenticidad, integridad, trazabilidad y fecha de los documentos y permiten detectar si han sido modificados. Si, posteriormente, uno de esos documentos se deposita en el Registro —en el caso de sistemas registrales de depósito de títulos— el Registrador puede volver a firmarlo y sellarlo junto con la resolución que acuerda el depósito, acreditándose, así, la autenticidad de todo ello y, también, su integridad y fecha, sin que haga falta una cadena de bloques.

Por otra parte, de un documento electrónico se pueden generar tantas copias electrónicas como se quiera: cada una de ellas serán copias auténticas³⁷ ya que contendrán los mismos certificados de firma y sellados temporales que el documento original, permitiendo verificar su autenticidad, integridad, trazabilidad y fecha y si, además, se incluye en ellos un código seguro de verificación se pueden obtener las mismas garantías a partir de los traslados a papel de cualquiera de aquellos documentos electrónicos³⁸, sin necesidad, tampoco, de cadena de bloques.

Como hemos afirmado en el párrafo anterior, de estos documentos electrónicos pueden generarse tantas copias como se quiera y estas copias pueden almacenarse y custodiarse en múltiples localizaciones diferentes y

entregarse o permitir su acceso a ellas, telemática o personalmente, a todos los usuarios que se estime conveniente sin necesidad, nuevamente, de cadena de bloques.

Cabe señalar, además, que el cálculo de *hashes* tiene sus propias particularidades. Una de ellas es que alteraciones mínimas respecto del documento original generan *hashes* totalmente diferentes y otra es que a partir de un *hash* determinado es imposible obtener el documento que le corresponde.

De acuerdo con ello, en el caso de que se dispusiese del texto de un documento y se quisiese comprobar si este texto se corresponde con alguno de los documentos depositados en el Registro mediante la comparación de su *hash* con los almacenados en la cadena de bloques, sería muy difícil encontrar una coincidencia³⁹, salvo que se tratase de una copia idéntica del documento cuyo *hash* se almacenó en dicha cadena, en cuyo caso ya contaría con las firmas y sellos electrónicos, que garantizan su autenticidad, integridad, trazabilidad y fecha, y, si el documento a comparar no contase con dichas firmas y sellos electrónicos, su *hash* tampoco coincidiría nunca con el de ninguno de los documentos cuyos *hashes* se encuentran almacenados en la cadena de bloques, dado que estos últimos *hashes* se calcularon a partir de documentos con dichos elementos, por lo que no quedaría otro remedio que recurrir al cotejo visual.

Por otra parte, al tratarse de elementos interdependientes —los documentos y la cadena de bloques que almacena sus *hashes*—, desde el punto de vista de la seguridad, ambos elementos deberían estar soportados por sistemas informáticos diferentes, dotados, cada uno de ellos, de sus propios sistemas de seguridad y, además, debe tenerse en cuenta que en el caso de que alguno de los documentos se perdiese, no sería posible, por lo dicho anteriormente, reconstruirlos a partir de los *hashes* de la cadena de bloques.

No parece, por tanto, que los supuestos, que hasta ahora ha habido, de aplicación de esta tecnología a los sistemas registrales, hayan aportado algo que no se pueda conseguir por otros medios e incluso con mayor seguridad jurídica como más adelante se verá.

Por último, en la II Conferencia Anual de la International *Blockchain Real Estate Association (IBREA)*, celebrada en Nueva York en 2017, se afirmó claramente que la tecnología de la cadena de bloques tiende a sustituir al notariado en tanto que autenticador documental, si bien se reconoció que, hoy por hoy, no puede garantizar la identidad de los contratantes. La cuestión de si la cadena de bloques —o, más precisamente, una de las tecnologías que la integran, cual es la firma electrónica— puede sustituir con ventaja la intervención notarial en el procedimiento registral —en el caso de un Registro de derechos— la tratamos más adelante.

Por lo que respecta al Registro de la Propiedad, se reconoció que en un país con un Registro inmobiliario de titularidades y cargas, es decir, de

derechos o fe pública, digitalizado y accesible *on-line*, el margen que queda para dicha tecnología es bastante reducido. Solo en ciertos países se podría crear un Registro privado paralelo al oficial, que dispensaría publicidad, que haría funcionar el mercado. Pero sin reconocimiento oficial, no hay prioridad. Solo con reconocimiento oficial la publicidad puede crear un valor.

Los proyectos, por tanto, se orientan preferentemente hacia aquellos estados sin Registro o con un Registro manifiestamente ineficiente, partiendo de la consideración de que en el tercer mundo el 70% del suelo se halla sin inmatricular, lo que representa una gran oportunidad de negocio⁴⁰.

III. EVOLUCIÓN PREVISIBLE DE DICHO ESCENARIO EN EL FUTURO PRÓXIMO. REFERENCIA A ALGUNOS DE LOS PRINCIPALES INTERROGANTES

Predecir cuál va a ser la evolución futura de la tecnología de la cadena de bloques aplicada a los registros inmobiliarios es difícil porque intervienen una considerable cantidad de variables de todo tipo. Nos centraremos, por ello, en su posible impacto en los sistemas transaccionales que cuentan con un Registro de Derechos. Haremos referencia también a aquellos que cuentan con un registro de documentos.

En este apartado nos referiremos a las cuestiones relacionadas con la identidad y capacidad de las partes, las repercusiones sobre el principio de libertad de forma contractual, el sistema de *numerus apertus* en la creación de derechos reales y algunos de los problemas que plantea la necesidad de *tokenizar* los activos físicos —con existencia fuera de la red— para que se pueda operar con ellos dentro de una plataforma de bloques encadenados.

3.1. IDENTIDAD Y CAPACIDAD DE LAS PARTES

En primer lugar, para que la cadena de bloques se imponga como sistema transaccional es necesario que consiga garantizar, por sí sola, la identidad y capacidad de los contratantes, lo que no es posible, conforme a la propia arquitectura del sistema, que permite que contraten dos o más direcciones electrónicas entre sí, sin saber quién hay detrás⁴¹.

La cadena de bloques conecta *avatares*, no a las personas que supuestamente están detrás de los mismos, siendo esta, además, una de las características preferidas de los impulsores y partidarios de esta tecnología.

Si deben revelar su identidad, y, tanto por razones fiscales como de otro tipo, como el cumplimiento de normas de Derecho Privado y de Derecho

Público que regulan tanto el proceso contractual como el de transferencia, deben hacerlo, ello implica la intervención de terceros, normalmente de autoridades públicas, en el proceso transaccional, lo que rompe directamente la característica más definitoria de esta tecnología: la de ser un sistema entre pares o persona a persona, sin intervención de tercero alguno, ni privado ni público. La *autosuficiencia* que repele la necesidad de que intervenga cualquier tercero es la razón de ser del nacimiento de la tecnología de la cadena de bloques.

Para que la cadena de bloques sea admisible como tecnología transaccional en el ámbito registral es necesario identificar a transmitente y adquirente, así como su capacidad y poder de disposición y eso es algo que la cadena de bloques no puede hacer por sí sola⁴².

Para la determinación de la identidad, es necesario recurrir a algún sistema de identificación personal —v.gr. carta personal de identidad— y, a su vez, a alguna tecnología que permita saber que quien contrata a través de una dirección electrónica sea la persona que dice ser⁴³.

En efecto, el Reglamento UE (EIDAS) núm. 910/2014, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior distingue entre firma electrónica simple, avanzada y cualificada. Por su parte, la Ley 59/2003 de Firma Electrónica distingue tres tipos de firma electrónica: simple, avanzada y reconocida. Su artículo 3.4 establece que: «*La firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel*» y el artículo 25.4 del Reglamento EIDAS que: «*Una firma electrónica cualificada tendrá un efecto jurídico equivalente al de una firma manuscrita*». Por ello, cuando utilizamos la expresión firma electrónica nos referimos solamente a la firma electrónica cualificada o reconocida, única modalidad de firma electrónica a la que se le reconoce equivalencia de efectos a la firma manuscrita.

Y aquí nos encontramos con el grave problema de que las firmas utilizadas por el protocolo *blockchain* no tienen la consideración ni de reconocidas ni de cualificadas porque no lo necesitan. Es más, repele estas modalidades de firma electrónica. Efectivamente, una de las características que distinguen las firmas electrónicas reconocidas o cualificadas, frente a los otros tipos, es que permiten identificar al firmante, pero, sin embargo, este no es un requisito del protocolo de la cadena de bloques, el cual persigue, precisamente, lo contrario, su anonimato.

Por ello, el Real Decreto Ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones, en su artículo 3 modifica la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento

Administrativo Común de las Administraciones Públicas, añadiendo una Disposición Adicional Sexta conforme a la cual:

«1. ...en las relaciones de los interesados con los sujetos sometidos al ámbito de aplicación de esta Ley, no serán admisibles en ningún caso y, por lo tanto, no podrán ser autorizados, los sistemas de identificación basados en tecnologías de registro distribuido y los sistemas de firma basados en los anteriores, en tanto que no sean objeto de regulación específica por el Estado en el marco del Derecho de la Unión Europea.

2. En todo caso, cualquier sistema de identificación basado en tecnología de registro distribuido que prevea la legislación estatal a que hace referencia el apartado anterior deberá contemplar asimismo que la Administración General del Estado actuará como autoridad intermedia que ejercerá las funciones que corresponda para garantizar la seguridad pública».

Según el Informe *Legal and Regulatory Framework of Blockchains and Smart Contracts*⁴⁴ la identificación no es un problema en el caso de las plataformas *blockchain* que requieren autorización para operar en ellas. Discrepamos de esta afirmación porque, si bien tales plataformas identifican quién ha dado de alta una determinada dirección electrónica, sin embargo, no pueden asegurar quién ha operado realmente usando esa dirección. Tales plataformas, además, no podrían funcionar como sistemas transmisivos al no ser de acceso público porque, como veremos, si la tecnología de los bloques encadenados pretende competir con los sistemas registrales de derechos, idealmente debería haber una única plataforma en cada jurisdicción. Cuestión distinta es que, adicionalmente, esa plataforma exigiera la identificación para poder operar en ella, lo que, sin embargo, no resolvería el problema de saber quién ha operado realmente.

Afirma igualmente el citado informe⁴⁵ que en el caso de las plataformas públicas —que no requieren identificarse para poder operar en ellas—, si bien no se puede identificar el fraude de identidad en el momento de la transacción, dedicando suficiente tiempo y esfuerzo, los intervinientes reales pueden ser identificados. Aunque ello fuera así, no impediría el fraude dado el carácter inmodificable y, por tanto, irreversible de las transacciones *blockchain* en donde se pretende que no rige otra ley que no sea la *lex cryptographica*, que implica la pérdida de la acción reivindicatoria para el titular criptográfico privado de su derecho. Quizás por ello, reconoce el citado informe que, en la medida en la que se difunda el uso de las tecnologías de bloques encadenados, la seguridad en la identificación constituirá un problema⁴⁶.

Dificultades adicionales presenta la identificación en la contratación a través de representantes, sean legales o voluntarios, pues a las dificultades

anteriores hay que añadir las que derivan de la comprobación de la vigencia y suficiencia de la representación, algo que la tecnología de bloques encadenados no puede hacer por sí misma, por lo que, nuevamente, debería recurrir a algún oráculo.

Por esta razón —además de otras como la comprobación de su existencia, objeto social, etc.— también presenta mayores dificultades la identificación en la contratación cuando intervienen sociedades mercantiles⁴⁷. Para ello, también es necesario recurrir a oráculos, típicamente a los Registros Mercantiles o a los Registros pertinentes en función de la persona jurídica de que se trate⁴⁸.

Por ello, nos parece relevante traer a colación que el artículo 13 ter de la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades, dispone en materia de reconocimiento de medios de identificación a efectos de los procedimientos en línea:

«1. Los Estados miembro velarán por que los siguientes medios de identificación electrónica puedan ser utilizados por los solicitantes que sean ciudadanos de la Unión en los procedimientos en línea contemplados en el presente capítulo:

- a) los medios de identificación electrónica expedidos por un sistema de identificación electrónica aprobado por el propio Estado miembro;*
- b) los medios de identificación electrónica expedidos en otro Estado miembro y reconocidos a efectos de la autenticación transfronteriza de conformidad con el artículo 6 del Reglamento (UE) núm. 910/2014.*

2. Los Estados miembro podrán denegar el reconocimiento de los medios de identificación electrónica si los niveles de seguridad de esos medios de identificación electrónica no cumplen las condiciones establecidas en el artículo 6, apartado 1, del Reglamento (UE) núm. 910/2014.

3. Todos los medios de identificación reconocidos por los Estados miembro se pondrán a disposición del público.

4. Cuando se justifique por razón de interés público en impedir el uso indebido o la alteración de identidad, los Estados miembro podrán, a los efectos de comprobar la identidad de un solicitante, adoptar medidas que requieran la presencia física de ese solicitante ante cualquier autoridad, persona u organismo habilitado en virtud del Derecho nacional para tratar cualquier aspecto de los procedimientos en línea a que se refiere el presente capítulo, incluido el otorgamiento de la escritura de constitución de una sociedad. Los Estados miembro se asegurarán de que solo pueda exigirse la presencia física

de un solicitante caso por caso cuando existan razones para sospechar una falsificación de identidad, y de que cualquier otra fase del procedimiento pueda completarse en línea».

Por su parte, el Reglamento UE (EIDAS) n.º 910/2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE, dispone en su artículo 6, apartado 1, en materia de reconocimiento mutuo:

«1. Cuando sea necesaria una identificación electrónica utilizando un medio de identificación electrónica y una autenticación en virtud de la normativa o la práctica administrativa nacionales para acceder a un servicio prestado en línea por un organismo del sector público en un Estado miembro, se reconocerá en dicho Estado miembro, a efectos de la autenticación transfronteriza en dicho servicio en línea, el medio de identificación electrónica expedido en otro Estado miembro, siempre que:

- a) este medio de identificación electrónica haya sido expedido en virtud de un sistema de identificación electrónica incluido en la lista publicada por la Comisión de conformidad con el artículo 9;*
- b) el nivel de seguridad de este medio de identificación electrónica corresponda a un nivel de seguridad igual o superior al nivel de seguridad requerido por el organismo del sector público para acceder a dicho servicio en línea en el primer Estado miembro, siempre que el nivel de seguridad de dicho medio de identificación electrónica corresponda a un nivel de seguridad sustancial o alto;*
- c) el organismo público en cuestión utilice un nivel de seguridad sustancial o alto en relación con el acceso a ese servicio en línea.*

Este reconocimiento se producirá a más tardar 12 meses después de que la Comisión publique la lista a que se refiere la letra a) del párrafo primero».

Para determinar la capacidad natural, por su parte, será necesario el recurso a algún oráculo —v.gr.: notario, en cuyo caso también podría desarrollar las labores de identificación— o a alguna tecnología —v.gr.: pruebas tales como preguntas o similares formuladas por el dispositivo a cuyo través se pretenda contratar que garanticen que responda la persona cuya capacidad se pretende comprobar—.

Para determinar la capacidad de obrar y el poder de disposición también sería necesario el recurso a oráculos, singularmente al Registro Civil —que constituye la prueba del estado civil— y al Registro de la Propiedad, cuyos asientos acreditan, a efectos del mercado, titularidad, poder de disposición,

cargas preferentes y causas de ineficacia de los actos y negocios anteriores, referentes al mismo bien que pueden privar a posteriores adquirentes de su adquisición negocial⁴⁹.

Todo ello sugiere que la tecnología de la cadena de bloques presenta serias dificultades para erigirse, por sí sola, en el elemento central de un sistema de apreciación de la identidad, de la capacidad y del poder de disposición, y, por lo tanto, en el elemento central de un sistema transaccional. Pone de manifiesto, asimismo, que, pese a lo que vienen proclamando sus heraldos, no es, en absoluto, un sistema autosuficiente.

3.2. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE FORMA CONTRACTUAL. LA CADENA DE BLOQUES COMO LA ÚNICA VÍA

En segundo lugar, para que dicha tecnología funcione como sistema transaccional que permita producir titularidades *in rem* sería necesario renunciar al principio de libertad de forma contractual así como de elección de procedimientos traslativos del dominio, debiéndose imponer el sistema de la cadena de bloques como sistema transaccional único en la jurisdicción que lo adoptase, negando validez y eficacia a cualquier otra forma contractual y modalidad traslativa del dominio dentro de la misma⁵⁰.

Asimismo, debería existir una única plataforma de bloques encadenados porque si hubiera varias plataformas *blockchain*, entonces, un inmueble *tokenizado* —del mismo o diferente modo— podría transmitirse desde una o varias direcciones electrónicas simultáneamente a través de las diferentes plataformas. Ello implicaría, en realidad, una intervención estatal o pública en el sistema transmisivo mayor que cualquiera de las conocidas hasta el momento, lo que no dejaría de ser una terrible paradoja para una tecnología nacida con pretensiones libertarias.

Significaría también que cualquier transacción realizada utilizando la tecnología de la cadena de bloques tendría, por sí sola, efectos traslativos y no solo contractuales. Además, tales efectos traslativos serían, teóricamente, irreversibles, puesto que *blockchain* es inmodificable. Ello convierte en crítica la determinación de la identidad, capacidad y poder de disposición del transmitente, así como de la identidad y capacidad del adquirente.

Podría, también, optarse por conservar la libertad de forma y de procedimiento transmisivo pero dotando de mayor valor probatorio a la documentación de la cadena de bloques, prescribiendo, por ejemplo, que las transacciones no realizadas a través de la cadena de bloques y que, por lo tanto, no consten en el libro inventario de transacciones —*ledger*— no serán oponibles a las que sí consten. En este caso, sin embargo, la fuerza de la cadena de bloques no derivaría de su fiabilidad directamente sino de una

norma legal y, además, deberían resolverse los problemas relacionados con la buena fe del tercero, al igual que en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, lo que exigiría, en su caso, la intervención judicial, negando así, nuevamente, el principio de autosuficiencia de la tecnología de la cadena de bloques.

Ello, a su vez, dificultaría notablemente la contratación transfronteriza, a no ser que las diferentes jurisdicciones adoptaran el sistema de cadena de bloques sometido a las mismas reglas, lo que, por sí, implicaría un sistema de cadena de bloques, regulado y sometido a los Estados, exactamente lo contrario de lo que dicha tecnología pretende. En esta línea, el *Legal and Regulatory Framework of Blockchains and Smart Contracts* propone que un primer paso podría ser elaborar una definición a nivel europeo de lo que se entiende por cadena de bloques y por *smart contracts*⁵¹, lo que facilitaría una regulación armonizada de los mismos.

3.3. IMPOSIBILIDAD DE CREACIÓN DE NUEVAS FIGURAS DE *IURA IN REM* POR VÍA TRANSACCIONAL

Aunque en la mayor parte de las jurisdicciones rige el sistema de *numerus clausus*⁵² en materia de derechos reales, suele haber vías indirectas para que se puedan crear nuevas figuras de derecho real, de abajo hacia arriba y sometidas, finalmente, a la admisión por parte de la autoridad judicial. Ello facilita la innovación y, por lo tanto, el progreso.

Como sostienen MERRYLL, T.W. y SMITH, H.E.⁵³, la exigencia de tipicidad —en el límite, *numerus clausus*— en los derechos reales se comprende fácilmente si consideramos la costosa carga informacional que impone a los terceros todo el sistema de *iura in rem*. En efecto, para evitar su violación, un amplio e indefinido número de sujetos obligados a respetarlos tienen que conocer qué restricciones imponen tales derechos a sus comportamientos.

Por un lado, la tipificación extrema frustraría la consecución de muchos de los objetivos para los cuales han surgido la propiedad y los *iura in rem*. Por otro lado, sin embargo, una total libertad en la configuración de *iura in rem* generaría para los terceros altos costes de medición, de responsabilidades derivadas de errores y administrativos. Parece que el término medio entre ambos extremos sería el adecuado.

Teniendo en cuenta todos estos factores, lo relevante, como sostienen MERRILL, T.W. y SMITH, H.E. no es conseguir un *nivel máximo* de estandarización o tipificación de los *iura in rem* sino un *nivel óptimo* que no equivale a *nivel máximo*.

Desde esta perspectiva, el sistema de *numerus clausus* no debe ser contemplado tanto como una prohibición absoluta de creación de nuevos *iura in rem* cuanto como un dispositivo que mueve el sistema de *iura in rem* en

la dirección del nivel óptimo de estandarización, permitiendo un nivel positivo de diversificación de formas reconocidas de *iura in rem*. Tal dispositivo funciona como una presunción *iuris tantum* de innecesariedad de nuevos tipos de *iura in rem*. Tal es, como es conocido, el caso español. Por último, es necesario subrayar que los sistemas registrales, al disminuir los costes de información, permiten que el nivel óptimo de estandarización sea el menor cuando no el más bajo posible, lo que disminuye todos los demás costes, empezando por el de frustración⁵⁴.

Ello facilita la innovación. Esta constatación es, por otro lado, un sólido argumento a favor de los sistemas registrales que recogen ampliamente el contenido de los derechos reales, depurándolos de los elementos personales ínsitos en su negocio adquisitivo, en lugar de los sistema de encasillado, pues, en lugar de desaprovecharlas, optimizan las posibilidades que ofrece el sistema registral para acoger nuevas modalidades de derechos reales y, en consecuencia, facilitar la innovación⁵⁵.

¿Cómo sería posible en un sistema transmisivo de cadena de bloques? No es sostenible pensar que, para ello, bastaría con que ningún *peer* se opusiera. ¿Y si se opusiera? ¿No sería posible o haría falta buscar procedimientos de decisión? Ello requiere nuevamente la intervención de terceros o que las decisiones las tomen quienes tienen más poder dentro del sistema, y las tomarían conforme a sus propios intereses, como demuestra la experiencia, tal y como veremos más adelante. La intervención de un tercero, en todo caso, ya supone, por sí sola, una ruptura de la arquitectura de la cadena de bloques.

Desde luego, si hay que elegir entre cualquiera de esas opciones o la decisión por un juez independiente de un Estado democrático, parece que la opción es clara. Más adelante veremos cómo se han resuelto algunos de los incidentes habidos hasta ahora. A ello hay que añadir la tendencia a la concentración de la potencia de cálculo en pocas manos, lo que da a los denominados *mineros* un poder decisivo sobre la cadena de bloques, en un fenómeno parecido al que se está observando en Internet, en función de la apropiación y uso de datos personales por parte de muy pocas empresas de alcance global.

3.4. ALGUNOS DE LOS PROBLEMAS PLANTEADOS POR LA *TOKENIZACIÓN* DE LOS ACTIVOS INMOBILIARIOS

Señala GONZÁLEZ-MENESES, M. que, desde una perspectiva jurídica, la *tokenización* de activos inmobiliarios plantea dos cuestiones claves: a.—La interacción entre los mundos *on-chain* y *off-chain* y b.—La sustitución de la ley de circulación tradicional de un determinado tipo de activos, los

inmobiliarios, por una nueva ley de circulación caracterizada por la legitimación exclusivamente criptográfica⁵⁶.

En este apartado, trataremos la primera de estas cuestiones.

Tratándose de *tokens* que representan activos inmobiliarios y, por lo tanto, existentes fuera de la cadena de bloques, la tecnología de los bloques encadenados no puede garantizar de forma autosuficiente que el inmueble *tokenizado* existe realmente, ni que el emisor del *token* es su titular legítimo, ni que ese mismo inmueble no ha sido ya objeto de una anterior *tokenización* en el marco de la misma plataforma o de cualquier otra plataforma *blockchain*⁵⁷.

Para solventar estos problemas habría que acudir a procedimientos e instituciones *off chain*. Y, por lo tanto, son esos procedimientos e instituciones los que solventarían esos problemas de seguridad jurídica. Habría que recurrir a los procedimientos e instituciones que identifiquen físicamente las propiedades inmobiliarias —catastro y/o registro, o topógrafos—, atribuirles esa función con carácter exclusivo, no solamente en el procedimiento de inmatriculación en la cadena de bloques sino en el caso de modificación física de la propiedad inmobiliaria *tokenizada*, decretar la nulidad e inaccesibilidad a la cadena de bloques de cualquier *token* inmobiliario que no se atenga al procedimiento regulado de *tokenización* con carácter exclusivo y excluyente, imponer una única plataforma de la cadena de bloques dentro de una misma jurisdicción, etc., además de establecer el procedimiento traslativo de los bloques encadenados como el único admisible. Como vemos, la *lex cryptographica* es del todo insuficiente para resolver estos problemas.

Hay que tener en cuenta que *blockchain* surgió para transmitir criptomonedas, es decir, monedas virtuales o digitales que vivieran al margen del control de cualquier autoridad monetaria. Como señala GONZÁLEZ MENESES⁵⁸, el peculiar funcionamiento de las criptomonedas como valores de titularidad anónima vinculada simplemente al conocimiento y control de una clave privada, las asemeja al dinero efectivo, el cual puede tener una vida puramente tabular. En efecto, puede ser así porque el *token* del dinero o de una criptomoneda representa una unidad de valor económico que, para funcionar, no necesita existir fuera de la cadena⁵⁹.

Pero cuando se trata de transmitir *tokens* que representan activos con existencia física fuera de la cadena —*asset tokens*—, las cosas se complican: la transmisión no puede ser puramente tabular porque, ordinariamente, afectará a la situación posesoria en aquellos casos en los que se transmitan titularidades sobre derechos reales —en nuestro caso inmobiliarios— que conllevan posesión. En estos casos, la cadena de bloques no puede garantizar por sí sola que la mutación posesoria se produzca. Para ello, en su caso, será necesario recurrir a terceros y, concretamente, al Estado representado por la autoridad judicial.

IV. ESPECIAL REFERENCIA A LOS CONTRATOS AUTOMATIZADOS —SMART CONTRACTS—. PROBLEMAS RELACIONADOS CON LOS MISMOS

Para que dicha tecnología sea operativa debe recurrir necesariamente a los impropriamente denominados contratos inteligentes —*smart contracts*,— así denominados por N. SZABO⁶⁰ a los cuales deberíamos denominar, más adecuadamente, *contratos autoejecutables* o, mejor aún, *automatizados*. SZABO los definió del siguiente modo:

*«Un contrato inteligente es un protocolo transaccional informatizado que ejecuta los términos de un contrato. La idea del contrato inteligente es satisfacer condiciones contractuales normales —como términos de pago, gravámenes, confidencialidad, e, incluso, recurso a la ley—, minimizar excepciones, tanto maliciosas como accidentales, y minimizar la necesidad de intermediarios. Los objetivos económicos son reducir las pérdidas por fraude, los costes de arbitraje y recursos legales, y otros costes transaccionales»*⁶¹.

No son, en rigor, contratos, sino programas almacenados en una plataforma *blockchain* accesibles a una o más partes. Estos programas son, frecuentemente, autoejecutables y se valen de ciertas propiedades de la tecnología de la cadena de bloques, como dificultades para el engaño, descentralización, etc.⁶².

Los contratos automatizados vienen a ser, por lo tanto, un conjunto de reglas que contienen respuestas automáticas cuando se producen determinados supuestos de hecho —v.gr.: introducir una moneda en una máquina que expende bebidas—, de modo que su ejecución sería automática. Esta tecnología solo opera de esta forma en casos muy simples, como el descrito, pero el desarrollo de la inteligencia artificial permitirá aplicarla a supuestos menos simples en el futuro.

La ejecución automática significa que no necesita la intervención de terceras personas, al menos, en hipótesis. En la realidad, sin embargo, los contratos automatizados requieren la intervención de terceros o intermediarios —desde los que redactan el código, hacen funcionar el sistema o almacenan los datos hasta los que elaboran las reglas o suministran información externa, como los oráculos, a los que nos referiremos posteriormente—, por cuya razón han sido calificados como contratos *no tan inteligentes*⁶³.

Significa también que, una vez iniciado el proceso, este deviene imparable e inmodificable, lo que resulta especialmente peligroso en caso de error porque la cadena de bloques ejecutaría las órdenes que integran el contrato automatizado y, por tanto, afectaría al valor o a los derechos sobre el activo en cuestión. De ahí que los errores o los fallos de seguridad sean particularmente peligrosos en el ámbito de los contratos automatizados.

Por ello, es frecuente que se introduzcan mecanismos para su paralización —*suicide*— en caso de activación errónea.

A efectos de este estudio, creemos que deben ser destacados determinados aspectos de este tipo de contratos. Dejando de lado los problemas relativos a la identificación, capacidad y poder de disposición de las partes contratantes, de los que hemos tratado anteriormente, trataremos a continuación de otros problemas que también deben ser abordados.

4.1. DICHOS CONTRATOS HAN DE SER PÚBLICOS

Como observan DE FILIPPI P. y WRIGHT A.⁶⁴, cuando los contratos son tradicionales, redactados en lenguaje humano, las partes pueden acordar hacerlos públicos o mantenerlos reservados. Sin embargo, cuando se formalizan en lenguaje código a través de la cadena de bloques, debido a la naturaleza pública de esta tecnología, tanto el *code* de los contratos automatizados como las transacciones ejecutadas por los mismos se propagan a través de la red persona a persona, haciendo que sean visibles para todos los nodos de la red.

Puede alegarse que podría evitarse estableciendo un acceso selectivo a los mismos, pero ello, además de volver a romper la arquitectura de los bloques encadenados, plantea un grave problema.

Si el consenso⁶⁵ forma parte de la esencia de esta tecnología, no es posible que este se produzca sino cuando todos los ciudadanos, sometidos a una misma jurisdicción, tienen o pueden acceder al conocimiento de todos los actos o negocios jurídicos de finalidad traslativa o directamente traslativos.

La red, por ello, debería abarcar a todos los ciudadanos y, en última instancia, las transmisiones por vía de la cadena de bloques deberían ser, idealmente, las únicas legalmente admisibles si se pretende que la *lex cryptographica* sea la ley de la transmisión, algo difícilmente imaginable, aunque solo fuera porque, para serlo, necesitaría una ley no criptográfica que lo estableciese y, además, que la tecnología de la cadena de bloques no fallase nunca o casi nunca, además de que solo se admitiera, en cada jurisdicción, una sola plataforma de bloques encadenados. En otro caso, las transacciones registradas en la cadena solo servirían como prueba —con un valor probatorio semejante al de la firma electrónica⁶⁶— de la existencia de determinados contratos, pero sin poder acreditar la identidad de los contratantes —así como tampoco su capacidad ni su poder de disposición— sino solo el resto de su contenido, lo que constituye una severa limitación a su virtualidad como sistema transmisivo.

Si consideramos que es de esencia de la cadena de bloques que bastan dos direcciones electrónicas para contratar, sin necesidad de identificar a

quienes están detrás, y que, además, hoy por hoy, la tecnología no permite garantizar la identidad de quienes contratan, resultaría sorprendente que los países optasen por introducir sistemas abstractos, o por reconocer la validez de transferencias mediante la tecnología de la cadena de bloques desconectadas de sus contratos causales. A ello hay que añadir que en Alemania, país donde rige la doctrina del negocio abstracto, la doctrina es crítica con su mantenimiento⁶⁷. No obstante, la noción de causa es, probablemente, una de las que más está evolucionando en los ámbitos doctrinal y jurisprudencial, sin que haya acuerdo entre los juristas europeos especializados en la construcción de un Derecho contractual europeo, objetivo que, hoy por hoy, parece difícilmente alcanzable⁶⁸.

4.2. ALCANCE REAL DE LA AUTOEJECUTABILIDAD. LA NECESIDAD DE RECURRIR A ORÁCULOS

El segundo problema o, mejor, grupo de problemas que se plantea cuando analizamos los contratos autoejecutables son los relacionados con el alcance real de la autoejecutabilidad, necesaria para que la tecnología de la cadena de bloques sea operativa como sistema transmisivo, productor de titularidades *in rem*, pues la cadena de bloques es solamente el instrumento de *enforcement* de los contratos automatizados, por lo que si estos no son autoejecutables, quiebra el concepto mismo de cadena de bloques surgido para hacer innecesaria la intervención de terceros en el *iter* transmisivo, tanto en su fase contractual como en su fase de transferencia. En efecto, en sentido estricto, tanto la especificación de los derechos y obligaciones que integran el contrato como su ejecución deben realizarse a través de la plataforma.

4.2.1. *Los contratos automatizados son programas informáticos redactados en el lenguaje propio de la programación, el denominado lenguaje máquina, distinto del lenguaje humano*

4.2.1.1. El problema de la comprensibilidad cuando el acuerdo solo se elabora en lenguaje máquina sin «transcripción» en lenguaje humano.

Como sostiene FELIÚ REY⁶⁹, en un contrato autoejecutable esta expresión del acuerdo ha de realizarse mediante *lenguaje máquina* —es decir, lenguaje de programación— adecuado para su ejecución. Por tanto, resulta pertinente plantearse cómo asegurar la comprensión del clausulado y así la emisión consciente del consentimiento sobre las prestaciones —imprescin-

dible para la validez contractual— cuando el acuerdo solo se elabora en lenguaje máquina sin «transcripción» en lenguaje humano.

Esto resulta más complicado cuando estos tipos de contratos, además, se estandarizan y se ofrecen a una pluralidad de destinatarios, porque entonces entramos en el ámbito de las condiciones generales de contratación que activan los controles de incorporación, interpretación y contenido a las que están sometidas. Más aún, incluso en el caso de que no tuvieran la consideración de condiciones generales, cuando una de las partes tenga la condición de consumidor, le serán aplicables todas las normas de tutela y protección que correspondan, en particular, respecto a la abusividad de determinadas cláusulas —v.gr.: Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario—.

4.2.1.2. El lenguaje de programación obedece a una lógica *booleana* por lo que los contratos automatizados no admiten cláusulas que necesiten de interpretación para ser verificadas

Asumir que la programación de los contratos automatizados debe ser en lenguaje máquina tiene implicaciones significativas. Frente al lenguaje humano, que juega con matices y ambigüedades, el lenguaje máquina no las permite. Las decisiones obedecen a una lógica *booleana*, es decir, se estructuran en instrucciones condicionales, *si A entonces B, si C entonces D*. Por ello, este tipo de contratos no admite cláusulas que necesiten de interpretación para ser verificadas⁷⁰. Piénsese en expresiones tales como variación de las bases esenciales del negocio, buena fe, hecho de Dios, consumidor medio, diligencia debida, honrado comerciante o padre de familia, etc.

Esto implica que, a día de hoy, dado el estado actual de la técnica, no será posible codificar cualquier obligación en un contrato automatizado, por las propias limitaciones del lenguaje para describir la obligación, «comprenderla», comprobar o verificar su cumplimiento y, en su caso, llevar a cabo las actuaciones programadas en caso de incumplimiento, o, al menos, no será posible plantearla en los mismos términos y con la misma extensión⁷¹.

Los contratos tradicionales, en lenguaje humano, contienen muchos conceptos de un carácter eminentemente subjetivo e imprecisos desde el punto de vista de su posible sistematización y parametrización y, por tanto, de difícil encapsulamiento en un algoritmo ejecutable en un ordenador en cuanto que respecto de dichos conceptos no es posible conocer, *a priori*, todas las variables que han de intervenir en la formulación de la valoración a la que dichos conceptos se refieren, al ser distintas para cada caso concreto y, por otro lado, pueden existir otros supuestos en los que dichas valoraciones

únicamente podrán adoptarse a partir, no de variables concretas, sino de meros elementos circunstanciales, indiciarios, etc.

Por ello, hay que tener en cuenta, como sostiene el Informe *Legal and Regulatory Framework of Blockchains and smart contracts*, que dependiendo de la complejidad del acuerdo puede ser extremadamente difícil codificar adecuadamente los términos del mismo, de modo que un contrato automatizado podría ejecutarse de acuerdo con lo escrito en lenguaje tradicional pero, sin embargo, comportarse de un modo diferente porque el lenguaje máquina no ha traducido correctamente o no tenía capacidad para traducir lo escrito en el lenguaje tradicional. Por esta razón, según el referido Informe, las auditorías para comprobar la validez y viabilidad de los *smart contracts* devienen importantes, lo cual plantea la cuestión de si tales auditorías deberían ser simples requerimientos o deberían tener, además, algún tipo de reconocimiento legal para garantizar la validez de un *smart contract*, cuestión que está por decidir⁷².

4.2.1.3. No todas las proposiciones son computables y trasladables a un algoritmo porque los sistemas axiomáticos y algoritmos son intrínsecamente limitados

Pero, además de lo anterior, como exponemos a continuación partiendo de las matemáticas y acabando en los algoritmos, no todo es computable. Efectivamente, en 1931 el lógico-matemático checo Kurt GÖDEL publicó un artículo titulado: «*Sobre las proposiciones formalmente indecidibles de los Principia Mathematica*⁷³ y sistemas relacionados I.»⁷⁴ en el que se recogen sus dos teoremas de incompletitud⁷⁵ mediante los que demuestra el carácter incompleto de la matemática —primer teorema— y la imposibilidad de probar que la matemática esté libre de contradicciones —segundo teorema—⁷⁶.

En concreto, el primer teorema señalaba, simplifícadamente, que dentro de un sistema matemático de axiomas consistentes —es decir, sin contradicciones entre ellos—, y lo bastante potente como para tener algún interés, habrá verdades matemáticas que puedan formularse dentro de dicho sistema pero que, sin embargo, su certeza no puede ser demostrada mediante dichos axiomas ni las reglas/teoremas deducidos de los mismos, es decir, el sistema es incompleto.

El segundo teorema es un caso particular del primero y demuestra que, precisamente, la proposición que afirma la consistencia del sistema —es decir, que no tiene contradicciones internas— es una de aquellas cuestiones indecidibles.

Por tanto, un tratamiento axiomático de las teorías matemáticas no puede agotar el campo de verdades de la matemática, dado que existirán

proposiciones aritméticas verdaderas que no pueden ser deducidas formalmente de ningún conjunto de axiomas mediante un conjunto cerrado de reglas de deducción o inferencia⁷⁷.

El impacto que estos teoremas causaron en el mundo matemático de la época fue profundo. Hasta entonces se tenía una fe ciega en el método axiomático/deductivo y, de hecho, ya se buscaba —David HILBERT, entre otros— la completa formalización del propio sistema deductivo.

Sin embargo, los teoremas de GÖDEL demostraron que aquella fe era incorrecta, al concluir que los sistemas formales son o bien incompletos o bien inconsistentes y que el método axiomático posee ciertas limitaciones intrínsecas que excluyen la posibilidad de que los sistemas matemáticos puedan llegar a ser plenamente axiomatizados ni que pueda establecerse su consistencia lógica interna.

Cabe, no obstante, que se añada un nuevo axioma o regla a un sistema formal como los descritos, de tal forma que este nuevo elemento permita demostrar la certeza de alguna de estas cuestiones indecidibles. Sin embargo, con ello, lo que se tendría no sería más que un nuevo sistema, formado por el inicial más el axioma añadido, en el que también podrían formularse nuevas proposiciones que podrían ser verdaderas pero cuya certeza no puede ser demostrada en base a las reglas y postulados de este sistema ampliado. En última instancia, lo que este teorema significa es que nunca se podrá alcanzar un conocimiento completo de un sistema formal dado, en base, únicamente, a una descripción axiomática del mismo y a procedimientos o razonamientos exclusivamente deductivos o lógicos.

Como ejemplos de proposiciones que se han demostrado indecidibles⁷⁸, se pueden señalar, entre otros, la hipótesis del continuo de CANTOR⁷⁹, el *Entscheidungsproblem* o problema de la decisión⁸⁰ o el décimo problema de HILBERT⁸¹.

GÖDEL formuló estos teoremas en relación a sistemas matemáticos, pero desarrollos posteriores los generalizaron a sistemas algorítmicos como los ejecutables en un ordenador. En 1936, con pocos meses de diferencia pero independientemente, tanto ALONZO CHURCH⁸² como ALAN TURING⁸³ consiguieron desarrollar, desde el punto de vista de la lógica formal, conceptos como funciones recursivas, funciones efectivamente calculables y algoritmos. TURING, además, definió y diseñó —¡una década antes de que se fabricase el primer ordenador!— las denominadas máquina de TURING y máquina universal de TURING que son conceptualizaciones de ordenadores ideales capaces de ejecutar algoritmos. Finalmente, sobre esta base, tanto CHURCH como TURING, demostraron que estos formalismos —los referentes a las funciones recursivas, a las efectivamente calculables así como los relativos a los algoritmos y en el caso de TURING, además, a la máquina de TURING— son equivalentes a los formalismos

de GÖDEL y que existen proposiciones que ningún algoritmo ejecutable en un ordenador podrá resolver⁸⁴ y, en concreto, lo demuestran para el *Entscheidungsproblem*.

No obstante todo lo anterior, GÖDEL creía que la mente humana tiene una forma intuitiva, no solamente computacional, de alcanzar la verdad, de tal forma que sus teoremas no limitaban el conocimiento verdadero que los seres humanos pueden llegar a alcanzar⁸⁵.

TURING, por su parte, en un primer momento, consideró que el cerebro humano funciona esencialmente igual que una computadora, aunque tendría una complejidad mucho mayor. La diferencia, por tanto, entre ambos sería solo una cuestión de complejidad, no de naturaleza esencial. No obstante, posteriormente, modificó aquella postura y defendió que el cerebro humano tiene, en realidad, capacidades que no son alcanzables por una computadora y que ciertas herramientas cerebrales, como, por ejemplo, la imaginación, intuición, etc., suponen una diferencia real entre mente humana y ordenador mecánico.

Existen, por tanto, problemas, cuestiones, proposiciones, etc., que no son trasladables a algoritmos y resolubles por un ordenador y no por su mayor o menor dificultad, la potencia de cálculo requerida o el tiempo necesario para su resolución, sino porque los sistemas axiomáticos y algorítmicos son intrínsecamente limitados; y si esta limitación existe respecto de ámbitos inherentemente formalizables y objetivos, como la matemática, cabe esperar mayores dificultades en ámbitos con un alto grado de subjetividad, como el Derecho.

Volviendo, no obstante, a los problemas concretos que plantean los contratos automatizados, es necesario estudiar aspectos adicionales, como son sus relaciones con los oráculos⁸⁶ y la conservación de estos contratos a lo largo del tiempo.

4.2.1.4. Los problemas que plantean las relaciones entre los contratos automatizados y los oráculos

Respecto del primer punto cabe preguntarse quién asumirá la responsabilidad en caso de que alguno de los oráculos utilizados por un contrato inteligente proporcione un dato erróneo —ya sea deliberada o accidentalmente— o si sus sistemas sufren una caída, un retraso al suministrar un concreto dato o un ataque o un mal funcionamiento y alguna de estas circunstancias, u otras semejantes, desencadena una ejecución automática de una cláusula del contrato que no debería haberse producido, causando perjuicios para alguna de las partes, que pueden ser de difícil o imposible reparación.

4.2.1.5. Los problemas que plantea la conservación de estos contratos a largo plazo

Por otro lado, la conservación de los contratos inteligentes en el tiempo es, también, una cuestión de capital importancia, sobre todo en el ámbito de la contratación inmobiliaria en el que los contratos se caracterizan, precisamente, por su larga duración.

Estos contratos estarán implementados en un concreto lenguaje informático, entendible por los programadores, que, luego, deberá ser traducido al lenguaje que el ordenador en el que se ejecute entienda —mediante su compilación o interpretación por una máquina virtual—.

Todas estas herramientas, por otro lado, experimentan una evolución tecnológica constante y, además, tienen dependencias respecto de la arquitectura y *hardware* de las máquinas en las que se ejecutan, de sus sistemas operativos, bases de datos, librerías, etc.; elementos todos ellos que, a su vez, tienen sus propios procesos de evolución tecnológica, que pueden ser muy breves, con lo que será necesario llevar a cabo frecuentes procedimientos de actualización, migración e, incluso, modificación o recodificación de los contratos existentes. Los mismos procesos de evolución tecnológica y brevedad en sus actualizaciones experimentarán los sistemas en los que se ejecuten los servicios proporcionados por los oráculos que utilice un concreto contrato, lo que, adicionalmente, puede dar lugar a cambios en la forma, vía formato o estructura, en la que estos servicios proporcionen la información, a lo que el contrato automatizado también deberá adaptarse para evitar ejecuciones incorrectas.

Todo lo anterior introduce nuevas y múltiples fuentes de error y de problemas de seguridad pero, también, plantea otros problemas, no ya de carácter tecnológico sino jurídico, como: ¿qué consentimientos serían necesarios para llevar a cabo estas tareas?, ¿bastaría que la persona o entidad que implementa y gestiona el sistema los realice por su cuenta?, ¿sería necesario recabar el consentimiento de todos los que hayan firmado algunos de los contratos?, ¿qué pasa con los contratos en los que alguno de los otorgantes se oponga, aunque los otros no?, ¿qué pasa si alguna de estas incidencias exigen la modificación del código de los contratos ya firmados por los otorgantes y, por ello, en principio, inalterables?, ¿y, si como consecuencia de la migración, recodificación o instalación de actualizaciones que solucionen fallos de programación, se introducen nuevos fallos o el funcionamiento del contrato migrado no es exactamente igual que el del anterior?, etc.

Todos los anteriores problemas conducirán, inevitablemente, a la reducción de los contratos a lo técnicamente posible de forma confiable, a la necesidad de suscribir seguros junto con los propios contratos automatizados como medio para hacer frente a los riesgos tecnológicos y los problemas de

responsabilidad expuestos, así como a una fuerte estandarización no solo de contratos sino también de cada posible cláusula. Efectivamente, en un entorno de exclusiva, o mayoritaria, contratación por medio de contratos automatizados, y con el fin de minorar los riesgos indicados, se acabaría codificando y comprobando concienzudamente cada posible cláusula y los contratos se irían conformando como una especie de *Lego*, añadiendo las concretas implementaciones informáticas de las cláusulas que, a lo largo del tiempo, y en su utilización en numerosos contratos preexistentes, hayan demostrado no ser una fuente de errores, lo que, por otro lado, producirá problemas en cuanto a la capacidad de adaptación al ágil y cambiante tráfico económico.

Un escenario como este, sin embargo, choca con la libertad de empresa y de contratación propias de una moderna economía de mercado, que se fundamenta en la libertad individual y la autonomía de la voluntad, consagradas en el artículo 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y que, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico español no solamente se reconoce en la Constitución —artículo 38: «*Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio...*»— y en el propio Código civil —artículo 1255: «*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*»— sino también en la legislación hipotecaria que establece un sistema de libre constitución de derechos reales y, así, el artículo 2.2 de la Ley Hipotecaria señala que: «*En los registros expresados en el artículo anterior se inscribirán: ... 2.º. Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbre y otros cualesquiera reales*» y en el artículo 7 de su reglamento que: «*Conforme al artículo 2.º de la Ley no solo deberán inscribirse los títulos en que se declare, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier otro pacto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales*».

No parecería lógico, por tanto, optar por una concreta solución técnica que suponga o que obligue a reducir las libertades de las que disfrutaban los ciudadanos y que el ordenamiento jurídico les reconoce —sobre todo cuando existen otras opciones que permiten preservarlas— ya que ello significaría atribuir a la tecnología el carácter de elemento esencial, y no accesorio o instrumental —que es su verdadero sentido—, lo que conduciría, finalmente, a que solamente se pudiesen establecer aquellas relaciones contractuales

que fuesen posibles técnicamente y en el modo y forma que la tecnología determinase, lo cual es inaceptable.

4.2.2. *El conflicto o dilema entre autoejecutabilidad y complejidad contractuales*

4.2.2.1. Referencia al ámbito inmobiliario

En efecto, lo expuesto pone de manifiesto que existe un conflicto entre autoejecutabilidad y complejidad contractuales. Ello explicaría por qué la cadena de bloques se está desarrollando especialmente en el ámbito de las finanzas⁸⁷ y, en particular, en determinadas áreas como las de los derivados⁸⁸, los cuales han alcanzado tal grado de estandarización que, en realidad, son *legal commodities*⁸⁹.

En el ámbito inmobiliario, sin embargo, las cosas se desarrollan muy distintamente. En efecto, suelen ser transacciones más complejas basadas en una relación contractual que suele prolongarse en el tiempo —contratos relacionales⁹⁰—. En los bienes inmuebles, además, pueden coexistir simultáneamente diversos tipos de *property rights* y, además, en muchas ocasiones las prestaciones se desarrollan a lo largo del tiempo y están sometidas a condiciones, es decir, al cumplimiento de acontecimientos futuros e inciertos, cuya apreciación no siempre es automatizable.

Hay que suponer, sin embargo, que un desarrollo progresivo de la inteligencia artificial permitirá que puedan ser autoejecutables transacciones cada vez menos simples.

Ello exige hacer una referencia al estado actual de desarrollo de la inteligencia artificial.

4.2.2.2. Referencia al estado actual del desarrollo de la Inteligencia Artificial —IA—

Puede afirmarse que todavía falta un largo camino por recorrer para que una inteligencia artificial pueda sustituir plenamente y con unas garantías mínimas a un operador jurídico, salvo que este realice tareas simples y de carácter repetitivo, lo que facilita su automatización.

Al igual que ocurriera previamente con las cadenas de bloques, así como con tantas otras tecnologías emergentes, la inteligencia artificial, actualmente, está de moda y experimentando una auténtica burbuja de expectativas. De este modo, se puede comprobar que cualquiera que sea el parámetro o la magnitud a la que se atienda —número de proyectos de investigación,

de publicaciones, volumen de inversión, menciones en la industria, en la política, etc.—, la inteligencia artificial no para de crecer⁹¹.

Este ambiente ha provocado que, al igual que ocurrió en el cambio de siglo cuando las empresas estaban obsesionadas con añadir la expresión *.com* a su nombre, hoy en día esto está sucediendo con la expresión *inteligencia artificial* o *IA*. ¿El motivo?, posicionarse mejor en el mercado, sobre todo, ante los inversores. Y parece que esta estrategia está dando resultado ya que un reciente estudio⁹² afirma que aquellas *startups* que dicen usar inteligencia artificial reciben entre un 15% y un 50% más de financiación que el resto, a pesar de que el 40% de dichas marcas, en realidad, no trabajan en nada relacionado con la IA.

Sin embargo, a pesar de que hoy en día la IA es una tecnología emergente no puede decirse que sea nueva ni, tampoco, que sea realmente inteligente.

Suele citarse la Conferencia de Dartmouth, celebrada en 1956 en la Universidad del mismo nombre, como la que marcó el arranque de esta materia, aunque, en realidad, sus inicios son anteriores⁹³. En dicha Conferencia los padres de la disciplina —Allen NEWELL, Herbert SIMON, Marvin MINSKY, Arthur SAMUEL y John MCCARTHY, este último fue el que le propuso el nombre de inteligencia artificial— sentaron sus bases en aspectos muy diversos como el procesamiento en lenguaje natural, las redes neuronales, los sistemas expertos, etc.

La conferencia finalizó en un ambiente de franco optimismo y así, por ejemplo, H. SIMÓN declaraba que en los 20 años siguientes las máquinas serían capaces de realizar el trabajo de cualquier hombre, mientras que MINSKY afirmaba que el problema de crear inteligencia artificial estaría sustancialmente solucionado durante su generación y, efectivamente, en los años 60 la IA vivió una época de esplendor con continuos desarrollos y avances pero, a pesar de ellos y del optimismo inicial, el objetivo de alcanzar una inteligencia artificial semejante o equiparable a la humana se demostró inalcanzable, con lo que las inversiones comenzaron a cortarse, las líneas de investigación a cerrarse y se entró en el periodo denominado *invierno de la IA*, que se extendió durante toda la década de los 70 y hasta finales de los 80, momento en el que la disciplina, poco a poco, resurge y comienzan a desarrollarse conceptos como *learning*, *deep learning*, inteligencia computacional, etc.

De esta época es también la caracterización tradicional de los diferentes tipos de Inteligencia Artificial⁹⁴ que distingue entre:

— *IA débil*: Se encuadrarían en esta categoría los sistemas dedicados a resolver problemas muy concretos y delimitados. Si se les enseña una nueva tarea *olvidarán* cómo hacer la anterior —olvido destructivo—. Son sistemas reactivos, sin ningún tipo de iniciativa ni capacidad de adaptación.

Se programan por humanos y no razonan —solo computan—. Se pueden citar como ejemplos de sistemas IA débiles los relacionados con juegos como DeepBlue —ajedrez—, AlphaGo —Go—, Watson —Jeopardy—, etc. pero, también, lo son los asistentes de voz, los de movilidad autónoma, etc.

Es en este nivel donde se han producido todos los avances que hasta ahora se han llevado a cabo en el campo de la IA. No obstante, todos ellos tienen más que ver con la potencia de computación que con la inteligencia. Se trata de sistemas que, respecto de una sola y concreta tarea, son mucho más eficientes computacionalmente que los humanos y, por tanto, están relacionados, más que con una inteligencia general, con un aspecto mucho más concreto y limitado de esta, que podría identificarse como una inteligencia procedimental o mecánica.

Prueba de ello es la llamada paradoja de MORAVEC⁹⁵, formulada por H. MORAVEC, R. BROOKS y M. MINSKY y que pone de manifiesto la aparente contradicción que supone el que, por un lado, pueda lograrse que los ordenadores lleven a cabo tareas que, *a priori*, son consideradas como difíciles por los humanos y hasta el punto de vencer a estos —como ocurre con el ajedrez, el go, etc.— pero, por otro lado, que sea difícil o imposible lograr que las máquinas alcancen determinadas habilidades de carácter perceptivo, motriz o lingüístico, que sí tienen, por ejemplo, los niños de corta edad, como la capacidad de reconocer personas o animales⁹⁶, de distinguir objetos⁹⁷, de moverse por un espacio con obstáculos⁹⁸, de poder realizar múltiples tareas o la ironía, el sarcasmo, el humor, etc. Así, los niños pequeños no necesitan ser entrenados en millones de imágenes de, por ejemplo, gatos antes de que puedan reconocerlos en una imagen. Es más, entenderán inmediatamente el concepto abstracto de gato, lo que, además, luego les servirá para identificarlos en contextos diferentes, lo que una IA, de momento, es incapaz de hacer.

— *IA general*: Categoría introducida con posterioridad a las otras dos y que se refiere a sistemas capaces de resolver cualquier tarea intelectual que se les presente y no solamente una como los del caso anterior. Son proactivos, flexibles, autoprogramables, capaces de adaptarse y de formular juicios y razonar ante una situación de incertidumbre a partir del aprendizaje y el entrenamiento previo. No existe, hoy en día, ningún sistema de este tipo.

— *IA fuerte*: En este caso se trataría de sistemas que tendrían las mismas características que los de la categoría anterior, pero, además, serían auto-conscientes, con capacidad subjetiva propia, así como para sentir emociones. Tampoco existe, a día de hoy, ningún sistema de esta clase.

Como decíamos anteriormente, los únicos sistemas de IA existentes actualmente son IA débiles sin que, de momento, se tenga idea alguna de cómo implementar un sistema de IA general o de IA fuerte. Uno de los motivos es que se desconoce el funcionamiento del único modelo que tenemos para

poder implementar sistemas de aquellos dos tipos: el cerebro humano y, tampoco, de cómo surgen en él las distintas cualidades mentales como la consciencia, la comprensión, el pensamiento, el razonamiento abstracto, el simbólico o, incluso, el ilógico o absurdo —además del deductivo, mecánico o procedimental que las máquinas sí han alcanzado—, la intuición, la imaginación, la creatividad, el sentido común, etc.

En este sentido, cabría preguntarse si el cerebro, la mente humana, es o no computable, es decir, formalizable en un algoritmo, o conjunto de ellos, ejecutables en un ordenador. Se trata, sin embargo, de una cuestión no resuelta —puede que nunca lo sea— y muy controvertida, existiendo reputados defensores de una y otra postura. Como ejemplos de autores que defienden que la mente humana es esencialmente superior a un ordenador, además de los ya citados anteriormente: GÖDEL o TURING, se pueden citar al físico-matemático R. PENROSE⁹⁹ o el filósofo J. R. LUCAS¹⁰⁰ y entre los que sostienen la postura contraria, es decir, que el cerebro es fundamentalmente una computadora compleja y que, al menos teóricamente, es posible que los ordenadores lleguen a equipararse a aquel, pueden mencionarse a D. HOFSTADTER¹⁰¹ o a D. DENNETT¹⁰².

Lo que sí es cierto es que los sistemas de IA actuales únicamente han logrado simular las partes computables de la inteligencia humana, como el cálculo, el razonamiento procedimental, deductivo o mecánico, etc., y que, por medio de estas herramientas, dichos sistemas han demostrado ser muy buenos en determinadas tareas como la búsqueda de patrones, la categorización y búsqueda de relaciones en grandes volúmenes de datos que, en principio, parecen inconexos, etc. Sin embargo, no es posible encontrar en ellos atisbo alguno de cualquiera de las otras cualidades mentales antes indicadas.

En este sentido, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que todos los algoritmos de IA existentes han sido, y lo siguen siendo, creados, desarrollados, implementados y perfeccionados por seres humanos, no por máquinas, y, en segundo lugar, que estos sistemas son incapaces de *elaborar* productos originales que requieran el concurso de aquellas últimas habilidades y, así, por ejemplo, la IA no podría crear, en el ámbito de las artes, estilos como el arte abstracto o el cubismo —aunque sí puede recrear el estilo de artistas de estos movimientos en base a sus obras— no directamente conectados con la realidad o, en relación con las ciencias, soluciones, en principio absurdas, como los números complejos o imaginarios¹⁰³ y que, sin embargo, son imprescindibles en la matemática —además de en la propia matemática compleja, son utilizados en sectores como la geometría, las ecuaciones diferenciales, la topología, etc.— pero, también, en el resto de las disciplinas científicas como la física —relatividad, mecánica cuántica, etc.—, la ingeniería —aeronáutica, electromagnetismo, electrónica, electrotecnia, mecánica de fluidos, telecomunicaciones, etc.—, etc.

En cualquier caso, los éxitos actuales de la tecnología de la IA no se basan tanto en avances significativos en su base conceptual, que sigue siendo más o menos la misma que hace 30 años, sino en la mejora exponencial que se ha producido en cuanto a la capacidad para obtener, almacenar, procesar y analizar ingentes cantidades de datos.

Por medio de estas operaciones, los sistemas de IA tratan inmensos volúmenes de datos relativos a supuestos o casos previos tanto de la materia concreta a analizar como de sus resultados y, en base a algoritmos de optimización —con los que se busca maximizar o minimizar determinadas variables—, van *aprendiendo* y construyendo árboles de decisión que les servirán para proponer soluciones a los nuevos casos que puedan plantearse. No obstante, estas soluciones serán propuestas de carácter puramente estadístico, en el sentido de ser las más probables teniendo en cuenta la información previamente *aprendida* y la lógica del algoritmo utilizado, por lo que no debería esperarse que sean correctas en todo caso.

Debe tenerse en cuenta, como hemos indicado anteriormente, que la simple ejecución de algoritmos no implica que en estos sistemas exista comprensión alguna acerca del problema que están tratando, por lo que atribuirles el carácter de inteligentes parece, cuando menos, exagerado. En 1980, J. SEARLE propuso¹⁰⁴ el experimento mental de la *habitación china*¹⁰⁵ para ilustrar esta idea.

Existen, además, limitaciones que afectan a los algoritmos de IA. En primer lugar, están las limitaciones, ya vistas, que afectan a cualquier sistema algorítmico, puestas de manifiesto por GÖDEL, CHURCH y TURING y, también, las dificultades relacionadas con la formalización algorítmica de materias eminentemente subjetivas, pero, en segundo lugar, los algoritmos utilizados en el ámbito de la IA tienen limitaciones y problemas específicos, como, por ejemplo, las siguientes:

— No es posible implementar ningún algoritmo de aprendizaje universal o genérico que, en todo caso, pueda proporcionar resultados correctos a los supuestos que se le planteen en base, únicamente, a la información que haya obtenido de los datos con los que ha aprendido. Es lo que resulta del teorema NFL para la optimización¹⁰⁶ que demuestra que existe una probabilidad no despreciable de que los algoritmos de este tipo —independientemente de cómo se hayan programado— proporcionen resultados totalmente erróneos cuando se les presenten nuevos supuestos que no se correspondan exactamente con aquellos con los que se ha alimentado al sistema para que aprendiese. Corolario de lo anterior es que los datos, por sí solos, no son suficientes, sino que habrán de ir acompañados necesariamente de conocimiento sobre la materia concreta que se está abordando y que habrá de introducirse, si ello fuera posible, en el algoritmo, lo que requerirá la intervención humana.

El teorema, sin embargo, no da indicación del tipo de conocimiento que será necesario introducir, sino que esta será una cuestión que dependerá de cada caso y habrá de determinarse por medio de prueba/error.

— En segundo lugar, y como consecuencia de la forma de operar de estos algoritmos, los resultados que proporcionan suelen presentar sesgos que tienen dos causas o fuentes principales: los datos de aprendizaje y la elección e implementación concreta del propio algoritmo.

Respecto de la primera de estas causas, las soluciones que proporcionan los algoritmos de IA son muy sensibles a los datos con los que se los alimenta de tal forma que puede ocurrir que aprendan en base a supuestos insuficientes o no relevantes para el caso concreto, bien porque ello se haga a propósito o porque se crea que los proporcionados son los únicos relacionados con la materia a tratar, porque se desconozca cuáles pueden ser los más importantes o porque no se disponga de datos relevantes, y se empleen otros sustitutivos, o se primen supuestos no directamente relacionados. Este tipo de riesgos, además de dar lugar a resultados inexactos, hace que las soluciones propuestas tengan sesgos en favor de los resultados de los supuestos con los que el sistema ha aprendido y, así, ha provocado que, entre otros calificativos, se haya acusado a los sistemas de IA de racistas¹⁰⁷, machistas¹⁰⁸, de perjudicar a los consumidores¹⁰⁹, de discriminar, e incluso matar a los pobres¹¹⁰, etc.

La segunda de las causas está relacionada con la calidad de los algoritmos utilizados y los posibles errores o desviaciones en su codificación o en las ponderaciones e importancia que estos algoritmos atribuyen a cada uno de los supuestos de aprendizaje, ya se hayan producido intencionada o inadvertidamente, lo que, indudablemente, puede tener consecuencias dramáticas para los titulares de los intereses sobre los que se decide y constituye un medio por el que puede introducirse la manipulación política, social o dar lugar a resultados discriminatorios¹¹¹. Un ejemplo de ello es el sistema COMPAS que es una herramienta de IA utilizada en los tribunales estadounidenses para evaluar la probabilidad de que un condenado pueda reincidir y que condiciona la probabilidad de que le sea otorgada, o no, la libertad condicional. El sistema no utiliza la raza del sujeto en su evaluación, pero sí tiene en cuenta otros criterios sesgados como el código postal. Los resultados que proporcionan pueden ser considerados racistas porque, en la práctica, atribuyen mayores índices de peligrosidad a afroamericanos que a blancos¹¹².

— Por último, los algoritmos de IA una vez que han sido codificados y empiezan su aprendizaje en base a los miles de supuestos de muestra que se le proporcionan, comienzan también, a comportarse autónomamente, en el sentido de que van estableciendo ponderaciones y construyendo sus propios árboles de decisión, lo que dificulta o imposibilita saber u obtener una justificación de por qué el algoritmo ha adoptado una determinada decisión, en relación con un nuevo caso que se le ha presentado¹¹³. Esta

circunstancia, por otra parte, plantea dificultades a la hora de determinar a quién debe atribuírsele la responsabilidad por los perjuicios causados por las decisiones erróneas del algoritmo de entre todos los que intervienen en la implementación y funcionamiento del sistema, a saber: el diseñador del algoritmo, su programador, quien haya seleccionado los casos en base a los cuales el sistema aprenderá, la persona que haya introducido en él estos precedentes, el operador del sistema, etc.

Estos y otros riesgos son algunas de las razones que explican que los poderes legislativos hayan comenzado a ocuparse de estos temas. Así, por ejemplo, en el ámbito europeo, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos¹¹⁴ reconoce, en su artículo 22¹¹⁵, el derecho de los ciudadanos a no ser objeto de una decisión basada, únicamente, en un tratamiento automatizado de la información, a poder reclamar intervención humana y a poder oponerse a la decisión adoptada e impugnarla. Además, el mismo Reglamento, esta vez en su artículo 15.1.h¹¹⁶, también reconoce el denominado «derecho a la explicación»¹¹⁷, es decir, el derecho a obtener información significativa sobre la lógica del algoritmo aplicado, en caso de que se hayan producido decisiones automatizadas que afecten a las personas, incluidas las elaboraciones de perfiles.

Pero no solo los legisladores, también los fabricantes tecnológicos —entre ellos *Amazon*, *Apple*, *Facebook*, *Google*, *IBM*, *Microsoft*, *Nvidia*, etc.— y organizaciones humanitarias —como Amnistía Internacional o *Human Rights Watch*— advierten de los riesgos de la utilización de estos algoritmos en el ámbito jurídico¹¹⁸, tomando como ejemplo el sistema COMPAS antes mencionado, e incluso, han reclamado que dejen de aplicarse¹¹⁹ por sus sesgos, imprecisión y opacidad y, también, por las graves consecuencias que tienen para los afectados.

Es necesario recordar que los operadores jurídicos con facultades jurisdiccionales o ejecutivas están obligados a resolver las pretensiones que se les presenten mediante resoluciones que, ya sean estimatorias o desestimatorias, habrán de estar motivadas, basadas en hechos y fundamentos de derecho y tener en cuenta las pruebas practicadas y las circunstancias concurrentes. Estas resoluciones, además, habrán de expedirse en todo caso, aun cuando no existan precedentes del caso concreto de que se trate o, aunque exista un cambio o una laguna legal en las normas aplicables.

No parece, por tanto, que con el estado actual de la materia sea aconsejable, ni tampoco deseable, que la adopción de decisiones que pueden afectar profundamente a la libertad y al resto de derechos fundamentales de una persona, a sus relaciones personales o a su patrimonio se encomiende a un conjunto de algoritmos, de ejecución implacable, fría, despiadada e irresponsable, en los que solamente se puede llevar a cabo una formalización parcial

de los conceptos subjetivos que integran el derecho; que adoptan sus decisiones no en base a razonamientos jurídicos sino en base a precedentes, que, como tales, devienen inútiles en caso de un cambio en la legislación o en la interpretación jurisprudencial o doctrinal de la norma y cuyos supuestos de hecho, pruebas y circunstancias pueden coincidir, o no, con los del caso a resolver o que puede que no sean los más pertinentes para ello o que, incluso, contribuyan a alejarlos todavía más de la solución correcta; que desconocen, no comprenden ni utilizan conceptos como justicia, ética, equidad, etc.; que tampoco tienen comprensión alguna del problema a resolver ni de las consecuencias de las posibles soluciones y que, como toda justificación de las decisiones que adopten, solo proporcionarán una mera probabilidad estadística de acierto que, además, tampoco estará del todo claro cómo han obtenido.

En definitiva, debe tenerse en cuenta que la inteligencia artificial implica la cesión del control humano en favor de las máquinas y de los algoritmos, que en ellas se ejecutan, los cuales no sienten ni comprenden ni se arrepienten ni responden ante nadie ni son capaces de evaluar la proporcionalidad de una decisión. Por todo ello, la aplicación del ordenamiento jurídico no debería dejarse en manos de algoritmos; la supresión de aquel control humano minaría permanentemente nuestros derechos, libertades y seguridad. Lo anterior, sin embargo, no quiere decir que esta tecnología deba considerarse como un enemigo, pero para que esto sea así será necesario que no se sustituya nuestro juicio por el suyo.

4.2.2.3. La existencia de una correlación negativa entre el valor de los derechos y la complejidad de las transacciones

Vaticinar, hoy por hoy, cuál sería el límite de la complejidad contractual autoejecutable no es fácil y ni siquiera posible, pero difícilmente podrán ser autoejecutables los contratos relacionales, frecuentes en el ámbito inmobiliario.

Puede afirmarse, por último, que existe una correlación negativa entre el valor de los derechos y la complejidad de las transacciones, por lo que, en este ámbito, los contratos automatizados y la cadena de bloques se desarrollan más fácilmente en transacciones de bajo valor¹²⁰.

4.2.3. *Cuando los contratos no son autoejecutables es necesaria la intervención de un tercero*

Será necesaria, por lo tanto, en un amplio rango de supuestos, la intervención de terceros. Ello no solamente rompe el concepto de la cadena

de bloques como sistema autosuficiente persona a persona en el ámbito contractual, sino que pone al descubierto su principal debilidad: la institucional, lo que no debería sorprendernos. En efecto, si la tecnología de los bloques encadenados es infalible, solo debería regir la *lex cryptographica*, pero, dado que la realidad muestra que no lo es, debe estar sometida al Estado de Derecho, como cualquier otra tecnología y, en general, cualquier comportamiento humano. La cadena de bloques, sin embargo, carece de tecnología institucional en caso de fallo porque, supuestamente, no falla. En todo caso, aunque la hubiera previsto, quedaría subordinada al Derecho.

Que el diseño institucional sea la principal debilidad de la cadena de bloques es especialmente significativo porque esta tecnología no incorpora ninguna nueva tecnología electrónica o física, sino que, partiendo de las existentes, las interrelaciona alineando, pretendidamente, los diferentes intereses en juego de modo que sean, supuestamente, convergentes. Sin embargo, como veremos seguidamente, no consigue que tal convergencia de intereses se produzca. Para demostrarlo, haremos referencia, en primer lugar, al modo como se han solucionado algunos de los principales incidentes habidos hasta ahora, para centrarnos después en la figura de los mineros y en los conflictos de intereses entre los diferentes agentes intervinientes.

4.2.3.1. Los incidentes *DAO* —*Decentralized Autonomous Organization*—

El primer incidente conocido en la plataforma *Ethereum* tuvo lugar en 2016. Esta plataforma es considerada por muchos como el paradigma de los *smart contracts* y su objetivo es implementar el principio de la *lex cryptographica*, conforme al cual *code is law*¹²¹, lo que significa que el código criptográfico, por sí solo, provee una autoejecutabilidad completa y repele su sometimiento a cualquier normatividad proveniente de un tercero, sea privado o público, incluido el Estado. En la realidad, sin embargo, las cosas se desarrollan muy distintamente, como puso de manifiesto el incidente sucedido en 2016.

Ante un fraude ocurrido en una cadena de transacciones, el equipo directivo de la plataforma decidió ejecutar una *hard fork*, esto es, una modificación en el *software* para revertir transacciones previas consideradas inválidas. Ello significaba la negación misma de la inmutabilidad de las transacciones, así como de su autoejecutabilidad y, en definitiva, del principio *code is law* decididas, además, por un escaso número de afectados y, por lo tanto, de interesados, nada neutrales para resolver el conflicto. Evidenció, asimismo, la existencia de una autoridad central, no elegida por nadie y sin autoridad legal alguna, con un innegable grado de poder que, además, usó en su propio beneficio. Ello dio lugar a que la comunidad se

dividiera y fundara una nueva criptomoneda, teóricamente fiel a las esencias del sistema, denominada *Ethereum Classic* (ETC), aunque solo hasta cierto punto porque, al menos para los casos de fraude, admite el recurso ante los tribunales¹²².

Este tipo de fraudes puede ocasionar graves perjuicios, específicos de los contratos inteligentes, tanto como consecuencia de la irrevocabilidad de las transacciones como de que, potencialmente, pueden afectar a todos los contratos que residan en la misma plataforma. Efectivamente, mientras que un fallo en un programa tradicional se soluciona instalando un parche o bien modificando su código fuente, recopilando e instalando la nueva versión y, en su caso, reconstruyendo datos, en el caso de los contratos inteligentes esto no es tan sencillo ya que las transacciones en la cadena de bloques no pueden revertirse por lo que la única forma de arreglar las consecuencias de un fallo de programación, además de modificar el código fuente como en el caso tradicional, es reescribir la historia, algo que, teóricamente, el protocolo de los bloques encadenados no permite.

Este incidente en el proyecto DAO fue posible porque había un fallo de programación en su código que permitió, solo un mes después de que el proyecto echase a andar, extraer *ether's* de unos 11.000 usuarios hasta alcanzar el equivalente de unos 50 millones de dólares. En este sentido, no se trató de un ataque en el sentido clásico, sino que el atacante, cuya identidad, a día de hoy, todavía es desconocida, simplemente hizo uso de una posibilidad —que era un error de programación— que el código ofrecía y así lo recalcó él mismo en una carta abierta que hizo pública en Internet¹²³, en la que, además, amenazaba con tomar medidas legales en caso de que las monedas que había conseguido le fuesen *robadas, incautadas o congeladas*.

Después de todo, como dice el slogan de la plataforma *Ethereum*, el código es la ley y, por tanto, si el código permite llevar a cabo una determinada acción por un tercero —aunque se trate de un error de programación—, una vez que los contratos han sido firmados por los otorgantes, teóricamente, estos han consentido todas las posibilidades que ofrece el código que integra dicho contrato y, al ser el código la ley del contrato, aquella acción es legal y debe ser permitida.

La historia pudo repetirse de nuevo. En enero de 2019, un día antes de una actualización planificada del *software* de la plataforma *Ethereum*, la compañía de seguridad *ChainSecurity*, especializada en auditoría de seguridad de contratos inteligentes, notificó a los gestores de dicha plataforma que la actualización provocaría, nuevamente, que algunos contratos quedasen expuestos a la misma vulnerabilidad que afectó al proyecto DAO¹²⁴. Igualmente, una sola auditoría llevada a cabo en marzo del pasado año ha detectado vulnerabilidades de diverso tipo en decenas de miles de contratos de la plataforma¹²⁵.

En cualquier caso, los anteriores no han sido los únicos incidentes con los contratos inteligentes de *Ethereum*. Así, entre otros, se puede señalar el que ocurrió a principios de noviembre del 2017, cuando otro fallo de programación en las denominadas *Parity Wallets* supuso la inutilización de los contratos y la congelación de 280 millones de dólares en *ethers*¹²⁶. A diferencia del caso anterior, en este supuesto el *bug* fue activado accidentalmente por un usuario que, además, había notificado días antes a la plataforma la existencia del mismo. En cualquier caso, llovía sobre mojado ya que en julio del mismo año otro fallo en las *Parity Wallets* permitió el robo de 32 millones de dólares en *ethers*¹²⁷ y, hace relativamente poco tiempo, entre los días 5 y 7 del mes de enero de 2019, la plataforma *ethereum classic* sufrió un ataque del 51% mediante el cual los atacantes anularon y reorganizaron bloques, llevaron a cabo dobles gastos, etc., hasta conseguir un equivalente total aproximado de 1,1 millones de dólares¹²⁸.

Por otra parte, BEDNAREK, A.¹²⁹ ha puesto de manifiesto la realización de otro tipo de ataque a la plataforma, aunque puede afectar a todo sistema que se base en el protocolo de las cadenas de bloques, y que consiste en la búsqueda sistemática de claves privadas.

Las claves privadas en la plataforma *Ethereum* tienen una longitud de 256 bits, por lo que el número de posibles claves privadas es de 2^{256} , que es un número mayor que el de átomos que se estima que tiene el universo conocido.

Hay que recordar que para operar con sistemas basados en el protocolo *blockchain* los usuarios habrán de disponer de una o más parejas de claves y que cada una de estas parejas está compuesta por una clave privada y otra pública¹³⁰.

Estas parejas de claves suelen generarse mediante los programas cliente que hacen las veces de monedero, y que se pueden instalar en un ordenador, tableta o teléfono personal, o bien mediante las cuentas abiertas en los sistemas de las entidades que prestan servicios de compra, venta y cambio de criptomonedas. Lo único que protege a los usuarios frente a que su misma pareja de claves se genere por sistemas distintos y se asignen a personas diferentes es la estadística, ya que es altamente improbable que se generen claves iguales, dado el elevado número de claves privadas posibles —en el caso de *Ethereum*: 2^{256} , como hemos visto anteriormente—.

No obstante, dentro de este conjunto de posibilidades, existen claves privadas que son más *débiles* que otras, en el sentido de que tienen una baja aleatoriedad, como aquellas en las que todos, o casi todos, los caracteres que las conforman son iguales¹³¹. Este tipo de claves pueden generarse bien porque el *hardware* criptográfico o el programa monedero que las genere tengan una baja calidad, bien por un defecto de programación, bien porque el usuario haya seleccionado una determinada clave privada que le sea

fácilmente memorizable con el fin de evitar el riesgo de perder las monedas en caso de avería, pérdida, robo, etc., del soporte en el que hubiese almacenado dicha clave privada, o bien para no tener que almacenarla en ningún soporte y, así, evitar accesos indebidos a estos.

Mientras que a partir de una clave pública no puede obtenerse su clave privada asociada, para obtener la clave pública que se corresponde a una determinada clave privada, solo tenemos que aplicar a esta última una función criptográfica.

Teniendo en cuenta lo anterior, el ataque consiste en elaborar listados de posibles claves privadas débiles, calcular las claves públicas que les corresponden y comprobar, en la cadena de bloques —que es pública—, si alguna de estas claves públicas se ha utilizado alguna vez. Si es así, significa que dicho par de claves, pública y privada, se han asignado a algún usuario y como el atacante tiene ambas claves puede acceder a la cuenta de aquel y reenviarse las monedas que contenga a una cuenta propia.

En el estudio indicado anteriormente, BEDNAREK A. muestra que, efectivamente, existen cuentas basadas en claves privadas débiles o *adivinales* y, también, atacantes dedicados a vaciar estas cuentas en la forma descrita en el párrafo anterior y, de hecho, uno de ellos llegó a reunir de esta forma un equivalente superior a 54 millones de dólares¹³².

4.2.3.2. El *Bitcoin Cash*

En 2017 se planteó un conflicto en el seno de la comunidad *Bitcoin* sobre el tamaño de los bloques¹³³. El protocolo de *Bitcoin* lo fijó en un tamaño relativamente bajo, a efectos de evitar ataques de denegación de servicio, lo que, sin embargo, disminuye la velocidad de procesamiento, haciendo que la de *Bitcoin* sea mucho menor que la de los operadores financieros ordinarios.

Con esta situación, el citado conflicto puso de manifiesto el conflicto existente entre los diversos intereses en juego. Efectivamente, se observa que los desarrolladores están interesados en el perfeccionamiento y mejora del rendimiento del protocolo. Los usuarios, por su parte, también están interesados en tiempos cortos para la confirmación de sus transacciones, pero, igualmente, en comisiones lo más bajas posibles, mientras que las compañías y los mineros desean aumentar sus ingresos en el corto plazo, así como disminuir sus costes; y esta contraposición de intereses ha dado lugar a una auténtica guerra civil y a la adopción de soluciones *hard fork*, al igual que en el caso de *Ethereum*.

A los efectos de este trabajo, interesa destacar que, con motivo de este conflicto, también se ha puesto de manifiesto la monopolización de la práctica totalidad de la capacidad de minado por unos pocos grupos, que se

oponen a cualquier modificación que pueda alterar su estatus actual, lo que supone, además, la pérdida de control de *Bitcoin* por parte de los usuarios que era, precisamente, uno de los objetivos iniciales; también la falta de claridad respecto de la cuantía de las comisiones a pagar por la realización de las transacciones y su previsible rápido crecimiento en el futuro; la falta de democracia en la comunidad *Bitcoin*, etc.¹³⁴.

Todo ello pone de manifiesto la existencia de fallos básicos de tecnología institucional ante los que los usuarios están indefensos, en manos de quienes dominan las plataformas y cuyos intereses solo pueden ser defendidos, en última instancia, por el Estado. A estos conflictos pasamos a referirnos seguidamente.

4.2.4. *La necesidad de determinar la legislación aplicable y la conveniencia de homogeneizar su regulación*

Hoy por hoy, los contratos automatizados carecen de una regulación específica en nuestro país.

Cierto es que, como sostiene LEGERÉN-MOLINA¹³⁵, la idea con la que surgieron estas cadenas era establecer un sistema de pagos alternativo al vigente —eliminando la necesidad de intermediarios— al ser una base de datos descentralizada y permanente y, en cierta medida, que «actúa fuera de las fronteras del Derecho». Pero cierto es también que cuando surjan problemas en la ejecución —*bugs* en el código, por ejemplo—, ha de arbitrarse algún sistema de reclamación; dificultad que se agrava por el hecho de que en las cadenas de bloques intervienen personas de diferentes jurisdicciones. En tal sentido, en algunos Estados se está desarrollando legislación tanto sobre las cadenas de bloques como sobre los contratos automatizados.

Por ello, el primer Informe sobre *Legal and Regulatory Framework of Blockchain and Smart Contracts*, elaborado por el *European Union Blockchain Observatory and Forum*, publicado el 27 de septiembre de 2019¹³⁶ propone, entre otras recomendaciones, definir legalmente, a nivel de la Unión Europea, qué debe entenderse tanto por *smart contracts* como por *blockchain*, así como armonizar su regulación, dando prioridad a los problemas planteados por las mismas relacionadas con el entorno digital y la protección de datos.

Mientras tanto, en nuestro país, hemos de acudir a la normativa general de los negocios jurídicos y contratos, a la que regula la contratación electrónica, la relativa a los servicios de la información, a pesar de que no den respuesta acabada a todos los eventuales problemas, así como, en su caso, la legislación de condiciones generales, la protectora de los consumidores y de blanqueo de capitales, entre otras.

V. LA DEBILIDAD DEL DISEÑO INSTITUCIONAL DE LA TECNOLOGÍA DE LA CADENA DE BLOQUES: LOS INCENTIVOS DE LOS DIFERENTES ACTORES DE LA RED NO ESTÁN ALINEADOS

5.1. INTRODUCCIÓN

Una institución es un conjunto de normas de todo tipo que definen lo que está permitido y lo que está prohibido en un determinado campo y, por lo tanto, modulan la conducta humana¹³⁷. Para que ese conjunto de normas genere el comportamiento deseado es necesario que los incentivos de los diferentes participantes se ajusten a fin de que cada uno de ellos adopte el comportamiento esperado y, en el caso de no ser así, exista una autoridad que sancione los comportamientos no permitidos y, de este modo, desincentive, en última instancia, la adopción de tales comportamientos.

Como hemos visto, la tecnología de la cadena de bloques presenta debilidades sustanciales en ambas vertientes de su diseño institucional, lo que es especialmente grave porque no incorpora ninguna nueva tecnología electrónica, sino que se vale de las existentes, pero, afirmando que ha generado un diseño institucional que alinea los intereses de los participantes hasta tal punto que impide los comportamientos deshonestos y, por lo tanto, hace innecesaria la intervención de terceros. En este apartado vamos a centrarnos en estos aspectos.

5.2. LOS INCENTIVOS DE LOS MINEROS

El objetivo de Satoshi NAKAMOTO cuando publicó su artículo¹³⁸, en el que presentaba el primer diseño del sistema *Bitcoin*, era el establecimiento de una red de intercambio de valor, global, descentralizada, caracterizada por la privacidad, sin intermediarios y configurándola como una especie de organismo autorregulado en el que los distintos intereses en juego se reforzarían unos a otros, todo ello en beneficio de los usuarios, que serían el centro del sistema.

En este diseño los mineros desempeñan un papel crucial, ya que son los actores mediante los que se introducen nuevas monedas en el sistema y, además, sobre ellos descansa toda la labor de garantizar la seguridad mediante el minado de los bloques y la construcción de la propia cadena de bloques.

Desde este último punto de vista, cuanto mayor sea el número de mineros, es decir, cuanto mayor sea la capacidad total de minado que en un momento dado exista en el sistema, mayor será la dificultad para resolver la búsqueda matemática mediante la que se minan los bloques y, por tanto,

menor será la probabilidad de que un minero o un grupo de mineros, puedan llevar a cabo con éxito un ataque del 51%.

De este modo, el sistema será tanto más seguro cuanto mayor sea la capacidad de cálculo de la que disponga, pero, idealmente, también sería necesario que dicha capacidad se encuentre distribuida entre un elevado número de mineros, de tal forma que ninguno de ellos, por sí solo o conjuntamente con otros, pueda atacar el sistema con ciertas garantías de éxito.

Si se cumplen estas condiciones se desactivan las eventuales intenciones de burlar al sistema, por parte de un minero que quisiese hacerlo, al no tener capacidad suficiente para ello, ya sea por sí solo o aún asociándose con otros. De esta forma se *fuerza* a que los intereses de todos los mineros se encuentren alineados con los objetivos que persigue el protocolo *Bitcoin*.

En los primeros días del sistema, dichas condiciones, efectivamente, se cumplían. *Bitcoin* todavía tenía escaso valor y los mineros tenían un carácter principalmente doméstico, utilizando sus propios ordenadores personales para llevar a cabo las labores de minado, cumpliéndose así el sueño libertario de Satoshi, de producir dinero *cultivándolo* domésticamente.

No obstante, conforme el valor de la moneda subía, un número cada vez mayor de mineros ingresaba en el sistema, lo que, a su vez, provocó que la probabilidad de que un minero concreto consiguiese minar un bloque disminuyese, pero, al mismo tiempo, también provocó que los gastos aumentasen. Para salvar estos inconvenientes, los mineros comenzaron a profesionalizarse y a asociarse y, así, compartir ganancias y gastos. De esta forma, a día de hoy, el minado de bloques se ha transformado en una actividad totalmente industrializada, lo que, además, ha supuesto la práctica expulsión de los mineros domésticos u ocasionales.

Efectivamente, la creciente complejidad técnica y, también, los crecientes recursos financieros, materiales y humanos necesarios para minar las monedas favorecen la aparición de superestructuras o grupos de mineros y de grandes granjas con miles de máquinas especializadas, dedicadas exclusivamente al minado de criptomonedas y ello hasta tal punto que, en los meses anteriores a la fecha de este artículo, más del 50% de la capacidad de minado mundial estaba en manos de, únicamente, tres de estos grupos y solamente nueve de ellos reunían, aproximadamente, el 80% de la capacidad total de minado¹³⁹.

Como consecuencia de lo anterior, no solo se ha producido una progresiva y efectiva centralización, en contra de los postulados y objetivos iniciales con los que se había diseñado el protocolo, sino, también, que los mineros comenzaron a desarrollar comportamientos que pueden considerarse no conformes con aquellos objetivos y los intereses de los usuarios e, incluso, abusivos.

Lo anterior, sin embargo, no debería sorprender ya que, en esta materia, como en toda actividad humana, siempre habrá alguien dispuesto a lucrarse

a costa de otros y los únicos impedimentos que pueden evitar que lo hagan son la dificultad y los costes necesarios para lograrlo, así como la probabilidad de ser detectado y sancionado, la cual, en este caso, es bastante baja dado el anonimato que caracteriza el protocolo.

Así, pueden encontrarse actuaciones encuadrables en lo que podría denominarse comportamientos abusivos derivados del carácter cuasi monopolístico de las grandes agrupaciones mineras, así como de la actividad lobista de empresas que se desenvuelven en torno a los mineros —fabricantes de *hardware* especializado en minado [ASIC's], etc.—, que buscan, principalmente, el mantenimiento de su *status quo*, oponiéndose a toda alteración que vaya en detrimento de sus ingresos, para lo cual no han dudado, incluso, en acosar a los disidentes. Estas actitudes se han producido en, entre otros momentos, la denominada guerra por el tamaño de los bloques, suponen un obstáculo insalvable para el desarrollo y la evolución tecnológica del sistema y ocasionan perjuicios a los usuarios.

Pero, además, los mineros también están realizando actuaciones deshonestas como, por ejemplo, los ataques del 51% que recientemente han comenzado a producirse.

Por lo que respecta a la guerra por el tamaño de los bloques, cabe señalar que, en un principio, no se fijó un tamaño máximo para los bloques, sino que este era libre. Sin embargo, ello facilitaba la realización de ataques de denegación de servicio, consistentes en que cualquier minero podría crear bloques de, por ejemplo, varios *gigabytes* integrados por micro-transacciones fraudulentas¹⁴⁰, lo que provocaría que los nodos de la red perdiesen la mayor parte de su tiempo y capacidad descargando, verificando y retransmitiendo bloques; dejándolos sin tiempo ni recursos para confirmar las transacciones regulares y, por otra parte, también daría lugar a la expulsión de los pequeños mineros sin recursos suficientes para adquirir máquinas que pudiesen soportar aquella carga y minar bloques tan grandes, provocando, con ello, la centralización del sistema.

No obstante, fijar un tamaño bajo de bloque tiene sus propios inconvenientes ya que abriría la puerta a otro tipo de ataques, los denominados *ataques de inundación*, que tratan de saturar el sistema, también con micro-transacciones fraudulentas, de tal forma que la mayoría de las transacciones existentes en un momento dado en el «depósito» de transacciones sin confirmar, de donde los mineros obtienen las transacciones que van a incluir en los nuevos bloques, serían este tipo de transacciones, con lo que las legítimas tendrían muchas dificultades para ser incluidas en una nueva propuesta de bloque, dado el reducido tamaño de estos.

Finalmente, como solución de compromiso, a mediados de 2010 se fijó el tamaño de 1Mb, aunque, debe tenerse en cuenta que este tamaño es un tamaño máximo, es decir, puede haber bloques más pequeños y, de hecho,

hasta enero y marzo de 2017 no se produjeron los primeros bloques de 0,98 Mb y 0,99 Mb, respectivamente, y, hasta octubre de 2017¹⁴¹, no se minó el primer bloque de 1 Mb.

Sin embargo, este tamaño de bloque tiene como consecuencia que la capacidad máxima de procesamiento de transacciones por unidad de tiempo se reduce a, aproximadamente, siete transacciones por segundo, frente a los operadores financieros tradicionales que tienen velocidades de procesamiento de decenas de miles por segundo¹⁴².

Para remediar este problema, a lo largo de 2015 se formularon diversas propuestas para aumentar el tamaño de los bloques¹⁴³: *Bitcoin Classic*, *Bitcoin Unlimited*, *Segregated Witness*, etc. Una de las más ambiciosas era la denominada *Bitcoin XT*, de G. ANDRESEN y M. HEARN, que habían sido desarrolladores principales de *bitcoin*, y consistía en aumentar el tamaño de los bloques de 1 Mb a 8 Mb en una primera fase, para duplicarlo posteriormente cada dos años, hasta alcanzar los 8.192 MB, añadiendo, además, mejoras en el protocolo.

No obstante, para que cualquiera de estas propuestas fuese adoptada era necesario que se aceptase e instalase por la mayoría de los mineros. Sin embargo, estos se opusieron fuertemente a la mayoría de ellas — y, sobre todo, a *Bitcoin XT* que era una de las que mayor tamaño de bloque proponía— incluso realizando ataques coordinados a los nodos que las instalasen.

Finalmente, como consecuencia de todo ello, a principios de 2016 M. Hearn, comunicaría su retirada¹⁴⁴ denunciando la monopolización de la práctica totalidad de la capacidad de minado por unos pocos grupos que sistemáticamente se oponían a cualquier modificación que pudiera alterar su *status*, la pérdida de control de *bitcoin* por parte de los usuarios, la falta de claridad respecto de la cuantía de las comisiones a pagar, la falta de democracia en la comunidad *bitcoin* y, en definitiva, el, a su juicio, carácter fallido del sistema.

En cualquier caso, el problema persistía y, conforme el tamaño de los bloques se iba acercando a 1 Mb, las comisiones también comenzaron a aumentar. Así, mientras que la media de las comisiones que los mineros recibieron por día durante 2014 fue de 12,86 *bitcoins* y de 22,22 *bitcoins* en 2015, comenzó a aumentar considerablemente a partir de entonces, alcanzando una media de 67,19 *bitcoins* en 2016 y de 268,37 *bitcoins* en 2017 y, en días concretos de este último año, se llegaron a pagar, también en media por día: 588 *bitcoins* el 30 de mayo; 783 *bitcoins* el 13 de noviembre o 1495 *bitcoins* el 22 de diciembre¹⁴⁵. Estas últimas cantidades llegaron a representar el 42% de las retribuciones totales que los mineros recibían —comisiones más retribución por el minado de bloques—. A partir de 2017, no obstante, las ganancias por comisiones comenzaron a descender bruscamente hasta la media actual, en 2019, de 57,93 *bitcoins*.

Lo anterior demuestra que los usuarios estaban dispuestos a pujar unos contra otros por un recurso que cada vez se hacía más escaso: el espacio en los bloques, con el fin de que sus transacciones fuesen confirmadas e incluidas en ellos cuanto antes. Es el tradicional juego de oferta y demanda, de tal forma que la cuantía de las comisiones en cada momento vendrá determinada por la intersección de la demanda de espacio en los bloques para incluir las transacciones y la oferta de dicho recurso, que es fijo, lo que limita el número máximo de transacciones que pueden incluirse en cada uno.

En relación con ello, debe tenerse en cuenta, además, la asimetría que existe en el protocolo de los bloques encadenados entre las políticas de retribución y las de pago de comisiones, ya que, mientras que para la retribución de los mineros se establecen normas estrictas que determinan su reducción a la mitad cada vez que se minan 210.000 bloques, no existen directrices claras en cuanto al pago y a la cuantía de las comisiones ya que nada obliga a un usuario a pagar una cuantía mínima, pero tampoco nada obliga a los mineros a incluir en un bloque las transacciones que no vayan acompañadas del pago de alguna comisión, ni tampoco existe un tope máximo para la cuantía de estas. Todo ello hace que en periodos en los que se realicen un gran número de transacciones, lo que, en principio, parecería deseable, desde el punto de vista del éxito del sistema, el importe de las comisiones pueda crecer descontroladamente y que, por otro lado, la confirmación de aquellas transacciones que no vayan asociadas al pago de alguna comisión, o en las que el importe de estas sea bajo comparadas con las demás, pueda quedar pospuesta indefinidamente dentro de dichos periodos.

En consecuencia, los usuarios están interesados en bloques más grandes, pero no los mineros, ya que ello les supondría una menor recaudación por comisiones, las cuales, además, cada vez adquirirán mayor importancia dada la retribución decreciente que obtienen por minar bloques y, únicamente estarían dispuestos a admitir aumentos en el tamaño de los bloques en la cuantía mínima necesaria para evitar la huida de usuarios del sistema, como así ha ocurrido.

Efectivamente, uno de los motivos que explican el descenso brusco en las comisiones —además de la pérdida de valor de la moneda a partir de finales de 2017, principios de 2018— fue la activación, a partir del 23 de agosto de 2017, de una de las propuestas de modificación del sistema antes indicada, la denominada: SegWit —*Segregated Witness*— consistente en una modificación mínima del protocolo *Bitcoin* que supone el aumento efectivo del tamaño de los bloques pero sin necesidad de realizar un *hard fork* sino un *soft fork* —a diferencia de, por ejemplo, *Bitcoin Cash* que supuso un *hard fork*, también en agosto del 2017— y, por tanto, manteniendo la compatibilidad con la cadena existente en ese momento. Esto se consigue, simplifícadamente, mediante la reorganización y optimización de los datos

de las transacciones, principalmente de sus firmas, lo que produce un efecto equivalente a aumentar el tamaño de los bloques a, aproximadamente, 2 MB.

Esta modificación fue apoyada por el 99,95 % de la red y fue adoptada como solución de compromiso para evitar la fuga de usuarios, también por no suponer más que un aumento mínimo de tamaño y por no requerir la realización de un *hard fork*; no obstante, su utilización está siendo muy gradual, de tal forma que, a día de hoy, las transacciones SegWit todavía no han superado el 55% del total¹⁴⁶. En cualquier caso, el cambio supuso el aumento del indicado recurso escaso del espacio en los bloques y, por tanto, la disminución de su «precio». Parece, por otra parte, que esta modificación ha sido suficiente, al menos por el momento, ya que el tamaño del bloque más grande que se ha minado desde entonces es de 1,305 MB¹⁴⁷.

5.3. LA EXISTENCIA DE INTERESES CONTRAPUESTOS ENTRE LOS DIFERENTES PARTICIPANTES

De todo lo anterior puede deducirse la existencia de intereses contrapuestos entre los diversos actores intervinientes. Por un lado, como hemos señalado anteriormente, están los de los programadores y desarrolladores del sistema que buscan, básicamente, perfeccionarlo y mejorar, entre otros factores, su seguridad y su «productividad» y hacia este fin estaban encaminadas las propuestas de aumento del tamaño de los bloques antes mencionadas. Los usuarios, por su parte, buscan la rápida confirmación de sus transacciones, pero, también, unas comisiones lo más bajas posible, por lo cual también les interesan bloques de mayor tamaño. Finalmente, los intereses de los mineros son, fundamentalmente, la disminución de los costes y el aumento de sus ingresos en el corto plazo, pero estos intereses se ven perjudicados con bloques de mayor tamaño ya que:

— Ello supone un mayor número de transacciones que verificar, transmitir e incluir en cada bloque que, al ser más grande, también será más difícil de minar, por lo que aumentarán los recursos de computación necesarios para mantener los tiempos medios de minado que tenían antes del aumento de tamaño y, por tanto, para mantener su retribución media, lo cual supone mayores costes de operación.

Debe tenerse en cuenta que durante 2016 y 2017, dada la popularidad creciente y el aumento de valor del *Bitcoin*, los grandes grupos de mineros acometieron importantes inversiones con el fin de incrementar su capacidad de cálculo. Luego sobrevino la caída de valor de la moneda sin que todavía hubiesen amortizado aquellas inversiones; las cuales, por otro lado, podrían resultar inútiles en caso de que, para aumentar el tamaño de los bloques,

fuese necesario llevar a cabo un *hard fork*, al no mantenerse la compatibilidad del nuevo protocolo respecto del anterior, ya que las máquinas especializadas de minado —ASIC's— que utilizan, podrían no funcionar en el nuevo escenario o hacerlo con mucha menor productividad.

— Por otro lado, cuanto más grandes son los bloques, mayor es el riesgo de minar un bloque huérfano, es decir, un bloque que se incluya en una rama que acabe siendo desechada. Minar un bloque huérfano supone, para los mineros, una pérdida de tiempo, recursos y dinero.

— Unos mayores requisitos del *hardware* y una mayor tasa de bloques huérfanos pueden desestabilizar la generación de bloques y el cálculo de la dificultad del minado, lo que hará el sistema más inseguro.

— Con bloques de mayor tamaño el número de bloques necesarios para incluir las transacciones pendientes disminuye y, con ello, la probabilidad de conseguir minar un bloque y, por tanto, de ser retribuido por el sistema.

— Como se ha visto, la utilización de bloques más grandes supone, también, la disminución en la cuantía de las comisiones, ya que habrá menos competencia por el espacio en ellos, al ser este «recurso» más abundante. Y ello en un contexto en el que la retribución por el minado de bloques irá disminuyendo progresivamente.

Estas y otras razones explican la dura oposición de los mineros y de las empresas relacionadas con ellos a cualquier modificación del sistema que pase por aumentar el tamaño de los bloques y, en general, a cualquier otra mejora o perfeccionamiento del protocolo que pueda afectar a sus intereses. De esta forma, desarrollan comportamientos y prácticas monopolísticas, oponiéndose y desincentivando las mejoras del producto y, especialmente, aquellas que puedan suponer una reducción de precios permanente, de tal forma que los usuarios se verán abocados a pagar más y por una peor calidad.

Pero, además de lo anterior, recientemente, han comenzado a producirse ataques directos al sistema por parte de mineros. Efectivamente, los ataques del 51%, que hasta hace poco se consideraban posibilidades meramente teóricas o, en el peor de los casos, altamente improbables, ya se están produciendo.

Recordemos que, mediante este tipo de ataques, un minero o un grupo de mineros que reúnan más del 50% de la capacidad de minado existente en un momento dado, podrán llevar a cabo una serie de ataques sobre la cadena de bloques como evitar que determinadas transacciones sean confirmadas, reescribir el historial de transacciones, utilizar las mismas monedas para realizar múltiples pagos, etc.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que, si bien reunir una capacidad de cálculo superior al 50% del total garantiza que se puedan llevar a cabo los anteriores ataques, el contar con una capacidad inferior a dicho porcen-

taje, pero, sin embargo, significativa, también permitirá atacar la cadena de bloques, no con total garantía de éxito —como en el caso de los ataques del 51%—, pero si con altas probabilidades de alcanzarlo¹⁴⁸.

Uno de los primeros ataques de este tipo ocurrió ya en 2013, con la moneda *Feathercoin*¹⁴⁹, que en aquel momento era la sexta criptomoneda más importante, pero es en tiempos más recientes cuando ha comenzado a aumentar su número. Así, desde mediados de 2018, se pueden mencionar, entre otros, los ocurridos con las siguientes monedas: *bitcoin Gold*¹⁵⁰ —respecto de la que los atacantes lograron hacerse con un equivalente a 18,6 millones de dólares—, *Verge Currency*¹⁵¹ —en dos ataques sucesivos, con pocas semanas de diferencia, fueron sustraídos el equivalente a 1,1 y 1,75 millones de dólares, respectivamente—, *ZenCash*¹⁵² —en este caso se sustrajo el equivalente a 550.000 dólares—, *Monacoin*¹⁵³ —aproximadamente cien mil dólares—, a finales de 2018 también fue atacada la moneda *Vertcoin*¹⁵⁴ —otros cien mil dólares— y, en enero de 2019, fue el turno de *Ethereum Classic*¹⁵⁵ —1,1 millones de dólares—.

Es cierto que algunas de las anteriores monedas no eran muy importantes en cuanto a su capitalización, tráfico y capacidad de minado que las sostenían, lo que facilita los ataques, pero, sin embargo, la última de las indicadas, *Ethereum Classic*, estaba dentro del top 20¹⁵⁶ por su capitalización en el mercado, en el momento de ser atacada. De todas formas, debe tenerse en cuenta que esta mayor facilidad para atacar las cadenas de bloques soportadas por capacidades de minado no muy elevadas es semejante a la que afecta a sistemas que pueden hacer uso de cadenas de bloques privadas —por ejemplo para gestionar un registro inmobiliario— en los que el número de nodos mineros es mucho más reducido que en el caso de las criptomonedas, y en los que a un agente deshonesto, ya sea interno o externo al propio sistema, le bastará con hacerse con el control de un número comparativamente mucho más reducido de nodos para llevar a cabo este tipo de ataques.

En cualquier caso, existen factores que permiten prever un número creciente de ataques en el futuro¹⁵⁷ como, por ejemplo:

— Que con el paso del tiempo la tecnología se va conociendo mejor, cada vez hay un mayor número de expertos en ella y los ataques que se producen son cada vez más sofisticados.

— La progresiva disminución de la retribución que los mineros reciben por minar bloques.

— La aparición de hardware de minado capaz de minar diversas monedas indistintamente¹⁵⁸.

— El descenso del precio del hardware de minado principalmente por la aparición de un gran mercado de segunda mano de este tipo de máquinas

como consecuencia del cierre de granjas de minado que han dejado de ser rentables al disminuir el valor de las criptomonedas¹⁵⁹.

— La proliferación de entidades que permiten alquilar grandes capacidades de minado¹⁶⁰.

— La explosión cámbica en el número de criptomonedas, de tal forma que a día de hoy superan ampliamente las dos mil¹⁶¹.

— La influencia de factores externos como la progresiva extensión a este sector de la legislación antifraude y contra el blanqueo de capitales, lo que provoca la huida de usuarios, la disminución del valor de las monedas y, con ello, de la rentabilidad del minado. También la posible prohibición de la actividad minera que se está estudiando en algunos países, como el caso chino antes mencionado, y que supondría la desaparición, de un día para otro, del 70% de la capacidad de minado mundial.

En definitiva, y si bien en el diseño del sistema se habían intentado compatibilizar los diversos intereses en juego, de tal forma que el ejercicio de sus propios intereses egoístas, pero lícitos, por cada uno de los actores intervinientes redundaría en beneficio de todo el sistema; la aparición de circunstancias no previstas inicialmente o que han supuesto una desviación de los parámetros de diseño del protocolo como: la progresiva profesionalización, industrialización y centralización de la minería, unido a la toma de conciencia —por parte de los propios mineros— de su carácter esencial para el sistema y su defensa de este *status*, la aparición de un nuevo mercado del que obtener ingresos —el del tamaño de bloque—, así como todos los indicados en la relación anterior; han provocado que los incentivos de cada uno de aquellos actores hayan dejado de estar alienados y, como consecuencia de ello, que hayan aparecido mineros dispuestos a atacar el sistema en beneficio propio si existe una mínima posibilidad de éxito.

De esta forma, las servidumbres de la realidad han superado al diseño, por lo que no puede darse por sentado que el protocolo *blockchain* garantizará, en todo caso, que solo se desplegarán actitudes irreprochables, independientemente de las circunstancias concurrentes, sino, que, como se ha visto, estas circunstancias han determinado que los mineros hayan comenzado a actuar más estratégicamente y a desarrollar comportamientos abusivos y deshonestos.

5.4. NO HAY NINGUNA AUTORIDAD COMPETENTE PARA TOMAR DECISIONES NI RESPONSABLE DE LOS DAÑOS CAUSADOS

Teóricamente, la cadena de bloques opera de un modo completamente descentralizado y, por lo tanto, sin autoridad central alguna que vigile o

controle las transacciones. Son los propios participantes los que desempeñan esa función. En consecuencia, en caso de conflicto, como señala LEGERÉN-MOLINA¹⁶², no habrá una entidad a quien reclamar y que deba de hacer frente a la responsabilidad que eventualmente pudiese surgir, sea civil, penal o de otro tipo. Como señala GÓMEZ GÁLLIGO¹⁶³ no solo no hay una autoridad supervisora sino tampoco responsable.

Como consecuencia, en la realidad, cuando se plantea un conflicto, como cualquiera de los enumerados a lo largo de estas páginas, los resuelven quienes tienen *poder* para hacerlo, aunque no tengan *autoridad* para ello. Siempre hay alguien que tiene poder para ello porque el sistema nunca es completamente descentralizado, sino que siempre hay una clave matriz originaria que permite su monitorización. Y la realidad demuestra que quien tiene el poder lo usa siempre en su propio beneficio.

Por ello, estamos de acuerdo con LEGERÉN-MOLINA¹⁶⁴ en que este hecho invitará, como parece sensato, a que los potenciales intervinientes —especialmente, cuando pretendan invertir gran cantidad de tiempo o dinero— deliberen de manera detenida la conveniencia de participar o no en cadenas de bloques de carácter público.

Todo ello pone de manifiesto que la tecnología de la cadena de bloques no es autosuficiente, y que, por lo tanto, requiere la intervención humana. También pone de manifiesto que no es tan descentralizada como se pretende, sino que se halla, en última instancia, bajo un poder incontrolado —un «dictador benevolente»—, por lo que tampoco tiene un contenido inmodificable, sino que, por el contrario, puede ser modificado en caso de que así convenga a los intereses de quienes tienen el poder para hacerlo.

Para que la cadena de bloques pueda, por tanto, resultar socialmente útil, debemos olvidar la pretensión de sus impulsores originarios de sustituir las instituciones por la tecnología y, por el contrario, someterla a las exigencias del Estado de Derecho, utilizándola, en la medida de lo posible y conveniente, para aumentar la eficacia y la eficiencia institucionales.

VI. LA TECNOLOGÍA DE LA CADENA DE BLOQUES NO ES UN SISTEMA AUTOMÁTICO —Y, POR TANTO, AUTOSUFICIENTE— DE TRANSMISIÓN DE TITULARIDADES *IN REM*

6.1. DISTINCIÓN ENTRE SISTEMAS AUTOMÁTICOS Y SISTEMAS AUTOMATIZADOS

Como hemos visto, los contratos automatizados necesitan la cooperación de terceros en un amplio número de escenarios, en mayor medida cuanto mayor sea su complejidad, la cual, generalmente, se halla en función directa de la cuantía, siendo los contratos inmobiliarios de cuantía y, por tanto,

complejidad, comparativamente elevadas. Por ello, en ese ámbito, en una abrumadora mayoría de casos, estos terceros son humanos. Probablemente, en un futuro previsible continuarán siendo humanos.

Cuando nos referimos a la intervención humana en relación con los Registros de la Propiedad, en función de su alcance, hemos de distinguir entre registros automáticos y registros automatizados¹⁶⁵.

Un Registro de la Propiedad es automático cuando el procedimiento registral es iniciado mediante una aplicación y se desarrolla sin intervención de ninguna autoridad registral.

Un Registro de la Propiedad es automatizado cuando los procedimientos registrales son conducidos electrónicamente pero necesitan de la intervención de la autoridad registral para que se pueda variar el contenido de los asientos registrales, o, en general, en diferentes fases y aspectos del procedimiento registral —v.gr. emitir una certificación—.

Bitcoin requiere la intervención de los denominados *mineros*. *Ethereum* y, en general, la tecnología de la red de bloques encadenados que implican el intercambio de criptomonedas por activos *tokenizados* con existencia fuera de la red también requieren mineros o figuras semejantes. Una de las principales funciones de los mineros consiste en ordenar los bloques encontrando la solución a un problema matemático consistente en calcular correctamente un *hash*. En consecuencia, la cadena de bloques no es un sistema automático sino automatizado.

El minero que resuelve en primer lugar dicho problema es recompensado en *bitcoins* o en la criptomoneda que corresponda. No obstante, como hemos expuesto anteriormente, esta no es la única fuente de ingresos de los mineros. También obtienen ingresos provenientes del pago de comisiones por las partes contratantes. Aunque el pago de comisiones no es obligatorio para confirmar las transacciones, sí lo es para acelerar el proceso de validación y, de este modo, aumentar las posibilidades de obtener la titularidad en el caso de que haya habido *doble disposición*, denominada *doble gasto* en el entorno de la cadena de bloques.

Como hemos expuesto, actualmente, no es obligatorio el pago de comisiones para obtener la validación contractual. Solamente es obligatorio para aumentar la velocidad con la finalidad de aumentar las probabilidades de obtener dichas validaciones. Sin embargo, cuando el sistema de recompensa por el cálculo del *hash* finalice, las comisiones por acelerar dichas validaciones serán la única fuente de ingresos de los mineros y, previsiblemente, las comisiones serán más elevadas¹⁶⁶. De hecho, entre las principales razones que indujeron a M. HEARN a abandonar la comunidad se hallaba la falta de transparencia en las comisiones y su previsible incremento futuro, así como la falta de democracia en la comunidad *Bitcoin*, es decir, la falta de control de la cadena de bloques por sus usuarios¹⁶⁷.

Llegados a este punto, es necesario tener en cuenta que, como hemos subrayado anteriormente, esta estructura de incentivos de los mineros alimenta comportamientos perversos, porque los incentivos de los diferentes protagonistas, como hemos visto, no se hallan alineados. De hecho, la raíz del problema de los incidentes mencionados anteriormente era, de un lado, el conflicto de intereses entre los mineros, interesados en un menor tamaño de los bloques para, de ese modo, incrementar sus ingresos y, de otro lado, los desarrolladores del *code* y usuarios, interesados en bloques de mayor tamaño por razones de rendimiento, seguridad y cuantía de las comisiones y, finalmente, las compañías alrededor de la cadena de bloques con intereses principalmente coincidentes, aunque no siempre, con los de los mineros.

Algo similar sucedió en el ámbito de *Ethereum*. Por diseño, toda operación procesada por la *Ethereum Virtual Machine* es ejecutada por todo nodo activo en la red *Ethereum*.

Para prevenir abusos, el protocolo *Ethereum* carga una pequeña comisión —denominada *gas*— por cada paso computacional. Para prevenir fluctuaciones excesivas de los precios, el precio del *gas* no es fijo sino que es ajustado por los mineros dinámicamente basándose en el precio de mercado del *ether*¹⁶⁸.

Dado que *Bitcoin Blockchain* solamente puede almacenar una cantidad limitada de información por cada transacción y dado que *Ethereum Blockchain* cobra por cada paso computacional en un programa de contrato autoejecutable o *smart contract*, a menudo es prohibitivamente caro construir aplicaciones descentralizadas que confíen en *blockchain* como instrumento de archivo¹⁶⁹ lo que, a nuestro juicio, constituye una grave limitación que puede desincentivar su implantación en diferentes entornos.

Es necesario, en conclusión, llamar la atención sobre el hecho de que la cadena de bloques necesita intermediarios —aunque no sea el Estado sino ciudadanos o empresas privadas—, lo que significa que no es un sistema de persona a persona, a pesar de ser esta una de sus características más resaltadas.

6.2. LA CADENA DE BLOQUES NO ES AUTOSUFICIENTE SINO QUE SUSTITUYE UNOS OPERADORES POR OTROS

Lo que, en realidad, hace la cadena de bloques es sustituir unos operadores —entre los que se encuentra el Estado— por otros —mineros, desarrolladores, oráculos, etc.—.

Pero, además, será necesario que alguno de estos operadores esté investido de alguna autoridad para poder forzar la solución a situaciones para las que el protocolo no está preparado.

Ocurre así, por ejemplo, en los supuestos de incapacidad por pérdida de facultades mentales o, también, en los casos de fallecimiento de un usuario con una o varias cuentas de monedas virtuales y que no hubiera compartido con nadie esta información ni, por tanto, las claves correspondientes, lo que, por otra parte, es lo recomendable desde el punto de vista de la seguridad.

En esta situación, los allegados o herederos de dicho usuario, con la configuración actual del sistema —caracterizada por el anonimato y falta de cualquier autoridad que controle su funcionamiento—, no tienen forma de saber si el incapacitado o causante tenía o no cuentas en monedas virtuales, cuántas ni cuales. Alternativamente, puede que, si tuvieran conocimiento de que, efectivamente, tenía aquel tipo de cuentas e incluso puede que sepan cuáles son, por conocer los identificadores —las claves públicas— de dichas cuentas; pero, tanto en este último caso como en el previo, si no conocen las claves privadas correspondientes, serán incapaces de acceder a las monedas, dado que el protocolo no proporciona ninguna vía a la que acudir para forzar su transmisión o su conversión en moneda real. La misma situación se plantearía no solo en los anteriores supuestos sino también en el caso de pérdida de las claves privadas por parte de su titular.

Precisamente, una situación semejante a la descrita ha alcanzado, recientemente, cierta repercusión mediática. Concretamente, el CEO de la mayor empresa de criptomonedas de Canadá, *QuadrigaCX*, falleció en diciembre de 2018 llevándose consigo las claves privadas de las cuentas en las que almacenaba, en diversas monedas virtuales —*bitcoin*, *litecoin*, *ethereum*, *ripple*, *dogecoin*, etc., los fondos depositados por sus inversores —aproximadamente unos 145 millones de dólares pertenecientes a cerca de 90.000 depositantes— imposibilitando el acceso a las mismas¹⁷⁰.

Esta persona era muy consciente de los riesgos de seguridad a los que, empresas como la suya, se encuentran expuestas —no en vano se estima que un equivalente a unos mil setecientos millones de dólares en criptomonedas en 2018¹⁷¹ y mil doscientos millones solo en el primer cuatrimestre de 2019¹⁷² han sido robados o estafados en alguna forma mediante ataques a cuentas en empresas que prestan servicios de monederos, de inversión, de cambio de criptomonedas, etc., y todo ello cuantificando, solamente, los incidentes que han trascendido— y, así, todos los terminales que utilizaba: ordenadores, móviles, tabletas, etc., estaban encriptados; guardaba los fondos depositados en su empresa en carteras frías —no conectadas a Internet, salvo por el tiempo imprescindible para realizar alguna transferencia— y a las que solo él tenía acceso. Irónicamente, todas estas medidas, así como el propio funcionamiento del protocolo *blockchain*, han provocado la bancarrota¹⁷³ de la empresa y la pérdida de los fondos por los depositantes.

La solución que se ofrece para este tipo de situaciones, por parte de los defensores de la tecnología, es compartir las claves privadas con otras

personas —lo que evidentemente tiene sus propios riesgos— o ponerlas bajo la custodia de personas o entidades ante las que pueda acreditarse el fallecimiento del titular de aquellas claves para luego entregárselas a quien este hubiera dispuesto o depositarlas en entidades que presten servicios denominados «*dead man switch*», de tal forma que si, en los intervalos temporales acordados, el titular no realiza determinada acción —acceder a una página *web* específica, contestar a un mensaje, correo electrónico, etc.— se supone que ha fallecido y la transmisión de las claves se realiza automáticamente a quien se hubiese especificado al contratar el servicio, todo ello a cambio del pago de una cantidad periódica.

Estas soluciones, además de suponer nuevos costes y riesgos, ya que abren la posibilidad al ataque, robo o uso indebido de estas cuentas y de las claves que custodian así como a que se produzca la transmisión de las claves sin que el fallecimiento haya, efectivamente, ocurrido; en realidad implican la aparición de nuevos intermediarios —lo que, como hemos dicho, va en contra de la filosofía del sistema— y, por otra parte, no resuelve el problema en aquellos casos en los que no se haya adoptado alguna de estas medidas, con lo que, con el paso del tiempo, se irá incrementando el número de monedas inmovilizadas por estas causas. No parece que este, si no se modifica, pueda ser un sistema que pueda gestionar, razonablemente, no solo un sistema de pago o inversión sino, tampoco, de contratación inmobiliaria.

Además, en relación con este último ámbito de la contratación inmobiliaria, una red *blockchain*, persona a persona y autogestionada —es decir, sin autoridad alguna que pueda resolver los conflictos— plantea otros problemas:

— ¿Qué ocurre si un propietario pierde su clave privada?, ¿pierde con ello sus facultades de disfrute y disposición sobre su propiedad? Parece que lo lógico sería que, para resolver este tipo de casos, se estableciese algún tipo de procedimiento ante una determinada autoridad para que se restableciesen sus derechos. No obstante, si dicha autoridad, como resultado del indicado procedimiento, puede hacer eso, y dado que el reclamante ha perdido la prueba de su propiedad, su clave privada, también se abre la posibilidad a que no lo haga o incluso a que se la atribuya a un tercero.

— ¿Qué ocurre si un tercero se hace con la clave privada de un propietario —por ejemplo, por robo, descuido, por la vía de las búsquedas de claves privadas antes indicada respecto de la plataforma *Ethereum*, etc.— y ese tercero transmite la finca a su favor, o al de otra persona, quedando esta transmisión *inscrita* en la cadena de bloques?, ¿qué vía puede utilizar el verdadero propietario para recuperar su propiedad según el protocolo *blockchain*?

— ¿Qué pasa en caso de que sea necesario llevar a cabo un procedimiento ejecutivo sobre una finca como consecuencia de un embargo o de la

realización de una garantía constituida sobre el inmueble? Presumiblemente el titular de la finca no se mostrará muy dispuesto a colaborar en dichos procedimientos o a entregar la clave privada al adjudicatario de la finca, por lo que será necesaria la intervención de alguna autoridad que proteja todos los intereses en conflicto y, en su caso, fuerce la transmisión de dicha clave.

— ¿Qué pasa en caso de «ocupación» ilícita de una propiedad? La clave privada no protegerá al propietario frente a esta circunstancia, sino que tendrá que ser, nuevamente, algún tipo de autoridad la que coercitivamente restablezca la situación anterior¹⁷⁴.

— ¿Qué pasa en caso de que se produzca un *hard fork* en la cadena de bloques que almacena los derechos sobre las fincas? En estos supuestos, para cada finca «inscrita» habrá dos *tokens* diferentes en cadenas distintas que se están refiriendo al mismo inmueble en la realidad, es decir, se producirá una doble inmatriculación masiva, lo que dará lugar a conflictos respecto de los derechos que recaen sobre ellas y, nuevamente, será necesaria una autoridad que los resuelva y establezca el procedimiento general a seguir en estos casos.

— Etc.

Cabe señalar que ninguno de estos problemas se produce en un sistema registral tradicional y que, en definitiva, si se necesita y se confía en una autoridad que resuelva los conflictos, también se podrá confiar en ella para gestionar el sistema registral.

VII. LLEGADOS A ESTE PUNTO, DEBEMOS PLANTEARNOS SI EL CONJUNTO FORMADO POR LOS CONTRATOS AUTOMATIZADOS Y LA TECNOLOGÍA DE LA CADENA DE BLOQUES PUEDEN DESEMPEÑAR LAS FUNCIONES DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD INMUEBLE

7.1. PREMISAS BÁSICAS. TITULARIDADES *IN PERSONAM*, TITULARIDADES *IN REM* Y FE PÚBLICA REGISTRAL

Aunque hay sistemas registrales de diversos tipos, nos centraremos, sobre todo, en los registros de derechos, con una breve referencia final a los registros de documentos.

Para responder adecuadamente a esta cuestión, debemos partir de una serie de premisas básicas:

Los contratos solo producen efectos *inter partes* y, por lo tanto, solo sirven para ordenar las relaciones entre A y B, pero no las relaciones con C y, en general, con todos los demás, denominados terceros.

Las titularidades *in rem* se caracterizan porque no pueden ser alteradas *inter privatos* sin la voluntad de su titular, a diferencia de las titularidades *in personam*, las cuales sí pueden ser alteradas contra la voluntad de su titular, siendo sustituidas por la indemnización correspondiente.

Las titularidades *in rem* son más valiosas que las titularidades *in personam* porque impiden que terceros puedan influir tanto en la titularidad como en el contenido de los derechos. Ello es así porque las titularidades *in rem* se hallan protegidas por una regla de propiedad mientras que las titularidades *in personam* lo están por una regla de responsabilidad¹⁷⁵.

Las titularidades *in rem* sobre derechos reales inmobiliarios solo pueden ser adquiridas mediante usucapión o mediante un sistema adquisitivo basado en un registro de derechos. No basta un contrato, aunque vaya seguido de tradición y, por tanto, tampoco un contrato autoejecutable pues solo serviría para transmitir una titularidad obligacional, es decir, con efectos solamente *inter partes*. La razón estriba en que, en un contexto de contratación impersonal, cual es el propio de una economía de mercado, en ausencia de un registro de derechos, no es posible tener la seguridad de que se está adquiriendo de alguien con poder de disposición sobre la cosa. El registro de derechos suministra al adquirente esa seguridad.

Por definición, gracias a la fe pública registral, la inscripción suministra al mercado la identidad del titular del *ius disponendi* y, además, identifica las causas de anulación o resolución del derecho del mismo que, en caso de producirse, se impondrían al derecho del adquirente, ahorra a los adquirentes potenciales, es decir, al mercado, costes de información y, por tanto, de transacción ya que, como es sabido, los primeros están en la base de los segundos. Una sentencia de adquisición por usucapión no suministra al mercado esa información porque no suministra al adquirente la información de si el titular según la sentencia ha dispuesto de su derecho y, en el caso de que adquiera del titular según la sentencia, no queda protegido frente a quien haya adquirido de un titular registral con facultades de disposición y demás requisitos exigidos en nuestro ordenamiento por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

La fe pública registral, —que conlleva la adquisición de las titularidades inmobiliarias con efectos *erga omnes*—, la establece el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Parte de la regla básica del sistema transmisivo propio del Derecho común, en nuestro caso, contrato más *traditio*, consagrado por el artículo 609 del Código civil, pero le exige tres requisitos complementarios¹⁷⁶:

1. El adquirente negocial debe adquirir de quien sea titular registral y tenga facultades para transmitir.
2. Debe hacerlo a título oneroso y, además, de buena fe, y
3. Debe solicitar y obtener la inscripción del derecho negocialmente adquirido, lo que incluye la titularidad sobre el mismo.

En Derecho alemán, el requisito de la adquisición del titular registral deriva de los párrafos 873 y 892.1 del BGB, el primero referente a la necesidad de inscripción o *Eintragung* para que se produzca la adquisición y el segundo referente a la *Gutgläubenswirkung*, que engloba tanto la presunción de exactitud como la fe pública registral. El requisito de la onerosidad no se exige de una forma expresa, sino que deriva de que, conforme al párrafo 822 BGB, la acción de enriquecimiento injusto puede alcanzar a los adquirentes a título gratuito.

Finalmente, el párrafo 892.1 BGB, a diferencia del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no exige que el adquirente inscriba su adquisición para que tenga lugar la *Gutgläubenswirkung* o fe pública registral. Ello puede explicarse por el hecho de que en dicho sistema la inscripción es explícitamente constitutiva *inter contrahentes*, conforme al párrafo 873 BGB 94, por lo que no es necesario volver a exigirla para que opere la *Gutgläubenswirkung*. En el sistema del Código civil —artículos 609 y 1095—, sin embargo, la inscripción no es explícitamente constitutiva y, por ello, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, se ve obligado a exigirla, lo que revela el auténtico alcance de la inscripción dotada de fe pública en el sistema registral español.

Los requisitos de onerosidad y buena fe se deben a que la fe pública registral solo opera en relación a los denominados actos de mercado, en los que ambos requisitos deben estar presentes. El primero se basa en la aplicación del principio *qui certat de damno evitando antependendus est qui certat de lucro captando*. El segundo se basa en que cabe que en el Registro de la Propiedad haya inexactitudes que, de ser conocidas por el tercero, este no debe poder beneficiarse de dicho conocimiento, ni siquiera en perjuicio de un adquirente anterior meramente negocial. Cuestión distinta es cuáles son esas inexactitudes.

¿Por qué se exigen los otros dos requisitos? Tales requisitos adicionales, el primero y el tercero de los enumerados anteriormente, son los que implican la *publicación*¹⁷⁷ del sistema transmisivo tabular. ¿Debería bastar con ello? No y por ello se requiere, además, que inscriba su adquisición, es decir, que solicite que el Estado le reconozca explícitamente como dueño. La razón de su exigencia hay que buscarla en el significado de la inscripción en un Registro de derechos.

La inscripción es un documento público que contiene una declaración formal de reconocimiento por el Estado de la titularidad de un derecho real sobre un bien inmueble, lo que implica, entre otras cosas, la atribución de una titularidad *in rem* o inatacable, si concurren las circunstancias exigidas por el sistema registral.

La inscripción dotada de fe pública registral es, así, el instrumento a través del cual el Estado suministra al mercado la identidad del *verus dominus*, que no es otro que el *dominus* reconocido como tal por el Estado mediante una inscripción dotada de fe pública registral, pues el adquirente negocial no inscrito es solo eso, un adquirente meramente negocial o privado.

Queda, por tanto, saber si la tecnología de la cadena de bloques podría hacer las veces de la fe pública registral, es decir, crear titularidades *in rem* y, además, facilitar su transmisión manteniendo la naturaleza de la titularidad y, por lo tanto, su eficacia *erga omnes*.

7.2. ¿PUEDE EL CONJUNTO FORMADO POR LOS CONTRATOS AUTOMATIZADOS Y LA CADENA DE BLOQUES PRODUCIR UN EFECTO SIMILAR A LA FE PÚBLICA REGISTRAL, ESTO ES, SIMILAR A LOS EFECTOS QUE PRODUCEN EL PARÁGRAFO 892 DEL CÓDIGO CIVIL ALEMÁN —BGB— O EL ARTÍCULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA ESPAÑOLA?

Con la finalidad de facilitar la exposición, vamos a prescindir de la necesidad de establecer un procedimiento inmatriculador en la red de la cadena de bloques, lo que, por sí solo, ya es un gran desafío. También prescindiremos de la regulación de los contratos que funcionen al margen de dicha red en relación a los *property rights* inmobiliarios que, una vez inmatriculados, ya consten en los nodos, para centrarnos en la cuestión de si, hipotéticamente, podrían darse a los contratos de finalidad traslativa que figuraran en dichos nodos los mismos efectos que tienen hoy los asientos registrales en un registro de derechos sin intervención de tercero de confianza alguno por ser incompatible —idealmente— con la propia naturaleza de la filosofía que inspira la cadena de bloques.

Con la finalidad de abordar adecuadamente esta cuestión, nos referiremos a ella, en cada una de las fases del proceso adquisitivo en cualquier sistema que cuente con un registro de derechos, si bien brevemente.

1. En la fase de formación del contrato de finalidad traslativa, existe el problema de que dicha tecnología este problema no permite identificar al *versus dominus*. En efecto, un adquirente negocial es solo eso, alguien con un derecho personal sobre la cosa adquirida negocialmente. Para ser dueño se requiere, como primera providencia, que el transmitente lo sea y ningún contrato es suficiente, por sí solo, para acreditarlo. Además, la cadena de bloques ni siquiera permite conocer la identidad de las partes contratantes, así como su capacidad y poder de disposición. Tampoco puede saberse, en consecuencia, si han prestado consentimientos válidos, especialmente si consideramos que los contratos automatizados no están redactados en lenguaje humano sino en *lenguaje máquina*. Para superar este problema debería desaparecer la protección del anonimato, uno de los aspectos identificadores de la tecnología de los bloques encadenados así como acreditar la identidad y capacidad mediante el recurso a *oráculos*¹⁷⁸, lo que implica la negación del principio de autosuficiencia de la cadena de bloques.

No parece que la cadena de bloques pueda asumir, en esta fase del procedimiento, el papel reservado ordinariamente a registros civiles, registros

mercantiles, notarios, *solicitors* y demás *conveyancers*. Debe recordarse, además, que estos, para identificar adecuadamente a los contratantes, ordinariamente recurren a comprobar su carta de identidad, expedida por el Estado.

2. Los contratos referentes a inmuebles normalmente no son breves ni simples. Suelen ser, además, relacionales, es decir, integrados por prestaciones que se llevarán a cabo después del contrato, a lo largo de un periodo de tiempo más o menos largo. Por ello, son difícilmente estandarizables y autoejecutables. Por ejemplo, a lo largo de la vida del contrato —compraventa con precio aplazado, préstamos hipotecarios a largo plazo— pueden variar las circunstancias esenciales y producir la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. La ejecución del contrato, su novación o resolución tendría que decidirla también un *oráculo* que, normalmente, será la autoridad judicial.

3. Por lo que se refiere a la función de control legal de la autoridad registral en relación a que dicho acto o contrato se ajusta a Derecho y, por lo tanto, es válido y eficaz así como que se han cumplido todas las normas de Derecho Público que se proyectan sobre la transacción —fiscales, medioambientales, urbanísticas, antiblanqueo, etc.—, igualmente, hoy por hoy, no parece fácilmente automatizable, especialmente en la medida en que dicha función conlleve una cierta labor de ponderación, inevitable en cuanto que se aplican normas abstractas a casos concretos. Esa función solo podría hacerla un *oráculo* técnicamente cualificado e institucionalmente neutral, investido de autoridad pública, como es el registrador, al menos en el estadio actual y previsible en un horizonte razonable de desarrollo de la inteligencia artificial.

El control de legalidad que realiza la autoridad registral en relación con los actos y contratos de finalidad traslativa dentro del procedimiento registral, tiene distinto alcance en los diferentes países, incluso en países con registros de derechos.

En España, por ejemplo, existe un sistema contractual y transmisivo causal, así como un sistema de *numerus apertus* de derechos reales y, finalmente, un registro de derechos. Estas características explican el alcance de la calificación registral en España.

Sin embargo, en Alemania, con un registro de derechos, pero con un sistema transmisivo relativamente abstracto, el alcance del control de legalidad de la autoridad registral no es el mismo sino menor.

En relación con la función del registrador en un sistema Torrens —que conlleva un registro de derechos— Thomas R. afirma:

«Lo que no es comprendido fácilmente es la función de control que desempeña el registrador.

Un sistema registral inmobiliario, especialmente si es de fe pública registral, no es un sistema franco de proceso de datos, basada en el principio nemo dat. El registrador es el gatekeeper que garantiza derechos legales definitivos.

El registrador tiene la función de asegurar que solo los contratos que se ajustan a la ley, con la debida autorización, son aceptados por el Registro¹⁷⁹».

Las facultades calificadoras del registrador varían en los diferentes países en función de las características del sistema contractual y transmisivo en general, así como del tipo de Registro, el cual es una parte del entero sistema de adquisición.

Esta función es necesaria para fortalecer la seguridad jurídica, y, considerando las características de los diferentes sistemas anteriormente mencionadas, solo puede ser desempeñada por un *óráculo* cualificado, institucionalmente neutral e investido de autoridad pública, como el registrador, al menos en el estado actual y en el horizonte previsible de desarrollo de la inteligencia artificial.

Ni las partes ni sus representantes son capaces de autocontención. Por esta razón, no pueden tomar decisiones que afecten a terceros, como son los asientos registrales, especialmente cuando estamos ante un registro de derechos¹⁸⁰.

7.3. ¿PUEDE LA DENOMINADA REGLA DEL CONSENSO DE LA TECNOLOGÍA DE LOS BLOQUES ENCADENADOS ELIMINAR LA NECESIDAD DE SUPERVISIÓN LEGAL POR PARTE DEL REGISTRADOR?

En el desempeño de sus funciones los registradores representan los intereses de los terceros ausentes en la transacción. Jerónimo GONZÁLEZ, afirmó, por ello, ya en 1928, que el registrador es «el Fiscal que representa los intereses de los terceros ausentes»¹⁸¹.

Si, por definición, en un escenario de plataforma única de bloques encadenados como sistema único de contratación y transmisión, todas las transacciones son públicas e inmodificables, y quienes no estén de acuerdo pueden oponerse porque consideran vulnerados sus derechos, entonces puede alegarse que en ese escenario no habría ausentes indefensos y, por lo tanto, no haría falta nadie que los representara. ¿Es así? En nuestra opinión, no y a demostrar esta afirmación están destinados los argumentos que siguen.

7.3.1. *Consenso y cadena de bloques*

7.3.1.1. El significado del consenso en el ecosistema de la cadena de bloques

El término consenso en el ecosistema de la cadena de bloques surge inicialmente con referencia exclusiva a las operaciones con *Bitcoin*, es decir, a las operaciones con un activo que solamente existe en la red, no fuera de la misma, puesto que es una criptomoneda. En este contexto, consenso sig-

nifica que existe confianza entre los participantes en la red en que los libros inventarios —*ledgers*—, son precisos y consistentes¹⁸² o, más exactamente, en su contenido, es decir, que el contenido del *ledger* refleja los actos que han tenido lugar dentro del mismo.

El principal problema con el que se encuentra una criptomoneda consiste en que puede ser replicada y, por tanto, transmitida a diferentes individuos, pagando, así, con unas mismas monedas, diferentes adquisiciones —«doble gasto»—. Los bloques encadenados hacen que sea difícil conseguirlo porque es un listado con todas las unidades de *Bitcoin* con sus respectivos dueños, de modo que cuando un *bitcoin* cambia de manos, el *ledger* es reescrito para reflejar la transacción¹⁸³.

El acuerdo en que este mecanismo es confiable para evitar estos fraudes es a lo que se refiere el término consenso en el contexto de *bitcoin*.

Debe observarse que no se identifica a los contratantes sino solamente a los *avatares* que contratan o, más exactamente, a sus direcciones electrónicas —las cuales pueden pertenecer o no a los contratantes o, incluso, pueden pertenecer a una misma persona— así como a las criptomonedas y sus movimientos dentro de la red, único lugar donde pueden moverse porque solo tienen existencia virtual, estando controlados igualmente sus mecanismos de creación y su número máximo. La cadena de bloques permite, así, controlar los movimientos de *Bitcoin* o de otras criptomonedas. La huella de estos movimientos es, teóricamente, imborrable e inmodificable y, además, es pública, en el sentido de que la pueden ver todos los nodos de la red. La cadena de bloques, sin embargo, no controla ningún aspecto legal, el cual le es completamente ajeno porque, idealmente, solo se rige por la *lex cryptographica*.

Uno de los desafíos más serios con el que se encuentra el sistema es, por lo tanto, el de evitar que haya cuentas falsas¹⁸⁴. Para ello, la cadena de bloques usa dos instrumentos: uno criptográfico y otro basado en la teoría de juegos.

El mecanismo criptográfico es el de clave pública y privada —como el usado por la firma electrónica—. Todo usuario tiene dos claves: una clave pública para encriptar los mensajes y otra privada para desencriptarlos. Puede compartir su clave pública sin que ello implique que pueda ser descubierta su clave privada, y, por tanto, desencriptar el mensaje. Expuesto de un modo elemental, la firma electrónica y el encriptado de un mensaje funciona del siguiente modo¹⁸⁵: 1.— El remitente firma el mensaje electrónico que quiere enviar usando su clave privada, creando así un *hash* único. 2.— Se encripta el mensaje usando la clave pública del destinatario y se envía el mensaje a dicho destinatario, el cual lo desencripta usando su clave privada. 3.— El destinatario usa la clave pública del remitente para inspeccionar el *hash*. Ello le permite ver que el mensaje solo ha podido ser

firmado con la clave privada del remitente y que el mensaje es exactamente el que el remitente firmó.

La cadena de bloques es, como sabemos, una especie de Libro Inventario digital que registra cada cambio en la propiedad de cada *Bitcoin*, verificando cada transacción, usando un método similar al de la firma electrónica. El hecho de que cada transacción gravada es una firma digital asociada a una dirección electrónica significa que todos pueden visualizar cada movimiento de cada *Bitcoin* y que dichos movimientos —*teóricamente*— no pueden ser alterados.

El otro mecanismo, basado en la teoría de juegos, tiende a ajustar incentivos, de modo que no sea rentable no cooperar o, si se prefiere, intentar engañar al sistema y aprovecharse del mismo defraudando la confianza depositada por los demás participantes en la seguridad del mismo.

Merece la pena resaltar que, así como la cadena de bloques, de hecho, no usa ninguna nueva tecnología electrónica, sino que las combina con un objetivo determinado, sin embargo, sí es novedoso que use, además de tecnología electrónica, el ajuste de incentivos de todos los participantes para asegurar el buen funcionamiento de la red, lo que muestra la importancia de combinar adecuadamente tecnología electrónica e institucional para conseguir los resultados deseados.

Mediante la utilización de la técnica criptográfica, descrita resumidamente con anterioridad, puede probarse que solamente el poseedor de la clave privada pertinente puede haber enviado el mensaje también pertinente.

Como ya hemos expuesto, para reforzar la confianza, la cadena de bloques introduce unos actores especialmente relevantes, los denominados mineros, de modo que, como sostiene Werbach K., sustituyen la confianza en el comportamiento honesto de cada uno de los agentes que usan *Bitcoin* por la confianza en los mineros, los cuales son responsables, entre otros menesteres, de verificar las transacciones¹⁸⁶, verificaciones que se limitan a los aspectos que exponemos a continuación.

Los mineros verifican grupos de transacciones que se agrupan en bloques y, los más diligentes, obtienen una recompensa en *bitcoins*. Puede haber mineros deshonestos pero, para que el sistema funcione, basta con que la mayoría no lo sea¹⁸⁷, pues, en el caso de que se detecte una doble disposición, el sistema opta por la rama de la cadena que sea más larga, es decir, que esté integrada por más bloques. Este hecho, también recibe la denominación de consenso. Esto no significa, sin embargo, que el sistema cuente con el consentimiento del primer adquirente ni que lo proteja.

Para desincentivar que los mineros sean deshonestos en la verificación de transacciones, la tecnología de la cadena de bloques impone a los mineros, como condición para poder obtener la recompensa en *bitcoins*, que resuelvan unos enigmas criptográficos, los cuales les permiten obtener el

hash que identifica a cada bloque¹⁸⁸. Para obtenerlo, un minero necesita invertir en capacidad computacional, lo que implica un gasto considerable que, hipotéticamente, desincentiva un comportamiento engañoso porque los costes de engañar —supuestamente— serían mayores que los beneficios¹⁸⁹.

7.3.1.2. El alcance del consenso en el sistema transmisivo de la cadena de bloques

Expuesto lo anterior, nos hallamos en condiciones de delimitar el alcance del término consenso cuando lo utilizamos en el ecosistema de la cadena de bloques, lo que es necesario porque su uso puede inducir fácilmente a error, ya que sugiere que en el *iter* transmisivo regido por los bloques encadenados y, por lo tanto, por la *lex cryptographica*, existen consentimientos explícitos o implícitos de todos los posibles afectados, es decir, de todos los sometidos a la misma jurisdicción o soberanía y que, sin dicho consentimiento, la transacción no es posible. Y eso, sencillamente, no es cierto¹⁹⁰.

Como hemos expuesto, la tecnología de la cadena de bloques no puede identificar a los contratantes físicos. En Internet contratan sus avatares digitales y la cadena de bloques no puede identificar al contratante físico ni, por tanto, establecer correspondencia alguna con su avatar digital. Es más, para los entusiastas de la tecnología de los bloques encadenados, una de las principales ventajas del sistema es, precisamente, que les permite ocultar su identidad real, por lo que resulta especialmente atractivo para todos quienes quieren realizar transacciones sorteando las limitaciones legales.

En segundo lugar, tanto en la versión tradicional del protocolo, que únicamente permite transferir criptomonedas —v.gr.: *Bitcoin*— como en versiones más desarrolladas, que permiten intercambiar criptomonedas por cosas o servicios, v.gr.: *Ethereum*—, la expresión consenso, no se refiere a que exista un acuerdo explícito entre todos los potenciales afectados, sino solamente a la realización de unas comprobaciones —teóricas— muy limitadas.

En efecto, cuando se habla del consenso en relación a *Bitcoin*, este término no se refiere más que a las denominadas *validaciones* —comprobaciones— que se realizan de cada transacción por el resto de nodos de la red. Es necesario subrayar que estas validaciones se circunscriben a comprobar que la cuenta desde la que transfiere un número determinado de *bitcoins* existe y tiene, al menos, esa cantidad, así como la coincidencia de las firmas y la existencia de la cuenta de destino. Pero no se extienden más allá. Así, no se extienden a los elementos esenciales del contrato, que pueden ser determinantes de su nulidad como, por ejemplo, la efectiva identidad del ordenante —que quien ordenó dicha transacción era, efectivamente,

el dueño de la cuenta— ni a que, aun siéndolo, el consentimiento ha sido libremente prestado, a la licitud del pago, etc.

En el caso de *Ethereum*, al igual que en el caso de *bitcoin*, se comprueba que los avatares —no los contratantes físicos— han suscrito un contrato y, después, el resto de nodos verifican la coincidencia de las firmas, que están todos los consentimientos —de los avatares, no de los contratantes físicos— definidos en el contrato autoejecutable, que los eventos previstos se han producido o no y que se han ejecutado las consecuencias previstas para cada caso, que es a lo que alcanza el consenso de los nodos que realizan estas verificaciones.

Eso es lo que cubre la denominada regla del consenso de la tecnología de los bloques encadenados.

Si, por ejemplo, deseamos adquirir un activo inmobiliario, la tecnología de la cadena de bloques no es suficiente para garantizar, por si sola, ni la existencia de tal activo ni la exactitud de sus linderos. Para ello, necesitaría acudir a *oráculos*, sean agrimensores, topógrafos, catastros o profesionales e instituciones semejantes¹⁹¹.

7.3.2. *El presunto consenso en el caso de doble venta y la solución fork choice*

No obstante, es frecuente afirmar que, en el caso de «doble gasto», el protocolo de los bloques encadenados resuelve el conflicto a través del denominado *consenso*.

El «doble gasto» puede ser una expresión adecuada para referirse a una doble disposición de *bitcoins* con diferentes personas. En el caso de que la doble disposición no sea de una criptomoneda sino de la titularidad de un activo que existe físicamente fuera de la red de bloques encadenados —v.gr.: una casa— creemos que sería más apropiado utilizar expresiones como «doble venta» o «doble disposición». En todo caso, procederemos a analizar si, en el caso de doble venta, el protocolo de los bloques encadenados lo resuelve mediante el denominado *consenso*.

En primer lugar, como se ha expuesto reiteradamente, la cadena de bloques no puede identificar a los contratantes físicos. En Internet contratan sus avatares digitales y *blockchain* no puede identificar al contratante físico ni, por tanto, establecer correspondencia alguna con su avatar digital.

En segundo lugar, tanto en la versión tradicional del protocolo, que únicamente permite transferir criptomonedas virtuales —v.gr.: *Bitcoin*—, como en versiones más desarrolladas, que permiten intercambiar criptomonedas virtuales por cosas o servicios, v.gr.: *Ethereum*—, cuando se habla de consenso, se refiere a unas comprobaciones —teóricas— muy limitadas, como hemos expuesto.

Además, no basta con ello. Como sabemos, la validez y eficacia de un contrato exige la concurrencia de unos elementos esenciales determinantes de su validez o nulidad, así como de su eficacia o ineficacia, a los que el protocolo no se extiende ni se puede extender.

Sin embargo, es un lugar común afirmar que la cadena de bloques es un sistema público y distribuido sin, supuestamente, intermediarios. En esta situación y teniendo en cuenta el diseño general del sistema, las transacciones son comunicadas progresivamente de un nodo a otro, pero el protocolo no puede asegurar que el orden en el cual un nodo recibe una transacción es el mismo orden en el que fue enviada.

*Debido a las diferencias de velocidad en la propagación a través de la red, habrá nodos que recibirán la transacción posterior antes que la enviada anteriormente —y considerarán inválida la recibida en segundo lugar— y viceversa, resultando de ello una falta de acuerdo acerca de qué transacción debe considerarse válida*¹⁹².

La cadena de bloques es, simplemente, el instrumento para resolver este tipo de problemas, pues no son más que instrumentos para ordenar las transacciones.

Sin embargo, esta cuestión adquiere una mayor complejidad cuando la cadena de bloques se bifurca en ramas y, sobre todo, si, al mismo tiempo, se producen situaciones de doble disposición.

Las ramas son una consecuencia del funcionamiento del sistema y se producen solo cuando, una vez que un minero ha minado un bloque y lo difunde por la red de nodos —para que estos lo confirmen y lo incorporen a su copia de la cadena como último bloque— y antes de que este bloque llegue a todos los nodos de la red, otro minero —al que no le ha llegado todavía aquel bloque minado— consigue minar otro bloque diferente y, a su vez, lo difunde por la red como nuevo bloque de la cadena.

Cuando ambos bloques, se difundan por todos los nodos, estos verán que en los dos se hace referencia al mismo bloque como bloque anterior a ellos en la cadena de bloques lo que provoca la creación de dos ramas. Si hubiese más de dos bloques que se hubiesen minado en la forma expuesta habrá tantas ramas como bloques minados en estas condiciones, las cuales subsistirán hasta que todas, salvo una de ellas, sean anuladas.

Por otro lado, en caso de doble, triple, etc. disposición el sistema garantiza que solo una de las transacciones será considerada como válida —aunque no tiene por qué ser la primera que se haya efectuado— mediante las confirmaciones de las transacciones.

Así, una vez que se realizan las transacciones, estas pasan al *pool* de transacciones pendientes de confirmar para que los mineros las integren en nuevos bloques. De esta forma, si en dicho *pool* se encuentran varias transacciones —por simplificar, supongamos que son solo dos— que se

han realizado con las mismas monedas —doble gasto—, se pueden dar las siguientes situaciones:

— Que una de las transacciones se incluya en un bloque minado que se integre definitivamente en la cadena de bloques mientras que la otra permanece en el *pool* porque ningún otro minero la ha seleccionado para formar parte de un bloque antes de que aquel se haya integrado en la cadena. En este caso, cuando esta transacción no confirmada llegue a ser elegida y verificada por un minero para integrarla en un nuevo bloque verá que las monedas que utiliza son las mismas que las de una transacción ya integrada en la cadena y será rechazada.

— Que una de las transacciones se incluya en un bloque minado, pero antes de que este se integre definitivamente en la cadena de bloques —por no haber llegado a todos los nodos— otro minero mina un bloque diferente en el que se ha incluido la otra transacción. En este caso, cada transacción formará parte de bloques distintos que darán lugar a ramas diferentes de la cadena y ambas subsistirán como válidas hasta que una rama, por ser más corta que la otra, sea anulada, con lo que todas las transacciones que formaban parte de los bloques de la rama corta volverán al *pool* de transacciones pendientes, y cuando la transacción de este *pool* que integraba el doble gasto —junto con la que permanece en la cadena de bloques por formar, esta, parte de la rama larga— vuelva a ser seleccionada por un minero para integrarla en un nuevo bloque y sea verificada por este, se dará cuenta que utiliza las mismas monedas que otra transacción que ya forma parte de la cadena y, por tanto, será rechazada.

De esta forma, la regla utilizada para establecer qué transacción es la preferente es la denominada *fork choice*, conforme a la cual, en el caso de una bifurcación, los mineros deben optar siempre por la rama más larga, es decir, la que tenga mayor número de bloques confirmados, medidos en términos de capacidad computacional requerida para validarlos. La transacción incluida en esta rama será la que prevalezca, aun cuando fuera posterior¹⁹³. Ello implica que las transacciones incluidas en bloques que integran las ramas más cortas y que estaban ya confirmadas, dejan de estarlo.

Se afirma que con esta regla se preserva el consenso a través de la red porque lo que acuerda una mayoría se presume válido porque se presume que quienes controlan la mayoría de capacidad computacional en la red actúan de acuerdo con el protocolo¹⁹⁴. De acuerdo con la *lex cryptographica*, por tanto, gana aquel cuya transacción haya quedado incluida en el bloque más largo.

Es más, se presume que aquellos que tienen mayor capacidad de poder computacional en la red actúan de acuerdo con las reglas del protocolo¹⁹⁵. Es lo que se denomina la «versión consenso de la verdad —*consensus versión*

of the truth—¹⁹⁶» y es una consecuencia inevitable del carácter estrictamente descentralizado de la cadena de bloques y la ausencia —teórica— de cualquier tipo de autoridad central. Así como en el mundo previo a la cadena de bloques, existían servidores centrales que controlaban y validaban la información, en el ecosistema de la cadena de bloques, esa labor —a menudo de alcance global— la realizan nodos descentralizados, que alcanzan un consenso mediante la aplicación de un protocolo, sin intervención de ningún tercero.

7.3.3. *La regla fork choice no significa consenso sino indefensión.*

Es necesario llamar la atención sobre el hecho de que, tanto en la versión tradicional del protocolo, la que se usa para *bitcoin* por ejemplo, como en versiones posteriores, como, por ejemplo *Ethereum*, el dueño de unas determinadas *bitcoins* o de un determinado bien no tiene mecanismos, dentro de los propios protocolos, para oponerse si alguien las utiliza por él indebidamente. Este hecho, junto con el anonimato que caracteriza los protocolos y la irreversibilidad de las transacciones, una vez comprobadas e incorporadas a la cadena de bloques, le deja totalmente indefenso.

Repele, por ello, denominar *regla de consenso* a una regla en la que A adquiere de B, titular según el protocolo, ve confirmada su adquisición por el mismo y, sin embargo, posteriormente, pierde lo adquirido porque B volvió a disponer a favor de C y esta disposición se transmitió más rápidamente por la red, sin intervenir negligencia alguna por su parte y sin poder hacer nada para evitarlo, salvo una cosa: pagar más a un minero para que dé preferencia a resolver el problema matemático que permita validar el bloque en el que se incluye su transacción y, de ese modo, aumentar las probabilidades de ganar prioridad.

El protocolo de los bloques encadenados, por lo tanto, sí provoca la existencia de terceros indefensos, es decir, de dueños que dejan de serlo sin causa alguna que lo justifique, según nuestra concepción, y sin que puedan hacer nada para evitarlo. Este problema se agrava si consideramos las soluciones dadas a los incidentes DAO de 2016 y *Bitcoin Cash* de 2017, en donde los gobernantes reales de estas redes adoptaron soluciones conforme a sus intereses rompiendo las reglas del protocolo. Ello exige la existencia de una tecnología institucional que lo evite mediante la intervención de un tercero imparcial —Estado— que, en el caso que nos ocupa, es exactamente el papel que desempeña el Registro de la Propiedad.

Estos incidentes evidencian que la cadena de bloques puede fallar y que, cuando falla, no hay prevista ninguna tecnología institucional para resolver estos fallos, lo que no es aceptable. Como afirma ROUBINI:

«La verdad es que los desarrolladores —developers— tienen un poder absoluto para actuar como jueces y como jurado. Cuando algo va mal (...) ellos simplemente cambian el code y «fork» una moneda fallida por otra arbitrariamente, revelando la absoluta falta de confiabilidad de una empresa que no era de fiar desde el principio»¹⁹⁷.

Para resolver este tipo de problemas se necesita una regla diferente, así como la intervención de una tercera parte imparcial de naturaleza pública con facultades jurisdiccionales, lo cual forma parte de las funciones habituales de registradores y jueces.

7.4. LA CUESTIÓN DE SI LA *TOKENIZACIÓN* CONLLEVA UN CAMBIO EN LA LEY DE CIRCULACIÓN DE LOS BIENES INMUEBLES

GONZÁLEZ-MENESES, M.¹⁹⁸ sostiene que la *tokenización* de los activos con existencia física supone la sustitución de la ley de circulación tradicional de los derechos reales sobre bienes inmuebles y su sustitución por una nueva ley circulatoria caracterizada por la legitimación exclusivamente criptográfica.

En nuestra opinión, como resulta de lo hasta aquí expuesto, la *tokenización* de un activo inmobiliario no conlleva dicha sustitución. Nada impide que los agentes económicos se transmitan inmuebles mediante *tokens*, pero dichas transmisiones, como veremos, solo podrían transmitir titularidades negociales —y, por tanto, protegidas solo por una regla de responsabilidad—, pero no titularidades *in rem*, protegidas, por tanto, por una regla de propiedad, a diferencia de lo que sucede cuando se transmiten bienes inmuebles siguiendo la ley de circulación registral de los mismos. Los párrafos que siguen están destinados a justificar dicha afirmación.

Del mismo modo que la letra de cambio es una tecnología jurídica que resolvió los problemas que planteaba el mecanismo civil de la cesión de créditos para la circulación del crédito y cuya construcción conceptual —añadimos nosotros— permitió el desarrollo de los títulos valores, los cuales, posteriormente, han experimentado un proceso de desincorporación mediante su electrificación¹⁹⁹, la *tokenización* de inmuebles, según el mismo autor, consistiría en la incorporación del derecho de propiedad sobre un concreto inmueble —identificado mediante un identificador unívoco— a un determinado *token*, de manera que la circulación de este determinase la transmisión a todos los efectos de la propiedad del mismo.

Así, este inmueble *tokenizado* pertenecería a una determinada dirección de usuario, es decir, a una clave pública de encriptación, y para su transmisión irreversible a otra dirección de usuario, sería suficiente la aplicación de una clave privada —que podría realizarse desde un teléfono móvil y, por

tanto, sin necesidad de escritura pública ni de inscripción en el Registro de la Propiedad previa calificación—. Cualquier titularidad registral, una vez *tokenizada*, podría transmitirse de ese modo, es decir, extrarregistralmente, del mismo modo que sucede hoy con la titularidad sobre una hipoteca cambiaria o sobre un título del mercado hipotecario —v.gr. cédulas o bonos hipotecarios²⁰⁰—.

Prescindiremos de la exposición y análisis de las modificaciones legales e institucionales que serían necesarias para un cambio de ley de circulación de este alcance, para centrarnos en el análisis de su posibilidad y, en su caso, conveniencia²⁰¹.

La inscripción en un registro de derechos es, con las debidas matizaciones, el equivalente a una letra de cambio inmobiliaria²⁰², con su régimen civil de circulación específico. Al igual que la letra de cambio sustituye el régimen de circulación de la cesión de créditos por el cambiario, la incorporación de los derechos de propiedad sobre bienes inmuebles al folio registral implica una modificación sustancial del régimen de circulación de la propiedad inscrita en relación a la no inscrita, sustituyendo el régimen de circulación civil —artículo 609 del Código civil— por el de circulación registral —artículo 609 del Código civil y artículo 34 de la Ley Hipotecaria—.

Como consecuencia de dicho cambio, en las respectivas leyes de circulación, en ambos casos se producen efectos similares:

1. En la transmisión por endoso, al tenedor no le afectan las excepciones que deriven del negocio causal o subyacente, siempre que se trate de un poseedor regular —con buena fe— del documento cambiario —artículo 1170 del Código civil y artículos 19 y 20 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, en adelante LCCh— y sea una persona distinta de la otra parte del contrato subyacente, pues la denominada *abstracción cambiaria* solo opera *inter tertios*, no *inter partes* —como todo el Derecho de la seguridad del tráfico en nuestro sistema jurídico—.

2. Similarmente, en la transmisión registral mediante un acto de mercado —es decir, a título oneroso y de buena fe—, el cumplimiento de todos sus requisitos —*ex* artículos 609 del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria— conlleva que al adquirente no le afectan las excepciones causales que deriven de actos o negocios jurídicos anteriores al suyo referentes al mismo bien inmueble, ni se le antepongan cargas que no figuren inscritas. Al igual que en el caso anterior, la abstracción formal o procesal de los actos o negocios jurídicos anteriores —equivalentes al negocio jurídico subyacente en relación a la letra— solo opera *inter tertios*, como consecuencia de lo dispuesto por el artículo 33 de la Ley Hipotecaria —*deferred indefeseability*— no *inter partes* —*immediate indefeseability*— a diferencia de lo que sucede en algunos sistemas Torrens.

Al igual que la inoponibilidad de excepciones *inter tertios* derivadas del negocio jurídico subyacente recibe la denominación, en el ámbito cambiario, de abstracción cambiaria, a la inoponibilidad de excepciones *ex iure tertii*, es decir, derivadas de actos o negocios jurídicos anteriores referentes al mismo bien, en el ámbito registral, se la debe denominar *abstracción registral*²⁰³.

Entre la transmisión cambiaria y la registral existen, sin embargo, algunas diferencias importantes a los efectos que nos ocupan:

1. En el endoso, la letra pasa de mano en mano y se transmite el derecho de crédito mediante la transmisión de la letra que lo incorpora —Confer.: artículo 17 LCCh—. En la transmisión registral no se transmite físicamente el folio registral —custodiado por el registrador—, sino que requiere el procedimiento civil de transmisión de los derechos reales —artículo 609 del Código civil— formalizado en escritura pública —por exigencia del artículo 3 de la Ley Hipotecaria—, actuando como transferente el titular registral con poder de disposición y exigiendo al adquirente la inscripción de su adquisición negocial —artículo 34 de la Ley Hipotecaria—.

2. La letra de cambio incorpora un derecho de crédito consistente en exigir del aceptante el pago de una cantidad de dinero en una fecha determinada en los términos que resulta del tenor literal de la letra. Se trata de un derecho de crédito simple. El folio registral, diversamente, incorpora titularidades sobre derechos reales inmobiliarios de contenido variable y complejo, así como causas de ineficacia de los actos y negocios jurídicos de los que derivan dichas titularidades y que pueden frustrar la adquisición por el adquirente del titular registral, pero sin que ello pueda sorprenderle, salvo en los casos en que opere una excepción a la fe pública registral, en cuyo caso, la sorpresa será solo relativa, porque tales excepciones deben ser establecidas por ley.

3. Debido a esas diferencias, la letra de cambio es un título valor de literalidad completa porque la descripción del derecho incorporado es suficiente para delimitarlo en relación a los adquirentes mediante actos de tráfico²⁰⁴. La inscripción registral, sin embargo, es un título valor de literalidad incompleta porque la descripción del derecho incorporado al asiento registral no es suficiente para delimitarlo en relación a los adquirentes mediante actos de tráfico, pese a lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, ni en cuanto a la delimitación física —v.gr.: artículo 9 de la Ley Hipotecaria tras ser modificado por la Ley 13/2015 de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, lo que ordinariamente exige recurrir al Catastro —ni en cuanto a la delimitación jurídica —debido v.gr.: a las excepciones a la fe pública registral—.

4. La transmisión de la letra es un acto enteramente privado. La transmisión registral también, pero con intervención pública porque el acto o negocio de finalidad traslativa requiere documentación pública —artículo 3 de la Ley Hipotecaria— e inscripción registral —artículo 34 de la Ley Hipotecaria— y esta requiere superar la calificación registral, esto es, el test de legalidad a cargo del registrador —artículo 18 de la Ley Hipotecaria—.

Es precisamente esta última característica de la ley de circulación registral, especialmente la necesidad de solicitar y obtener del Estado, a través del Registro de la Propiedad, el reconocimiento de la titularidad negocial para, una vez reconocida, atribuir al adquirente negocial una titularidad *in rem* a través de la inscripción, la que presenta mayores inconvenientes para que la *tokenización* de activos inmobiliarios pueda imponer una nueva ley de circulación de bienes inmuebles basada exclusivamente en la legitimación criptográfica, en sustitución de la ley de circulación registral. Dicha ley de circulación criptográfica podría existir, pero solo podría atribuir titularidades negociales, como toda adquisición inmobiliaria realizada *ex* artículo 609 del Código civil, prescindiendo del Registro de la Propiedad.

Para entenderlo, es preciso entender el fundamento de que la ley de circulación registral de bienes inmuebles condensada en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria —complementado esencialmente por los artículos 32, 33 y 38 de la Ley Hipotecaria y 608, 609 y 1537 del Código civil— exige la intervención pública concretada en la necesidad de adquirir de un titular registral con poder de disposición, y obtener la inscripción registral del derecho adquirido negocialmente.

Tal fundamento hay que buscarlo en el significado de la inscripción en un registro de derechos o de tráfico como el nuestro.

La inscripción es una declaración del poder público sobre la identidad del propietario o titular del derecho real y sobre la extensión de su derecho, una declaración que no es definitiva, pero que puede ser impugnada, si bien con nulas posibilidades de éxito si el titular según la inscripción reúne los requisitos legalmente exigidos —artículo 34 de la Ley Hipotecaria— para ser protegido²⁰⁵. Suministra al mercado el titular del *ius disponendi* así como el derecho del que puede disponer, por lo que la inscripción deviene en un insumo prácticamente incuestionable para el juez y, por lo tanto, para el mercado. No puede afectarlo, por tanto, ninguna causa de ineficacia de actos o contratos anteriores referentes al mismo inmueble, si no constan inscritas o, constando, no tienen alcance real por no estar protegidas por una *actio in rem*. Ello explica por qué la ley de circulación registral exige que se adquiera de un titular registral —es decir, de un titular reconocido por el Estado como tal—, con *ius disponendi*.

Pero mientras un adquirente negocial no obtenga la inscripción registral de su adquisición, esto es, una declaración por parte del Estado que lo re-

conozca como titular *in rem*, no es propiamente tal sino un titular negocial. Mientras no inscriba su adquisición, su transmitente —esto es, el titular registral— sigue siendo el titular reconocido por el Estado *erga omnes*, con todos los riesgos que ello implica para el adquirente.

Para acceder a la inscripción, el Estado, a través del Registro de la Propiedad, examina la legalidad formal y sustantiva del proceso adquisitivo²⁰⁶. No solo la examina desde la perspectiva del Derecho Privado, sino también desde la del Derecho Público involucrado en la transacción —fiscal, agrario o urbanístico, medioambiental, anti blanqueo, etc.—, pues una de las características de la propiedad sobre la tierra y, en general, de los derechos reales inmobiliarios, es el alto grado de intervención pública que existe en relación a los mismos. Los humanos estamos destinados a compartir la superficie terrestre entre un número creciente de habitantes, lo que implica escasez creciente y, por tanto, mayor intervención pública. Como sostiene DE SOTO²⁰⁷, la propiedad requiere un consenso acerca de cómo los recursos deben ser poseídos, utilizados e intercambiados, consenso que forma parte de la esencia del Derecho de propiedad. Si el Estado respaldara a quienes se apropian de activos inmobiliarios sin respetar los cauces y requisitos legales necesarios para su adquisición existe el riesgo de que quiebre tal consenso.

La circulación digital de un *token* inmobiliario sería, en ese escenario, idéntica a la de una criptomoneda, pero, a diferencia de la criptomoneda, un activo inmobiliario *tokenizado* no es una unidad digitalizada del valor económico de las cosas, sin existencia extradigital, sino todo lo contrario: un activo con existencia extradigital representado por un *token* digital, lo que plantea los problemas de interacción *on-chain- off-chain* a los que nos hemos referido. No es tampoco un *token* representativo de un derecho de crédito simple incorporado al *token* sino de la titularidad obligacional incorporada a un *token*, pero sobre un derecho real inmobiliario.

Se correría el riesgo de que el activo inmobiliario representado por el *token* no existiese, o se hubiese *tokenizado* más veces en diferentes plataformas *blockchain*. Para solventar este segundo problema habría que proceder a la *tokenización* del activo inmobiliario inscrito, —o no inscrito, pero a través de un procedimiento inmatriculador en este caso— hacerlo en forma auténtica e incorporarlo a una plataforma *blockchain* que debería ser única en cada jurisdicción.

A partir de ese momento, se iniciaría un tráfico anónimo del inmueble, que circularía mediante el simple conocimiento de una clave, eludiendo la normativa de Derecho Privado aplicable a los actos y contratos de finalidad traslativa y, además, el Derecho Público aplicable —fiscal, medioambiental, urbanístico, etc.—. Como subraya GONZÁLEZ MENESES²⁰⁸, y, en el mismo sentido SIEIRA GIL, J. y CAMPUZANO GÓMEZ-ACEBO, J.²⁰⁹, ello

tendría una consecuencia de extraordinaria relevancia jurídica. En la medida en la que de un *token* solo puede disponer un sujeto que conoce la clave privada vinculada a la clave pública que ha recibido una transacción anterior del mismo *token*, no es posible que una autoridad pública de cualquier tipo, ordene una transferencia del *token* a un destino determinado sin contar con la voluntad del titular en cuestión, por lo que, técnicamente, la *tokenización* de un activo lo sustrae del ámbito de la responsabilidad patrimonial de su titular y lo hace incoercible.

Por ello, un mero acto privado de creación, transmisión, modificación o extinción de titularidades inmobiliarias, incorporadas o no a *tokens* solo puede tener, en su caso, efectos estrictamente obligacionales *inter privados*.

VIII. LA PREFERENCIA POR LA CONFIANZA EN TERCEROS PARA PROTEGER LA INTEGRIDAD JURÍDICA DE NUESTROS DERECHOS

A todo ello hay que añadir que la libertad individual exige un precio en términos de responsabilidad personal que no todos están dispuestos a pagar. En este sentido, afirma ARRUÑADA que los individuos:

«...conociendo sus propias debilidades, a menudo confían más y prefieren confiar en soluciones centralizadas, basadas en agentes de custodia privados y públicos.

Esta preferencia por confiar en terceros más que en sí mismos impone una restricción particularmente grave a las aplicaciones en el ámbito de la propiedad porque la naturaleza universal de la propiedad requiere que se apliquen las mismas reglas a todos los titulares de los derechos sobre cada bien. En un hipotético sistema de propiedad plenamente descentralizado, todas las personas deberíamos estar otorgando o negando nuestro consentimiento a todo tipo de transacciones que puedan afectar a nuestros derechos de propiedad. En consecuencia, nos convertiríamos en los únicos custodios no solo de nuestras claves criptográficas (para obtener el aviso y otorgar el consentimiento) sino también para proteger la integridad legal de nuestros derechos»²¹⁰.

No todo el mundo está dispuesto a asumir esa responsabilidad porque no siempre es sencillo defender la integridad jurídica de nuestros derechos y, además, porque las partes, cuando contratan, pueden confabularse no solo para perjudicar derechos concretos de personas individualmente identificables sino bienes públicos —y, por tanto, derechos de terceros difusos— definidos y protegidos por normas imperativas y prohibitivas no conocidas en muchas ocasiones por los ciudadanos no expertos en Derecho. Adicio-

nalmente, ello requeriría una atención permanente a cada transacción que se hiciera en la red, lo que exigiría dedicar un tiempo del que normalmente el ciudadano común carece.

De hecho, la solución que propone la cadena de bloques equivale a decir, en el ámbito de los Registros de la Propiedad: (1) Los Registros de la Propiedad son públicos. En consecuencia, toda transacción registrada sin oposición de ninguno de los titulares inscritos es válida y efectiva; (2) En caso de doble venta, no prevalece el adquirente que inscribe en primer lugar su adquisición, aunque sea el segundo adquirente contractual si es de buena fe e inscribe con anterioridad. Prevalece el adquirente que obtiene la mayoría de votos de los propietarios inscritos, incluso contra el consentimiento del propietario inscrito que ha sido privado de su titularidad.

No parece que una solución de este tipo pueda ser legalmente aceptable porque resulta de circunstancias que escapan totalmente del control del dueño, así como de los adquirentes.

Por último, hay que tener en cuenta que, en un mundo crecientemente especializado, la supervisión legal también necesita estar crecientemente especializada.

IX. CONTRATOS AUTOMATIZADOS, CADENA DE BLOQUES Y REGISTROS DE DOCUMENTOS

Para tratar del alcance de la cadena de bloques en relación a los registros de documentos, es preciso hacer referencia a algunas de las características esenciales de los mismos.

Lo primero que conviene destacar es que este tipo de registros no realiza pronunciamientos sobre titularidades sino que se limita a ordenar los documentos que contienen actos y contratos de finalidad traslativa por el orden de su recepción en el Registro, fijando como fecha del documento frente a terceros no la que figura en el propio documento sino la de su recepción por el Registro de la Propiedad, vedando que los documentos no publicados, aunque sean de fecha anterior, sean oponibles frente a los publicados, aunque sean de fecha posterior. Hasta hace poco, en Francia, la *inoponibilidad* operaba aun cuando un segundo adquirente contractual conociese la existencia de una transacción anterior no publicada.

Hay que tener en cuenta, por último, que todo registro de derechos es también, parcialmente, un registro de documentos, en la medida en que una de sus funciones consiste en asignar prioridades, haciendo inoponibles los documentos no publicados frente a los publicados en los mismos términos que lo hace un registro de documentos —v.gr.: documento presentado en

el Libro Diario, con asiento de presentación en vigor, antes de inscribirse el derecho real de que se trate—.

En una primera aproximación, parece que el alcance de la cadena de bloques en relación a este tipo de registros será mayor que en relación a un registro de documentos. Así, por ejemplo, ARRUÑADA sostiene que²¹¹ es concebible que un registro de escrituras pueda ser reemplazado por un sistema automático para datar los contratos privados y preservar sus contenidos, si las partes en dichos contratos privados no pueden manipular ambas funciones una vez que hayan firmado.

Precisa que, obviamente, esta misma conclusión se aplicaría a la parte de registro de documentos que tienen todos los registros de derechos.

Ciertamente, es concebible, pero, hoy por hoy, no parece realizable. Al menos teóricamente, no sería manipulable el contenido de los contratos formados digitalmente dentro de una red de bloques encadenados, pero, en el caso de que el transmitente dispusiera simultánea o inmediatamente después a favor de un tercero, se plantearía un grave problema. La solución legal a esta situación es que se publica el documento que primeramente acceda al Registro. Sin embargo²¹², si se aplicase a los registros el protocolo seguido en las cadenas de bloques, ante una presentación sucesiva con relación a una misma finca, los presentantes no podrían conocer con qué rango o prioridad se van a inscribir sus derechos, pudiendo ocurrir que el derecho constituido y presentado en último lugar se inscriba con preferencia al presentado en primer lugar, dado que por una mera cuestión aleatoria —el minado de bloques— o monetaria —el último presentante pagó una comisión superior a los demás— se minó antes el bloque en el que se incluyó la última transacción y todavía podría ser peor, si un derecho inicialmente inscrito, posteriormente se «desinscribe» por encontrarse en una rama corta²¹³.

Ello implica que el principio de seguridad jurídica no sería posible en el protocolo de la cadena de bloques. No parece que una solución de este tipo fuera legalmente admisible, por ser, además, ajena a la diligencia desplegada por los adquirentes, al ser consecuencia de circunstancias que escapan a su control.

Es más, en este punto, no hay que olvidar que la estructura de incentivos de los mineros estimula la producción de comportamientos perversos, lo que demuestra, que, pese a las pretensiones, los incentivos de los diferentes intervinientes en la cadena no están alineados. En efecto, estos no solo cobran en términos de *bitcoins* por la solución de problemas matemáticos, sino que, además, cobran comisiones de las partes. Aunque, hoy por hoy, no son obligatorias para confirmar las transacciones, sí lo son para ganar prioridad para ello²¹⁴, lo que podría ser utilizado por un segundo adquirente para conseguir un tratamiento prioritario.

No obstante, al ser ambas transacciones públicas, podrían evitarse las consecuencias de las segundas disposiciones haciendo que un oráculo pudiera decidir que se admite solo la primera transacción anulando las que integren la cadena que derive de la realizada en segundo lugar. Y parece que quien estaría en mejor disposición para desempeñar esta función oracular sería el registrador, debido a su posición de neutralidad.

Una solución de este tipo, sin embargo, sería la demostración de que la tecnología de los bloques encadenados no podría sustituir a un registro de documentos para la asignación de prioridades. Tampoco, por lo tanto, a un registro de derechos en esa parte de su función.

X. CONCLUSIONES

Bitcoin y *Blockchain* emergieron en el entorno libertario como instrumentos para liberarse de las políticas de los bancos centrales durante la pasada crisis financiera y de los Estados, permitiendo que los individuos pudieran operar con sus propias monedas. Posteriormente, la tecnología de la cadena de bloques, junto con los contratos automatizados, pretenden emerger como tecnologías que se bastan a sí mismas para garantizar unas transacciones y unas titularidades seguras, sin necesidad de intervención alguna por parte del Estado.

Sin embargo, la cadena de bloques no es un sistema transaccional persona a persona porque necesita la intervención de terceros, como los mineros, y, si opera con los contratos autoejecutables, necesita recurrir a oráculos en un amplio número de escenarios. Ciertamente, desde un punto de vista libertario, si esos terceros son individuos privados, en lugar del Estado, entonces no son propiamente terceros, lo cual es una peligrosa fantasía si de lo que se trata es de proteger las titularidades y facilitar las transacciones simultáneamente.

Tanto si opera en el protocolo *Bitcoin* como en el protocolo *Ethereum*, la cadena de bloques no puede evitar recurrir a intermediarios. De hecho, puede afirmarse que la cadena de bloques no prescinde de intermediarios, sino que sustituye unos operadores por otros. Más concretamente, aspira a sustituir al Estado por intermediarios privados bajo el argumento de ser una tecnología honesta e infalible. Como hemos visto, esta no deja de ser una afirmación pretenciosa.

La cadena de bloques no es un servicio gratuito, sino que su uso tiene un coste.

En el caso del *Bitcoin*, suele afirmarse que las comisiones son menores que las bancarias. Esto es cierto actualmente porque los mineros obtienen sus ingresos hallando el *hash* del bloque, pero, en el futuro, su fuente de

ingresos serán las comisiones, por lo que estas muy probablemente se encarecerán, tal y como preveía M. HEARN²¹⁵.

En el caso del protocolo *Ethereum*, el cual desempeña su función junto con los contratos autoejecutables, necesita recurrir a oráculos, en un amplio número de escenarios, como hemos visto. Los servicios de estos oráculos no son gratuitos y no hay razones para suponer que impliquen costes menores que los de los sistemas institucionales.

La cadena de bloques no es un sistema autónomo, descentralizado e inmodificable, tal y como han demostrado los incidentes *DAO* y *Bitcoin Cash* y otros. Como expusimos anteriormente, esos hechos demostraron la existencia de poderes centrales a los que nadie había elegido, sin ninguna autoridad legal, pero con un innegable capacidad de imposición que usaron en su propio beneficio. Estos poderes centrales demostraron tener capacidad de imposición suficiente para borrar y cambiar el, supuestamente, inmodificable contenido de los bloques.

Esos poderes son privados y sus decisiones no afectan al Estado. Prefieren el principio según el cual *code is law* en lugar de la sujeción de la *lex cryptographica* a la Ley.

Sin embargo, si admitimos que la tecnología de la cadena de bloques no es necesariamente una tecnología libertaria y autosuficiente y admitimos que puede ser una tecnología organizada y gestionada por terceros, especialmente por el Estado, en este caso, la cadena de bloques puede desempeñar una importante función de apoyo a los sistemas transaccionales inmobiliarios, por ejemplo, contribuyendo al almacén de documentos, conservación de archivos o realización de notificaciones.

Al mismo tiempo, el progreso de la inteligencia artificial permitirá el desarrollo de contratos autoejecutables más complejos y la utilidad de estas tecnologías tendrá un mayor alcance, sin que hoy podamos predecir cuál puede llegar a ser.

En todo caso, la cadena de bloques es una tecnología y, como tal, abre nuevas posibilidades, permite hacer cosas nuevas, pero no debemos olvidar que no nos dice qué cosas deberíamos hacer. En otras palabras, las tecnologías son instrumentos de poder y, en consecuencia, obedecen a la lógica del poder, esto es, a su utilización en beneficio de quien ostenta dicho poder.

Por ello, las tecnologías deben ser utilizadas dentro de un marco institucional que garantice adecuadamente el equilibrio de los diferentes intereses en juego.

BIBLIOGRAFÍA

AUTORES

- ARRUÑADA, B., *Blockchains Struggle to Deliver Impersonal Exchange*, Minn. J.L. SCI & Tech., Vol. 19.1, 1918, 78.
- BEDNAREK, A., <https://www.securityevaluators.com/casestudies/ethercombing>,
- BOGOST, I., *Cryptocurrency Might Be a Path to Authoritarianism*, ATLANTIC (30 de mayo de 2017), <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2017/05/blockchain-of-command/528543> [<https://perma.cc/UU6F-7MFW>].
- BRENNAN, G. *The Impact of e-Conveyancing on Title Registration. A Risk Assessment.*, Ed. Springer, 2015.
- CALABRESI, G. y MELAMED, D. A., Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of The Cathedral, published in 1972 by *Harvard Law Review*
- CHAUM, D., https://www.chaum.com/publications/Security_Without_Identification.html.
- CIPHERTRACE, *Fourth Quarter Cryptocurrency Anti-Money Laundering Report 2018 Q4*, Enero de 2019. Puede obtenerse en: https://ciphertrace.com/wp-content/uploads/2019/01/crypto_aml_report_2018q4.pdf, visitado el 1 de mayo de 2019.
- COHEN, P.J., *Set Theory and the Continuum Hypothesis*, 1966, W.A. Bejamen, Nueva York.
- COOK COUNTY RECORDER OF DEEDS, *Blockchain Pilot Program Final Report 32-34* (2017), <http://cookrecorder.com/wp-content/uploads/2016/11/Final-Report-CCRD-Blockchain-Pilot-Program-for-web.pdf>
- DANS, E. En el prólogo a la traducción española de TAPSCOTT, D. y TAPSCOTT, A. *La Revolución Blockchain*, Ed. Deusto.
- DE OTTO, I., *Estudios sobre el poder judicial*, Ed.: Ministerio de Justicia, 1989. DEUSTO, 2017, 15.
- DE FILIPPI, P. y WRIGHT, A., *Blockchain and the Law. The Rule of Code*, Harvard University Press, 2018.
- DENNETT, D. C., *Brainchildren: essays on designing minds*, 1998, Harmondsworth, Penguin Books.
- DE SOTO, H., *El misterio del capital*, Ed.: Península, 2001.
- DÍEZ-PICAZO Í PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T.III, Ed.: Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.
- DOUCEUR, J.R., *The Sybil Attack, in Peer-to-peer-systems*.
- EIZAGUIRRE, J.M., *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 57, 1995.
- EYAL, I. & GÜN SIRER, E., *Majority Is Not Enough: Bitcoin Mining Is Vulnerable*, en *Financial Cryptography & Data Security* (2014).
- FELIÚ REY, J., *Smart Contract: Concepto, ecosistema y principales cuestiones de Derecho privado*, *La Ley Mercantil*, núm. 47, 2018.
- FRANZÉN, T., *Gödel's Theorem. An Incomplete Guide to its Use and Abuse*, 2005, A.K. Peters, Wellesley, Mass.
- GALLEGO FERNÁNDEZ, L.A., *Cadenas de bloques y Registros de derechos, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 765.
- GARTNER.COM.: *Hype Cycle for Emerging Technologies*, <https://blogs.gartner>.

- GONZÁLEZ J., *Principios Hipotecarios*, Asociación de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1931.
- GONZÁLEZ-MENESES, M., *La «tokenización» de inmuebles ¿economía colaborativa o mercantilización extrema?*, en *La protección del consumidor en la vivienda colaborativa*, Muñiz Espada E., Ed.: La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2019.
- GÓMEZ GÁLLIGO, J., *El Registro de la Propiedad y los nuevos retos de blockchain*, en Muñiz Espada E., (dir.) Ed.: Wolters Kluwer, 2019
- HOFSTADTER, D., *Gödel, Escher, Bach: An Eternal Golden Braid*, 2006, Basic Books, New York, Holden, C., Science vol. 311.
- ILLESCAS ORTIZ, R.(Dir.), *Electronificación de los títulos valores*, Ed.: Civitas, Thomson Reuters., 2018.
- KAY, J., *El dinero de los demás*, Barcelona, RBA Ed. 2017.
- GÖDEL, K., *Über formal unentscheidbare Sätze der Principia Mathematica und verwandter Systeme I*, Monatshefte für Mathematik und Physik, December 1931.
- KAAL y CALCATERRA, *Crypto transaction dispute resolution*, The Business Laywer, Spring 2018.
- KOSBA, A. MILLER, A., SHI E WEN, Z. y PAPAMANTHOU Ch.'Hawk: - *Preserving Smart Contracts, The Blockchain Model of Criptography and Privacy*-, en IEEE Sympsium on Securiry and Privacy (SP), 2016., ed. : Locasto M., Shmatikov, V. Y Erlingsson U., Puscataway, NJ:IEEE,2016, 839-858.
- LANDO, O. *Principios de Derecho Europeo de los contratos. Partes I y II revisadas*, preparadas por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos Presidente: Profesor Ole Lando. <http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf>
- LEGERÉN-MOLINA, A. Retos jurídicos que plantea la cadena de bloques, en *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 1 (enero-marzo de 2019).
- Leyes Hipotecarias de España: Fuentes y Evolución, T. I., Vol. II, Ed.: Castalia, 1989.
- LUCAS, J. R., *Minds, machines and Gödel*, Philosophy 36, April-July 1961, 112-127. Reimpreso en: Kenneth, Malcolm y Frederick, James, *The Modelling of Mind*, Computers and Intelligence, 1963, Notre Dame Press.
- MAY Th., *Crypto Anarchy and Virtual Communities* (1994), <http://groups.csail.mit.edu/mac/clases/6.805/articles/crypto/cypherpunks/may-virtual-comm.html>.
- *Crypto Anarchist Manifesto*, <https://www.activism.net/cypherpunk/crypto-anarchy.html>.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título, en *RCDI*, núm. 703, septiembre-octubre de 2007,
- *De la publicidad contractual a la titulación registral. El largo proceso hacia el Registro de la Propiedad*, Thomson, Civitas, 2008.
- Estado, Propiedad, Mercado, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 708, 2008.
- *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*. Ed.: Thomson Reuters, 2011.
- Derechos reales y titularidades reales, en *RCDI*, núm. 736.
- *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles. Un estudio del sistema español con referencia al sistema alemán.*, Ed.: Tirant Lo Blanch, 2017, 45-49.

- MMC Ventures, *The State of AI: Divergence*, 2019. Puede verse en: <https://www.mmcventures.com/wp-content/uploads/2019/02/The-State-of-AI-2019-Divergence.pdf>, visitado el 1 de mayo de 2019.
- NAKAMOTO SATOSHI, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, (octubre de 2008). <http://www.metzdowd.com/pipermail/cryptography/2008-October/014810.html>
- NORTH, D.C., *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Ed. Fondo de Cultura Económica, Mexico D.F., 1995.
- MERRILL, T.W. y SMITH, H.E., *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, *The Yale Law Journal*, octubre, 4, 2000, Vol. 110-1.
- MOLINA BALAGUER, F., *Informe correspondiente a la Segunda Conferencia Anual de Ibreá -International Blockchain Real Estate Association-* Nueva York, 10 de octubre de 2017. *Paper* citado con autorización del autor.
- MORAVEC, H.P. *Mind Children: The Future of Robot and Human Intelligence*, Harvard University Press, 1990.
- NAGEL, E. and NEWMAN, J., *Gödel's Proof*, 1959, reeditado en 2001, New York University Press, New York.
- NARAYANA, B. y otros, *Bitcoin and Cryptocurrency Technologies 2* (2016) («*Optimists claim that Bitcoin will fundamentally alter payments, economics, and even politics around the world*»).
- O'NEIL, Cathy, *Weapons of Math Destruction*, 2017, Penguin Books. Traducción española: *Armas de Destrucción Matemática*, 2018, Capitán Swing Libros S.L.
- PAU PEDRÓN A., *Panorama del sistema inmobiliario alemán*, en *La publicidad registral*, Ed.: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2001.
- PENROSE R., *The Emperor's New Mind. Concerning Computers, Minds, and The Laws of Physics*, 1989, Oxford University Press.
- *Shadows of the Mind: A Search for the Missing Science of Consciousness*, 1994, Oxford University Press.
- *The Large, the Small and the Human Mind*, 1997, Cambridge University Press.
- ROJO M.^a. Isabel, *Blockchain: Fundamentos de la cadena de bloques*. Ed.: Ra-Ma, 2018.
- ROSENFELD, M., *Analysis of hashrate- based double-spending*, 2014. <https://arxiv.org/pdf/1402.2009v1>, visitado el 1 de mayo de 2019.
- ROTHSTEIN, A., *The End of Money. The story of bitcoin, cryptocurrencies and the blockchain revolution*, New Scientist, 2017.
- ROUBINI, N. <https://www.project-syndicate.org/commentary/blockchain-big-lie-by-nouriel-roubini-2018-10>, visited November 16, 2018.
- SAVAUX, E. *El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos*. https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2016-30071500741
- SCHNEIDER, V., et al., *Blockchain: Putting Theory into Practice*, Goldman Sachs Equity Res. 4 (May 24, 2016), <https://www.scribd.com/doc/313839001/Profiles-in-Innovation-May-24-2016-1> [<https://perma.cc/93FJ-EEDW>]
- SEARLE, John. R., *Minds, Brains, and Programs*. Behavioral and Brain Sciences 3, 1980.

- SHOHAM YOAV, RAYMOND PERRAULT, ERIK BRYNJOLFSSON, JACK CLARK, JAMES MANYIKA, JUAN CARLOS NIEBLES, TERAH LYONS, JOHN ETCHEMENDY, BARBARA GROSZ and ZOE BAUER, *The AI Index 2018 Annual Report*, AI Index Steering Committee, Human-Centered AI Initiative, Stanford University, Stanford, CA, December 2018. Puede verse en: <http://cdn.aiindex.org/2018/AI%20Index%202018%20Annual%20Report.pdf>
- SPARKES, M, *The Coming Digital Anarchy*, Telegraph (9 de junio de 2014), <http://www.telegraph.co.uk/technology/news/10881213/The-coming-digital-anarchy.html> [<https://perma.cc/T4LT-BXRK>].
- SURDEN, H. *Computable Contracts*, *U. C. Davis L. Rev.*, vol. 46, 2012
- SZABO, N., *Smart Contract: Building Blocks for Digital Markets*, 1996, Literature/LOTwinterschool2006 /szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html
- *Formalizing and Securing Relationships on Public Networks*, /firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/548/469-publisher=First
- TAPSCOTT, D. and TAPSCOTT, A., *Blockchain Revolution*, Penguin, N.Y, 2016.
- TELIA COMPANY, ChromaWay and Kairos Future, *The Land Registry in the blockchain. A development project with Lantmäteriet (The Swedish Mapping, cadastre and land registration authority)*, July 2016.
- THE ECONOMIST, *Not-So-Clever Contracts*, 28 de julio de 2016, <http://www.economist.com/news/business/21702758-time-being-least-human-judgment-still-better-bet-cold-hearted> [hereinafter *Not-So-Clever Contracts*] («[T]rusted parties, known as oracles, could supply the data to a blockchain[...]»)
- THE EUROPEAN UNION BLOCKCHAIN OBSERVATORY AND FORUM, *Legal and Regulatory Framework of Blockchains and Smart Contracts*, de 27 de septiembre de 2019. <https://media.consensys.net/report-the-legal-and-regulatory-framework-of-blockchains-and-smart-contracts-8f397eaf0b1f>
- THOMAS R., *The New Zealand Experience: The risks and implications of automation*, Ponencia presentada por el autor a la Conferencia que tuvo lugar en Auckland, New Zealand, 29-31 de agosto de 2018.
- TUR FAÜNDEZ, C., *Smart Contracts. Análisis jurídico*, Ed.: Reus, Madrid, 2018.
- TURING A. *Computing Machinery and Intelligence*, (Mind, New Series, Vol. 59, núm. 236, octubre de 1950, Oxford University Press on behalf of the Mind Association)
- Visa at a Glance*, Visa Inc., junio de 2015.
- VILARROIG MOYA, R. y PASTOR SEMPERE, C. (Dir), *Blockchain: Aspectos tecnológicos, empresariales y legales*. Ed.: Thomson Reuters Aranzadi, 2018.
- WERBACH, K., *Trust, but Verify: Why the Blockchain Needs the Law*, Berkeley Technology Law, Journal, Vol. 33:487, 489, 2018.
- WESTERMAN, H.P., EICKMAN, D., DINGER, W., *Sachenrecht*, 6.^a ed., C.F Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1988, 100 ss. Wolff-Raiser, en el *Tratado de Derecho Civil*, Enneccerus, Kipp y Wolff, T. III, 1.^o. Traducción española con anotaciones de Pérez González y Alguer, Barcelona, 1971.
- WILLIAMSON, O.E., *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets and Relational Contracting*, 1985.
- WOLPERT, D.H., Macready, W.G., *No Free Lunch Theorems for Optimization*, 1997, IEEE Transactions on Evolutionary Computation Vol. 1, núm. 1.

PÁGINAS WEB

<https://www.forbes.com/sites/oliversmith/2019/01/31/blockchain-startups-showed-no-signs-of-life-in-2018/#4169b5f3463e>
<https://www.axios.com/corporate-america-blockchain-bitcoin-fervor-over-fb13b-c5c-81fd-4c12-8a7b-07ad107817ca.html>
<https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-02-03/crypto-is-over-paris-fintech-summit-returns-to-disrupting-banks>
<https://www.forbes.com/sites/jpreissler/2019/03/20/cboe-pulls-out-of-the-bitcoin-futures-market>
<https://www.cnbc.com/2017/09/04/chinese-icos-china-bans-fundraising-through-initial-coin-offerings-report-says.html>
<https://www.businessinsider.com/ico-south-korea-bans-icos-2017-9?IR>
<https://www.elmundo.es/tecnologia/2019/04/09/5caca98cfdddf7d5b8b46f2.html>
https://blogs.gartner.com/smarterwithgartner/files/2018/08/PR_490866_5_Trends_in_the_Emerging_Tech_Hype_Cycle_2018_Hype_Cycle.png
<https://arxiv.org/abs/1904.08653>
<https://www.theverge.com/2017/11/2/16597276/google-ai-image-attacks-adversarial-turtle-rifle-3d-printed>
<https://www.labsix.org/physical-objects-that-fool-neural-nets>
https://keenlab.tencent.com/en/whitepapers/Experimental_Security_Research_of_Tesla_Autopilot.pdf
<https://towardsdatascience.com/is-artificial-intelligence-racist-and-other-concerns-817fa60d75e9>, o
<https://www.elmundo.es/motor/2019/03/26/5c99277421efa07c438b4632.html>
<https://www.nature.com/articles/d41586-018-05707-8>
<https://tech.co/news/sexist-ai-doomed-reflect-worst-2018-10>
<https://smoda.elpais.com/feminismo/algoritmos-machistas>
<http://news.mit.edu/2018/study-finds-gender-skin-type-bias-artificial-intelligence-systems-0212>
<https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-09-08/how-the-algorithms-running-your-life-are-biased-quicktake>
<https://civio.es/tu-derecho-a-saber/2019/05/16/la-aplicacion-del-bono-social-del-gobierno-niega-la-ayuda-a-personas-que-tienen-derecho-a-ella>
<https://civio.es/novedades/2019/07/02/que-se-nos-regule-mediante-codigo-fuente-o-algoritmos-secretos-es-algo-que-jamas-debe-permitirse-en-un-estado-social-democratico-y-de-derecho>
<https://www.theguardian.com/technology/2019/oct/14/automating-poverty-algorithms-punish-poor>
<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25152&LangID=E>
<https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>
<https://www.technologyreview.es/s/11138/por-que-necesitamos-expertos-que-estudian-como-se-comporta-la-ia>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A32016R0679>
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=ES#d1e2901-1-1>
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=ES#d1e2576-1-1>
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3143325
<https://www.partnershiponai.org/report-on-machine-learning-in-risk-assessment-tools-in-the-u-s-criminal-justice-system>
<https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-04-26/major-tech-firms-come-out-against-police-use-of-ai-algorithms>
<https://venturebeat.com/2019/04/26/partnership-on-ai-algorithms-arent-ready-to-automate-pretrial-bail-hearings>
<https://steemit.com/ethereum/@chris4210/an-open-letter-to-the-dao-and-the-ethereum-community>
<https://www.greaterzuricharea.com/en/news/chainsecurity-saves-ethereum-security-breach>
<https://arxiv.org/pdf/1802.06038.pdf>
<https://blog.comae.io/the-280m-etheriums-bug-f28e5de43513>
<https://mashable.com/2017/07/20/ethereum-hackers-theft-32-million/?europe=true>
www.bloomberg.com/news/articles/2019-01-08/ethereum-classic-movements-halted-by-coinbase-on-signs-of-attack
<https://www.securityevaluators.com/casestudies/ethercombing>
https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/report_legal_v1.0.pdf?width=1024&height=800&iframe=true
<https://www.blockchain.com/es/pools>
<https://www.blockchain.com/charts/avg-block-size?timespan=all>
<https://blog.plan99.net/the-resolution-of-the-bitcoin-experiment-dabb30201f7#.ewfepr21j>
<https://www.blockchain.com/charts/transaction-fees?timespan=all>
<https://transactionfee.info/charts/payments/segwit>
<https://www.blockchain.com/charts/avg-block-size?timespan=all>
<https://tradeblock.com/blog/the-51-attack-what-bitcoin-can-learn-from-alt-coin-experiments>
<https://www.ccn.com/bitcoin-gold-hit-by-double-spend-attack-exchanges-lose-millions>
<https://www.ccn.com/1-1-million-malicious-miner-exploits-verge-network-for-seven-figure-payday>
<https://www.ccn.com/privacy-coin-verge-succumbs-to-51-attack-again>
<https://blog.theabacus.io/the-verge-hack-explained-7942f63a3017>
<https://blog.theabacus.io/lets-do-the-time-warp-again-the-verge-hack-part-deux-c6396ab36ecb>
<https://toshitimes.com/zencash-falls-victim-to-a-51-attack-with-550000-worth-of-tokens-stolen>
<https://www.ccn.com/japanese-cryptocurrency-monacoin-hit-by-selfish-mining-attack>
<https://breakermag.com/51-attack-vertcoins-strength-fatal-flaw>

<https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-01-08/ethereum-classic-movements-halted-by-coinbase-on-signs-of-attack>
<https://coinmarketcap.com>
<https://blog.sia.tech/fundamentals-of-proof-of-work-beaa68093d2b>
<https://www.bloombergquint.com/business/bitcoin-is-worth-less-than-the-cost-to-mine-it-jpmorgan-says#gs.FhYdn8AW>
<https://bitcoin.es/noticias/jp-morgan-bitcoin-btc-no-es-rentable>
<https://www.cryptos51.app>
<https://coinmarketcap.com/all/views/all>
<https://blockstream.com/technology/#sidechains>
<https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-02-04/crypto-exchange-founder-dies-leaves-behind-200-million-problem>
<https://www.coindesk.com/quadrigacx-officially-enters-bankruptcy-with-millions-still-missing>
<https://blog.plan99.net/the-resolution-of-the-bitcoin-experiment-dabb30201f7#.ewfe-pr21j>

NOTAS

¹ <https://www.weforum.org/platforms/shaping-the-future-of-technology-governance-blockchain-and-distributed-ledger-technologies>. Sobre aspectos generales de la tecnología blockchain, puede verse, Vilarroig Moya R. Y Pastor Sempere C. (Dir), *Blockchain: Aspectos Tecnológicos, Empresariales y Legales*, Ed.: Thomson Reuters Aranzadi, 2018, especialmente, 36-40.

² Tecnologías del Libro Distribuido, DLT, por sus siglas en inglés, derivadas de *Distributed Ledger Technologies*.

³ TAPSCOTT D. and TAPSCOTT A. *Blockchain Revolution*, Penguin, N.Y, 2016, 16.

⁴ ROUBINI, N. <https://www.project-syndicate.org/commentary/blockchain-big-lie-by-nouriel-roubini-2018-10>.

⁵ SPARKES, M. *The Coming Digital Anarchy*, TELEGRAPH (9 de junio de 2014), <http://www.telegraph.co.uk/technology/news/10881213/The-coming-digital-anarchy.html>, [https://perma.cc/T4LT-BXRK].

⁶ BOGOST I, *Cryptocurrency Might Be a Path to Authoritarianism*, ATLANTIC (30 de mayo de 2017), <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2017/05/blockchain-of-command/528543/> [https://perma.cc/UU6F-7MFW].

⁷ MAY Th. escribió en 1988 su *Crypto Anarchist Manifesto* en el que ya anunciaba que la aparición de Internet y los avances en la criptografía de clave pública y privada posibilitaría que los individuos y los grupos se comunicaran e interactuaran de una manera más anónima, pudiendo negociar contratos electrónicos de modo que no se pudiera conocer el verdadero nombre o identidad legal del otro. Ver <https://www.activism.net/cypherpunk/crypto-anarchy.html>.

⁸ CHAUM, D., ya advirtió que las nuevas tecnologías de computación podrían privar a los individuos de controlar su propia información, la cual podría ser utilizada por gobiernos y corporaciones para inferir modos de vida y hábitos. La manera de contrarrestar este peligro era la de desarrollar técnicas criptográficas susceptibles de uso masivo que permitieran enviar mensajes con seguridad. Ver: https://www.chaum.com/publications/Security_Without_Identification.html.

⁹ Véase: <https://www.forbes.com/sites/oliversmith/2019/01/31/blockchain-startups-showed-no-signs-of-life-in-2018/#4169b5f3463e>.

¹⁰ Véase: <https://www.axios.com/corporate-america-blockchain-bitcoin-fervor-over-fb13bc5c-81fd-4c12-8a7b-07ad107817ca.html>.

¹¹ Véase: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-02-03/crypto-is-over-paris-fintech-summit-returns-to-disrupting-banks>.

¹² Véase: <https://www.forbes.com/sites/jpreissler/2019/03/20/cboe-pulls-out-of-the-bitcoin-futures-market>.

¹³ Véase: <https://www.cnn.com/2017/09/04/chinese-icos-china-bans-fundraising-through-initial-coin-offerings-report-says.html>.

¹⁴ Véase: <https://www.businessinsider.com/ico-south-korea-bans-icos-2017-9?IR=T>.

¹⁵ Véase: <https://www.elmundo.es/tecnologia/2019/04/09/5caca98cfd4df7d5b8b46f2.html>.

¹⁶ Este gráfico forma parte del informe de Gartner: «Hype Cycle for Emerging Technologies», y puede obtenerse en la dirección: https://blogs.gartner.com/smarterwithgartner/files/2018/08/PR_490866_5_Trends_in_the_Emerging_Tech_Hype_Cycle_2018_Hype_Cycle.png.

¹⁷ WERBACH, K., *Trust, but Verify: Why the Blockchain Needs the Law*, Berkeley Technology Law, Journal, Vol. 33:487, 489, 2018.

¹⁸ Véase el Informe de *The European Union Blockchain Observatory and Forum*, denominado *Legal and Regulatory Framework of Blockchains and Smart Contracts*, de 27 de septiembre de 2019, 9. <https://media.consensys.net/report-the-legal-and-regulatory-framework-of-blockchains-and-smart-contracts-8f397eaf0b1f>.

¹⁹ DANS, E. En el prólogo a la traducción española de TAPSCOTT D. y TAPSCOTT A.: *La Revolución Blockchain*, Ed. Deusto, 2017, 15.

²⁰ Una exposición de la aparición progresiva de las diferentes tecnologías que, comenzando en 1950, acaban configurando *blockchain* puede verse en DE FILIPPI P. y WRIGHT A., *Blockchain and the Law. The Rule of Code*, Harvard University Press, 2018, especialmente 13-32.

²¹ Ver MAY, T., *Crypto Anarchy and Virtual Communities* (1994), <http://groups.csail.mit.edu/mac/clases/6.805/articles/crypto/cyberpunks/may-virtual-comm.html>.

²² Sobre bitcoin y criptodivisas alternativas hay una ingente bibliografía. Puede consultarse VILARROIG MOYA R. y PASTOR SEMPERE C. (Dir.), *Blockchain: Aspectos Tecnológicos, Empresariales y Legales*, Ed.: Thomson Reuters Aranzadi, 2018, especialmente, 40 a 176. También ROJO M.^a Isabel, *Blockchain, Fundamentos de la cadena de bloques*, Ed.: Ra-Ma, 2018, especialmente, 71-95.

²³ SATOSHI NAKAMOTO, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, (octubre de 2008). <http://www.metzdowd.com/pipermail/cryptography/2008-October/014810.html>.

²⁴ Por ello, en este caso, el negocio jurídico no sería de intercambio de cosa por dinero, sino de cosa por cosa, es decir, una permuta. En este sentido también GÓMEZ GÁLLIGO, J. *El Registro de la Propiedad y los nuevos desafíos del blockchain*, en *La protección del consumidor en la vivienda colaborativa*, MUNIZ ESPADA, E., Ed.: La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, 574.

²⁵ DE FILIPPI, P. y WRIGHT, A., *Blockchain and the Law. The Rule of Code*, Harvard University Press, 2018, especialmente 27 a 29. Véase también VILARROIG MOYA, R. y PASTOR SEMPERE, C. (Dir.), *Blockchain: Aspectos Tecnológicos, Empresariales y Legales*, Ed.: Thomson Reuters Aranzadi, 2018, especialmente, 66 a 71. También ROJO M.^a Isabel, *Blockchain, Fundamentos de la cadena de bloques*, Ed.: Ra-Ma, 2018, especialmente, 97-159.

²⁶ Véase KAY, J. *El dinero de los demás*, Barcelona, RBA Ed. 2017, 181-185.

²⁷ Así, por ejemplo, DE FILIPPI y WRIGHT, A. se refieren a que *blockchain* sirve de apoyo a registros resilientes, transparentes, no repudiables y resistentes a las trampas, destacando que las cadenas de bloques están almacenando documentos —*records*— de un modo secuencial, ordenados temporalmente, por partes conocidas y autenticadas, los cuales son accesibles —y auditables— por cualquiera con conexión a Internet. Dichos

documentos incluyen títulos inmobiliarios —*title to land*—. *Op. cit.* 46. En realidad, se refieren a archivos, pero no a sistemas registrales en un sentido técnico. En cuanto a que se trata de documentos con partes conocidas y autenticadas, es una afirmación que puede considerarse correcta si se trata de documentos autenticados mediante firma electrónica o mediante intervención humana —notario—, pero no si se trata de transacciones realizadas mediante *blockchain*, ya que en esta tecnología contratan dos direcciones electrónicas, sin que pueda acreditar la identidad de las personas que se hallan tras ellas. Goldman Sachs estima que la aplicación de las tecnologías del libro o inventario —*ledger*— distribuido —DLT, por sus siglas en inglés— a los sistemas de *Title Insurance* en los Estados Unidos podría ahorrar entre dos y cuatro billones de dólares anuales. Ver SCHNEIDER V. *et al.*, *Blockchain: Putting Theory into Practice*, Goldman Sachs Equity Res. 4 (May 24, 2016), <https://www.scribd.com/doc/313839001/Profiles-in-Innovation-May-24-2016-1> [<https://perma.cc/93FJ-EEDW>]. Hay que recordar, sin embargo, como hace SCHNEIDER, que el seguro de título es necesario en los Estados Unidos porque tiene un sistema de «*registration by title*» en lugar de «*title by registration*», lo que impide que la registración confiera un título inatacable. TAPSCOTT, D. y TAPSCOTT, A.—*op. cit.*, 42— se refiere a *blockchain* como instrumento que dé seguridad, protección y garantía del derecho a la tierra y a otros bienes que se posean legalmente. Esta afirmación puede interpretarse en el sentido de que *blockchain* actuaría como *enforcer* del sistema legal en lugar de como sustituto del mismo.

²⁸ WESTERMAN, H.P., EICKMAN, D., DINGER, W., *Sachenrecht*, 6.^a ed., C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1988, 100 y sigs. WOLFF-RAISER utiliza la expresión *acto estatal*, en Derecho de cosas, en el *Tratado de Derecho Civil*, Enneccerus, Kipp y Wolff, T. III, 1.º. Traducción española con anotaciones de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Barcelona, 1971, 226.

²⁹ DE OTTO, I. *Estudios sobre el poder judicial*, Ed.: Ministerio de Justicia, 1989. Ciertamente, se trata de una declaración que no es definitiva porque puede ser impugnada, si bien con nulas posibilidades de éxito si el titular según la inscripción reúne los requisitos para ser protegido. Esto es lo que significan los principales efectos o propiedades normativas atribuidas a la inscripción, especialmente la fe pública registral.

³⁰ THOMAS, R.: A land registration system, especially one which offers indefeasibility, is not a straightforward data-processing system, based on *nemo dat* principles. The Registrar is the gatekeeper granting definitive legal rights, *The New Zealand Experience: The risks and implications of automation*, Ponencia presentada por el autor a la Conferencia que tuvo lugar en Auckland, New Zealand, 29-31 de agosto de 2018.

³¹ MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*. Ed.: Thomson Reuters, 2011.

³² Cook County Recorder of Deeds, *Blockchain Pilot Program Final Report*, (2017) 32-34, <http://cookrecorder.com/wp-content/uploads/2016/11/Final-Report-CCRD-Blockchain-Pilot-Program-for-web.pdf>.

³³ Telia Company, ChromaWay and Kairos Future, *The Land Registry in the blockchain. A development project with Lantmäteriet (The Swedish Mapping, cadastre and land registration authority)*, July 2016.

³⁴ En concreto el algoritmo utilizado para el cálculo de las huellas de los documentos es el SHA-256 (que también es el más utilizado en el protocolo *Blockchain*). Una descripción de este algoritmo puede encontrarse en: <http://csrc.nist.gov/groups/STM/cavp/documents/shs/sha256-384-512.pdf>.

³⁵ Artículos 106 y siguientes de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social: <https://boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2001-24965>.

³⁶ En este sentido, el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España es prestador de confianza de servicios de certificación para firmas electrónicas y sellados temporales electrónicos cualificados, conforme al Regla-

mento EU núm. 910/2014, de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior: <https://webgate.ec.europa.eu/tl-browser/#/tl/ES/11>.

³⁷ Artículo 28.1 de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-11605>) y artículos 27.2 y 27.3.a de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10565>).

³⁸ Artículo 28.5 de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-11605>, visitado el 1 de mayo de 2019) y artículo 27.3.c de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10565>).

³⁹ Dado que cualquier carácter diferente —mayúsculas/minúsculas, comas/puntos, etc.— o formato distinto o simplemente un espacio en blanco más o menos entre uno y otro documento, daría lugar a hashes totalmente diferentes, aunque el contenido jurídico de ambos documentos fuese idéntico.

⁴⁰ MOLINA BALAGUER, F., *Informe correspondiente a la Segunda Conferencia Anual de Ibreá —International Blockchain Real Estate Association—* Nueva York, 10 de octubre de 2017. *Paper* citado con autorización del autor.

⁴¹ Esta es una cuestión de capital importancia —y que, por ello, trataremos de forma más extensa a lo largo de este artículo—, sobre todo en sistemas registrales de derechos construidos en torno al principio de seguridad jurídica preventiva, como ocurre en el caso español. En este sentido, los diferentes modelos registrales se pueden diferenciar, fundamentalmente, en cuanto al modo y el momento en que se depuran las posibles contradicciones con los derechos de terceros y la legalidad y, desde este punto de vista, los dos principales diseños organizativos que históricamente se han propuesto han sido los registros de depósito de documentos y los registros de derechos.

Los primeros se limitan a datar y conservar pruebas de las escrituras o contratos en las que eventualmente se basarán los tribunales para decidir sobre los derechos en litigio mientras que los registros de derechos van más allá de la mera publicidad de los documentos potencialmente acreditativos de los contratos, ya que garantizan el reconocimiento por el Estado de las titularidades sobre los derechos y los propios derechos. En estos sistemas, los contratos no son traslativos, sino que son contratos con finalidad traslativa y para que esta se produzca efectivamente, es decir, con carácter *erga omnes*, se requiere la inscripción. Para conseguirlo, los documentos han de ser calificados por el registrador, con el fin de detectar posibles ilegalidades, así como cualquier conflicto que pueda perjudicar otros derechos reales. Como consecuencia de todo ello, la información del registro está siempre depurada y es capaz de proporcionar titularidades definitivas e irrevocables, en el sentido de que el tercero de buena fe, que adquiera sobre la base de la información suministrada por el registro, adquiere un derecho real, inatacable.

La superioridad de los registros de derechos, por tanto, es clara en cuanto a la calidad de sus productos ya que, no solo aseguran perfectamente la propiedad del titular, sino que también reducen de forma drástica el coste de las transacciones futuras, proporcionan mejores incentivos para la inversión, abaratan el crédito hipotecario, etc. (Véase, por ejemplo: United Nations Economic Commission for Europe, *Study on Key Aspects of Land Registration and Cadastral Legislation*, HMLR, Londres, 2000).

Pero para que todos estos beneficios se produzcan no basta, sin embargo, con que las partes se limiten a suscribir un contrato. Al contrario, es necesario verificar que no concurren ninguno de los supuestos que puedan determinar su nulidad o ineficacia y, así, entre otros extremos, habrá de determinarse, no solo que se ha prestado el consentimiento, que quienes lo han prestado son quienes dicen ser, que lo han hecho libre e informadamente, que no se encuentran incapacitados ni tienen sus facultades de dispo-

sición limitadas, que en el momento de dicha prestación los otorgantes estaban en pleno uso de sus facultades (arts. 1261 y sigs. CC) y, en caso de que se actúe por medio de un representante, que este cuente realmente con dicho poder de representación, que no esté revocado y que las facultades que se le han delegado son suficientes para llevar a cabo el negocio jurídico a que se refiere el contrato suscrito (art. 1259 CC), que exista una causa y que esta no sea ilícita o falsa (arts. 1261, 1275 y 1276 CC), que tengan un objeto cierto (art. 1261 CC) etc., sino también que las diferentes circunstancias que conforman dicho negocio jurídico se ajustan a la legalidad y no afectan a los derechos preexistentes de terceros, etc. Ninguna de estas cuestiones se resuelve mediante las cadenas de bloques.

⁴² Sobre los intentos de construir una identidad digital basada en *blockchain* dentro de la Administración pública, véase VILARROIG MOYA, R. y PASTOR SEMPERE, C. (Dir.), *Blockchain: Aspectos Tecnológicos, Empresariales y Legales*, Ed.: Thomson Reuters Aranzadi, 2018, especialmente 321 a 336.

⁴³ Cualquier usuario de la cadena puede tener varios identificadores y usar uno diferente para cada transacción. Igualmente, el sellado de tiempo tampoco identifica quién sea el sujeto concreto que efectúa el registro —quién cierra el bloque— sino la dirección desde la que se realiza. De todas maneras, como sostiene LEGERÉN-MOLINA, debe tenerse presente que, por medio de mecanismos indirectos, existe cierta caracterización de los números identificativos, tanto del emisor como del receptor de cualquier transacción: el seguimiento de las IP o de las cuentas, en su caso, asociadas a las operaciones —por ejemplo, un proveedor, por razones de eficiencia, mantendrá una o pocas direcciones *bitcoin* para cobrar a sus clientes sin cambiarlas de manera habitual—, análisis de tráfico, etc. Ello permite a LEGERÉN-MOLINA afirmar que la cadena de bloques no es «anónima» sino «pseudónima». Véase LEGERÉN-MOLINA, A. Retos jurídicos que plantea la cadena de bloques, en *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 1 (enero-marzo, de 2019), Estudios, 206 y 207.

⁴⁴ Véase el Informe de *The European Union Blockchain Observatory and Forum*, denominado *Legal and Regulatory Framework of Blockchains and Smart Contracts*, de 27 de septiembre de 2019, 14. <https://media.consensys.net/report-the-legal-and-regulatory-framework-of-blockchains-and-smart-contracts-8f397eaf0b1f>.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*, 12: «The situation is more complex when it comes to eSignatures and eSeals (signatures of a legal entity as opposed to a natural person)».

⁴⁸ El informe *Legal and Regulatory Framework of Blockchains and Smart Contracts*, de 27 de septiembre de 2019, anteriormente citado, reconoce la necesidad, en estos casos, de acudir a las «bases de datos de las sociedades o a algún otro oráculo confiable, los cuales necesitan algún tipo de reconocimiento legal» —24—. En el caso de las sociedades mercantiles esa función la cumplen con ventaja los registros mercantiles.

⁴⁹ Para apreciar la capacidad de obrar, en nuestro sistema jurídico, también procede la consulta al Registro de la Propiedad, dado lo dispuesto por los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario.

⁵⁰ No entramos a analizar aquí la cuestión de la denominada forma digital, especialmente en el ámbito de los *smarts contracts*, en donde, como afirma FELIÚ REY, desempeña una función dinámica. Como afirma este autor: «En realidad, un *Smart Contract* sin lenguaje máquina y sin forma de código autoejecutable no ofrece ninguno de los efectos esperados, ni puede integrar información para determinar las prestaciones (p.ej. un precio de cotización o un dato GPS de localización), ni puede ejecutar las prestaciones (p.ej. una transferencia de dinero o una publicación de una información), ni puede automáticamente tampoco aplicar las medidas autoejecutables previstas en caso de incumplimiento (p.ej. transmitir la orden a un dispositivo conectado para que no pueda ponerse en marcha el vehículo, la desactivación de una clave de acceso, o la eliminación de archivos o datos).

En el caso de los *smart contracts*, la falta de forma determinada implicaría que no estuviéramos ante tal figura, no produciendo los efectos que le son propios. Hay un contrato válido, pero no se producen los efectos propios consustanciales a la forma y el lenguaje, independientemente que se puedan obtener por las vías tradicionales». FELIÚ REY, J. «*Smart Contract: Concepto, ecosistema y principales cuestiones de Derecho privado*», *La Ley Mercantil*, núm. 47, 2018, 11.

⁵¹ The European Union Blockchain Observatory and Forum, *Legal and Regulatory Framework of Blockchains and Smart Contracts*, de 27 de septiembre de 2019, 33. <https://media.consensys.net/report-the-legal-and-regulatory-framework-of-blockchains-and-smart-contracts-8f397eaf0b1f>

⁵² Véase MENDEZ GONZÁLEZ, F. P., *Derechos reales y titularidades reales*, en *RCDI*, núm. 736, 797, nota 51.

⁵³ MERRILL, T.W. y SMITH, H.E., Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle, *The Yale Law Journal*, 4 de octubre de 2000, Vol. 110-1, 38-42.

⁵⁴ MERRILL, T.W. y SMITH, H.E., *op. cit.*, 39-40.

⁵⁵ Podría objetarse que, en Alemania, por ejemplo, el sistema registral es de encasillado, y, sin embargo, por la vía de las cargas reales, admite una amplia variedad de derechos reales. Según PAU PEDRÓN, la figura de la carga real convierte en ilusorio el sistema de *numerus clausus* en el sistema alemán. Según este autor, la carga real admite los más variados contenidos imaginables. Esta multiplicidad de contenidos de la carga real ha sido característica típica del Derecho medieval: las más variadas figuras —*Dienste*, *Zehnen*, *Grundzinsen*, *Fronden* y otras muchas— se engloban en el concepto de carga real, limitándose el BGB a decir en el parágrafo 1105 que una finca puede ser gravada con prestaciones. PAU PEDRÓN A., *Panorama del sistema inmobiliario alemán*, en *La publicidad registral*, 57. Ed.: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2001. A las cargas reales se refiere también nuestro Código civil, entre otros, en los artículos 336, 788 o 1086, pero, a nuestro juicio, no son derechos reales de goce, sino mecanismos de garantía para hacer efectivas determinadas obligaciones, normalmente de prestación periódica. Véase Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. III, Ed.: Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, 96-98. Hay que tener en cuenta, además, que en el sistema alemán, el Registro no solo practica inscripciones bajo el sistema de encasillado sino que archiva el documento y que, además, el sistema transmisivo es, al menos relativamente, abstracto, por lo que la transmisión del derecho real carece de conexión con el negocio causal.

⁵⁶ GONZÁLEZ-MENESES, M., *La «tokenización» de inmuebles ¿economía colaborativa o mercantilización extrema?*, en *La protección del consumidor en la vivienda colaborativa*, Muñiz Espada E., Ed.: La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, 552.

⁵⁷ GONZÁLEZ-MENESES, M., *op. cit.*, 555.

⁵⁸ GONZÁLEZ-MENESES, M., *op. cit.* 557.

⁵⁹ No obstante, conviene subrayar que, en nuestro país no hay ninguna criptodivisa que tenga la consideración de dinero de curso legal en el sentido del artículo 1170 del Código civil por lo que su utilización para «pagar» la adquisición de un bien inmueble debería tener la consideración de permuta. Sobre los aspectos legales y tributarios de las criptodivisas en nuestro país, véase VILARROIG MOYA, R. y PASTOR SEMPÉRÉ C. (Dir.), *Blockchain: Aspectos Tecnológicos, Empresariales y Legales*, Ed.: Thomson Reuters Aranzadi, 2018, especialmente, 191-240.

⁶⁰ SZABO, Nick, *Smart Contract: Building Blocks for Digital Markets*, 1996, http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html (last acces, November, 26, 2018). Véase también TUR FAÜNDEZ, C., *Smart Contracts. Análisis jurídico*, Ed.: Reus, Madrid, 2018.

⁶¹ SZABO, N. *Formalizing and Securing Relationships on Public Networks*, /firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/548/469-publisher=First.

⁶² En este sentido se pronuncia el Informe *Legal and Regulatory Framework of Blockchains and Smart Contracts*, de 27 de septiembre de 2019, anteriormente citado, 22.

⁶³ The Economist, *Not-So-Clever Contracts*, 28 de julio de 2016, <http://www.economist.com/news/business/21702758-time-being-least-human-judgment-still-better-bet-cold-hearted> [hereinafter *Not-So-Clever Contracts*] («[T]rusted parties, known as oracles, could supply the data to a blockchain[.]»).

⁶⁴ DE FILIPPI P. y WRIGHT A. *op. cit.*, 83.

⁶⁵ Sobre el significado del término consenso en el ecosistema *blockchain* nos extendemos posteriormente, pues es un término cuyo uso puede inducir a confusión, como veremos.

⁶⁶ En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 3.4 de la Ley 59/2003 de 19 de diciembre de Firma Electrónica dispone que «La firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel». Respecto de la firma electrónica avanzada —de rango menor— el artículo 3.2 solo dice que genera un «alto nivel de confianza» pero sin atribuirle un valor probatorio específico. El problema está en que, como señalamos anteriormente, para que la firma electrónica pueda ser calificada como reconocida es necesario que identifique a los firmantes, algo que repele a la filosofía de la tecnología de los bloques encadenados.

⁶⁷ MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P., *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles. Un estudio del sistema español con referencia al sistema alemán.*, Ed.: Tirant Lo Blanch, 2017, 45-49.

⁶⁸ Véase SAVAUX, E. *El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos*. https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2016-30071500741. También *Principios de Derecho Europeo de los contratos. Partes I y II revisadas*, preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos. Presidente: Profesor Ole Lando. <http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf>.

⁶⁹ FELIÚ REY, J. *Smart Contract: Concepto, ecosistema y principales cuestiones de Derecho privado*, *La Ley Mercantil*, núm. 47, 2018, 18.

⁷⁰ Véase LEGERÉN-MOLINA, A. *Retos jurídicos que plantea la cadena de bloques*, en *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 1 (enero-marzo de 2019), Estudios, 226.

⁷¹ FILIPPI, P. y WRIGHT, A. *Blockchain and the Law*, Harvard University Press, 2018, 77. Véase en el mismo sentido FELIÚ REY, J. *Smart Contract: Concepto, ecosistema y principales cuestiones de Derecho privado*, *La Ley Mercantil*, núm. 47, 2018, 8 y sigs. Como afirma este autor, 9: «...debemos advertir que, en el estado actual de la tecnología, el dispositivo, en realidad, no entiende conceptos, sino que ejecuta instrucciones tal y como están programadas. Es decir, cuando presionamos la tecla de impresión, para imprimir un documento, el dispositivo no entiende el concepto de impresión ni la orden, ejecuta sencillamente un protocolo que consigue la finalidad querida, es decir, la obtención en soporte papel de un contenido que estaba en soporte digital. Otro ejemplo algo más sofisticado, en el que ya comenzamos a incorporar nociones de tecnología más avanzada con soluciones de inteligencia artificial, sería el caso de un coche autónomo ante el que se cruza una pelota. Con seguridad, el vehículo se detendrá o aminorará la marcha ante la identificación de un obstáculo, porque así se ha programado antes, pero difícilmente, en el estado actual de la técnica, será capaz, por sí solo, de intuir que, tras la pelota, pueda aparecer corriendo un niño intentando recuperarla». En esta misma línea, SURDEN, H. *Computable Contracts*, *U. C. Davis L. Rev.*, vol. 46, 2012, 633 y sigs., quien afirma que: «(...) contemporary computer algorithms cannot read or understand even basic written language texts anywhere near the sophistication exhibited by a person of ordinary literacy».

⁷² Véase el Informe de *The European Union Blockchain Observatory and Forum*, denominado *Legal and Regulatory Framework of Blockchains and Smart Contracts*, de 27

de septiembre de 2019, 14. <https://media.consensys.net/report-the-legal-and-regulatory-framework-of-blockchains-and-smart-contracts-8f397eaf0b1f>.

⁷³ Se refiere a la obra: *Principia Mathematica*, de Alfred North WHITEHEAD y Bertrand RUSSELL, compuesta por tres volúmenes publicados por primera vez, respectivamente, en 1910, 1912 y 1913.

⁷⁴ GÖDEL, Kurt, *Über formal unentscheidbare Sätze der Principia Mathematica und verwandter Systeme I*, Monatshefte für Mathematik und Physik, December 1931, vol. 38, 173-198.

⁷⁵ Entre los muchos textos de carácter divulgativo acerca de los teoremas de Gödel, su demostración, significado y relación con otras ramas del conocimiento, se pueden citar los siguientes:

— FRANZÉN, T., *Gödel's Theorem. An Incomplete Guide to its Use and Abuse*, 2005, A.K. Peters, Wellesley, Mass.

— HOFSTADTER, D., *Gödel, Escher, Bach: An Eternal Golden Braid*, 2006, Basic Books, New York, Holden, C., Science vol. 311, 317.

— NAGEL, E., and NEWMAN, J., *Gödel's Proof*, 1959, reeditado en 2001, New York University Press, New York.

⁷⁶ Los enunciados de estos teoremas establecen: 1.- Cualquier formalización consistente S en la que se puedan efectuar operaciones aritméticas elementales, es incompleta respecto de los enunciados de la aritmética elemental; esto es, hay enunciados cuya verdad o falsedad no se puede demostrar dentro de S. y 2.- Para cualquier formalización consistente S en la que se puedan efectuar operaciones aritméticas elementales, no es posible probar la consistencia de S dentro de S.

El propio Gödel en la introducción de su artículo señalaba que: «*Como es sabido, el progreso de la matemática hacia una exactitud cada vez mayor ha llevado a la formalización de amplias partes de ella, de tal modo que las deducciones pueden llevarse a cabo según unas pocas reglas mecánicas. Los sistemas formales más amplios construidos hasta ahora son el sistema de Principia Mathematica (PM) y la teoría de conjuntos de Zermelo-Fraenkel (desarrollada aún más por J. von Neumann).*

Estos dos sistemas son tan amplios que todos los métodos usados hoy día en la matemática pueden ser formalizados en ellos, es decir, pueden ser reducidos a unos pocos axiomas y reglas de inferencia. Resulta por tanto natural la conjetura de que estos axiomas y reglas basten para decidir todas las cuestiones matemáticas que puedan ser formuladas en dichos sistemas. En lo que sigue se muestra que esto no es así, sino que, por el contrario, en ambos sistemas hay problemas relativamente simples de la teoría de los números naturales que no pueden ser decididos con sus axiomas (y reglas).».

⁷⁷ O en palabras del propio GÖDEL: «*Todos ustedes conocen las famosas palabras de Hilbert sobre que todo matemático está convencido de que para cada pregunta matemática precisamente formulada es posible encontrar una única respuesta y que es exactamente esta convicción el estímulo fundamental del trabajo de investigación matemático. Hilbert mismo estaba tan convencido de esto que aún pensaba que era posible que se diera una demostración matemática de esto, al menos en el dominio de la teoría de los números.*

¿Cómo podemos imaginar que una tal demostración pueda ser obtenida? Para buscarla primero tenemos que analizar el significado del teorema a ser demostrado. Para cada hombre desprejuiciado esto solo puede significar lo siguiente: dada una proposición matemática cualquiera A, existe una demostración para A o para no-A, donde por «demostración» se entiende algo que parta de axiomas evidentes y proceda por inferencias evidentes. Ahora, formulado de esta manera, el problema no es susceptible de tratamiento matemático pues involucra las nociones no-matemáticas de evidencia. Luego lo primero que hay que hacer es explicitar esta noción a través del análisis de las demostraciones matemáticas reales. Si eso se hace —y ha sido hecho por la lógica matemática y por la Teoría de la Demostración de Hilbert— entonces nuestro problema puede ser tratado matemáticamente y la respuesta resulta ser negativa aún en el dominio de la teoría de los números.

Pero es claro que esta respuesta negativa tiene dos significados diferentes: (1) puede significar que el problema en su formulación original tiene una respuesta negativa, o (2) puede significar que algo se perdió en el proceso de transición de la evidencia al formalismo. Es fácil ver que realmente ocurrió lo segundo, puesto que las preguntas de la teoría de los números que son indecidibles en un formalismo dado son siempre decidibles por inferencias evidentes que no son expresables en el formalismo dado. Respecto de la evidencia de estas nuevas inferencias, ellas resultan ser tan evidentes como las del formalismo dado. Luego el resultado es más bien que no es posible formalizar la evidencia matemática aún en el dominio de la teoría de los números, pero la convicción acerca de la cual Hilbert hablaba permanece enteramente inalterada».

⁷⁸ COHEN, P.J., *Set Theory and the Continuum Hypothesis*, 1966, W.A. Benjamin, Nueva York.

⁷⁹ Esta hipótesis afirma que no hay ningún conjunto cuya cardinalidad —número de elementos o tamaño del conjunto— se halle estrictamente entre la de los números enteros y la de los números reales.

⁸⁰ El *Entscheidungsproblem* indaga sobre si, dada una teoría matemática no trivial, es posible diseñar un algoritmo que, dada una proposición cualquiera de esa teoría, nos indique si la misma es verdadera o falsa.

⁸¹ El décimo problema de Hilbert plantea la siguiente pregunta: ¿es posible diseñar un algoritmo que, dada una ecuación diofántica (es decir, una ecuación polinómica de una o varias variables con coeficientes enteros y respecto de la cual se buscan exclusivamente soluciones enteras) indique si admite o no alguna solución?

⁸² CHURCH, Alonzo, *An unsolvable problem of elementary number theory*, American Journal of Mathematics, Vol. 58, núm. 2. (April, 1936), 345-363.

⁸³ TURING, A., *On Computable Numbers with an Application to the Entscheidungsproblem*, Proceedings of the London Mathematical Society, Volume s2-42, Issue 1, 1937, 230-265.

⁸⁴ Precisamente, en enero de 2019 se publicó en la revista *Nature*, un artículo en el que también se demuestra que existen problemas que una Inteligencia Artificial, incluso empleando técnicas de *learning*, nunca podrá resolver. Puede verse en la dirección: <https://www.nature.com/articles/s42256-018-0002-3>. El caso concreto estudiado en este artículo es un problema similar a la hipótesis del continuo de Cantor.

⁸⁵ Por ejemplo, GÖDEL, tras conocer los resultados de TURING, señaló que: «No es posible mecanizar el razonamiento matemático, esto es, nunca será posible reemplazar los matemáticos por una máquina, aún si nos confinamos a los problemas de la teoría de números. Hay por supuesto, porciones de las matemáticas que pueden ser completamente mecanizadas y automatizadas; por ejemplo, la geometría elemental es una de ellas, pero la teoría de los números enteros ya no lo es».

⁸⁶ Más adelante se dará una definición más técnica de los oráculos, por ahora basta decir que son servicios de terceros que proporcionan al contrato inteligente información sobre si determinado suceso o evento, contemplado por aquel, se ha producido, o no, para que dicho contrato pueda ejecutar la acción correspondiente.

Imaginemos un contrato inteligente que gestiona una apuesta deportiva, en concreto, el resultado de un concreto partido de la liga de fútbol profesional. En este escenario, por un lado, estarían los sistemas en los que reside y se ejecuta el contrato inteligente y, por otro, aquellos de los que el contrato obtiene el resultado del partido respecto del que se ha realizado la apuesta, por ejemplo, los servicios telemáticos que para ello pueda proporcionar la propia Liga de Fútbol Profesional; estos servicios serían un oráculo del contrato inteligente que gestiona la apuesta.

⁸⁷ Ver NARAYANA, B. y otros, *Bitcoin and Cryptocurrency Technologies 2* (2016) (2016) («Optimists claim that Bitcoin will fundamentally alter payments, economics, and even politics around the world.»).

⁸⁸ Los títulos denominados «derivados» se denominan así porque su valor deriva del de otros títulos. Si los títulos son derechos sobre activos, los derivados son derechos

sobre otros títulos, y su valor depende del precio de esos títulos subyacentes. Una vez creados los derivados, se pueden crear otras capas de derivados y así sucesivamente. El valor de los activos subyacentes a estos contratos derivados es tres veces el valor de todos los activos físicos del mundo. Se trata de títulos comercializables con los que suele practicarse «trading de alta frecuencia», a través de ordenadores que constantemente compran y venden valores. Véase KAY, J. *El dinero de los demás*, Barcelona, RBA Ed., 2017, 16.

⁸⁹ ARRUÑADA, B., *Blockchains Struggle to Deliver Impersonal Exchange*, Minn. J.L. SCI & Tech., Vol.19.1, 1918, 78.

⁹⁰ El concepto de contratos relacionales fue acuñado por Williamson, para referirse a aquellos contratos que son completados por las partes *ex post*, a veces incluso después de haberse perfeccionado el contrato, bien por ser ineficiente hacerlo *ex ante*, o, sencillamente, imposible. Ver WILLIAMSON, O. E., *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets and Relational Contracting*, 1985. Como se ha afirmado, muchos contratos —los relacionales— operan más como matrimonios a largo plazo que como relaciones ocasionales breves —Ver KOSBA, A., MILLER, A., SHI, E., WEN, Z., y PAPAMANTHOU, Ch., Hawk: *Preserving Smart Contracts, The Blockchain Model of Ceiptography and Privacy*, en IEEE Sympsium on Securiry and Privacy (SP), 2016., ed. : Locasto M., Shmatikov, V. y Erlingsson U., Puscataway, NJ:IEEE,2016, 839-858. Pero, incluso, en estos casos, *blockchain* aporta el valor de posibilitar la verificabilidad del contenido de los documentos, como expusimos anteriormente.

⁹¹ YOAV SHOHAM, RAYMOND PERRAULT, ERIK BRYNJOLFSSON, JACK CLARK, JAMES MANYIKA, JUAN CARLOS NIEBLES, TERAH LYONS, JOHN CLETCHMENDY, BARBARA GROSZ and ZOE BAUER, *The AI Index 2018 Annual Report*, AI Index Steering Committee, Human-Centered AI Initiative, Stanford University, Stanford, CA, December 2018. Puede verse en: <http://cdn.aiindex.org/2018/AI%20Index%202018%20Annual%20Report.pdf>.

⁹² MMC Ventures, *The State of AI: Divergence*, 2019. Puede verse en: <https://www.mmcventures.com/wp-content/uploads/2019/02/The-State-of-AI-2019-Divergence.pdf>.

⁹³ Así, por ejemplo, las técnicas matemáticas, principalmente de carácter estadístico y de análisis numérico, en las que se fundamentan los algoritmos de aprendizaje y aprendizaje profundo actuales son: el método de mínimos cuadrados (1805), el teorema de Bayes (1812) o las cadenas de Markov (1913).

Posteriormente, en 1950, Alan TURING publica su artículo: *Computing Machinery and Intelligence*, (Mind, New Series, Vol. 59, núm. 236 —octubre de 1950—, 433-460, Oxford University Press on behalf of the Mind Association) en el que se pregunta si las máquinas pueden pensar y propone su: *imitation game, también conocido como test de Turing*, que es un test para determinar si un ordenador es inteligente y que se basa en verificar si una persona comunicándose con él, a través de mensajes tecleados, puede confundirlo o no con otro ser humano (hoy en día, no obstante, existen tests más fuertes como el de Winograd que tiene en cuenta el *sentido común*). Más tarde, en 1951, Marvin Minsky diseña y construye SNARC (Stochastic Neural Analog Reinforcement Computer), la primera red neuronal.

⁹⁴ SEARLE, John. R., *Minds, Brains, and Programs. Behavioral and Brain Sciences* 3, 1980, 417-457. Existen otras categorizaciones más actuales como la debida a Arend Hintze, que atiende al nivel de competencia, y distingue entre máquinas reactivas, de memoria limitada, conformes con la teoría de la mente y autoconscientes, pero, no obstante, se ha optado por la clasificación de Searle por su carácter más didáctico.

⁹⁵ Véase, por ejemplo: Hans P. MORAVEC, *Mind Children: The Future of Robot and Human Intelligence*, Harvard University Press, 1990.

⁹⁶ En la siguiente dirección: <https://arxiv.org/abs/1904.08653> puede encontrarse un informe que explica como engañar a un sistema de vigilancia con cámaras e IA, mediante la utilización de un simple parche de colores.

⁹⁷ Véase, por ejemplo: <https://www.theverge.com/2017/11/2/16597276/google-ai-image-attacks-adversarial-turtle-rifle-3d-printed> o también: <https://www.labsix.org/physical-objects-that-fool-neural-nets>.

⁹⁸ En la siguiente dirección: https://keenlab.tencent.com/en/whitepapers/Experimental_Security_Research_of_Tesla_Autopilot.pdf, puede encontrarse un informe en el que se explica cómo engañar a un sistema de conducción autónoma simplemente colocando tres pegatinas transparentes —no visibles para el ser humano— en el asfalto haciendo que se desvíe, cambie de carril o, incluso, que se dé la vuelta.

⁹⁹ PENROSE, R., *The Emperor's New Mind. Concerning Computers, Minds, and The Laws of Physics*, 1989, Oxford University Press.

— PENROSE R., *Shadows of the Mind: A Search for the Missing Science of Consciousness*, 1994, Oxford University Press.

— PENROSE R., *The Large, the Small and the Human Mind*, 1997, Cambridge University Press.

¹⁰⁰ LUCAS, John R., *Minds, machines and Gödel*, *Philosophy* 36, April-July 1961, págs: 112-127. Reimpreso en: Kenneth, Malcolm y Frederick, James, *The Modelling of Mind*, Computers and Intelligence, 1963, Notre Dame Press, 255.

¹⁰¹ HOFSTADTER, D., *GÖDEL, Escher, Bach: An Eternal Golden Braid*, 2006, Basic Books, New York, Holden, C., *Science* vol. 311, 317.

¹⁰² DENNETT, Daniel Clement, *Brainchildren: essays on designing minds*, 1998, Harmondsworth, Penguin Books.

¹⁰³ Los números complejos o imaginarios son números que se construyen a partir de las raíces cuadradas de números negativos. Estas raíces, sin embargo, no tienen solución ya que no existe ningún número que, al multiplicarlo por sí mismo, dé, como resultado, un número negativo. El lector interesado puede intentar calcular una raíz cuadrada de este tipo en cualquier calculadora, ordenador, hoja de cálculo, programa, etc., y lo que obtendrá será un mensaje de error. Sin embargo, a pesar de lo anterior, un acto de intuición y creatividad permitió su concepción y desarrollo posterior, constituyendo, hoy en día, una herramienta poderosísima en el ámbito científico.

¹⁰⁴ Ver nota núm. 47.

¹⁰⁵ El experimento de la habitación china trata de poner de manifiesto que el pensamiento no consiste simplemente en la ejecución de un algoritmo, la ausencia de comprensión en estos algoritmos, así como el carácter limitado del test de Turing. El experimento consiste en imaginar a una persona, que no entiende ni habla chino, encerrada en una habitación en la que solo existen dos rendijas. Fuera de la habitación hay un interlocutor que solo habla chino y que no sabe que hay dentro de la habitación cerrada. Por la primera de las rendijas el interlocutor introduce tarjetas con símbolos en chino. El individuo del interior debe entregar, a través de la segunda rendija, respuestas, también en chino, a las tarjetas de entrada que ha recibido, para lo cual cuenta con un manual que le indica qué respuestas puede dar a cada conjunto de caracteres chinos que reciba. Por tanto, la persona encerrada buscando y siguiendo las secuencias del manual, y sin saber chino, podrá proporcionar respuestas correctas.

Ante este escenario cabe preguntarse si el individuo en el interior de la habitación sabe chino o si lo *entiende* el manual o si se puede considerar que el conjunto formado por la habitación, la persona encerrada y el manual, es un sistema que entiende chino. El interlocutor, desde luego, pensará que la habitación es capaz de responderle y, desde este punto de vista, esta superaría el test de Turing con lo que, de acuerdo con este test, estaríamos ante un sistema inteligente. Sin embargo, es claro que ninguno de los elementos que integran dicho sistema, con el que se relaciona el interlocutor, comprende el chino, y, por tanto, aunque el conjunto de aquellos supere el test de Turing, este no confirma que el individuo encerrado efectivamente entienda el chino, por lo que una ejecución correcta de un algoritmo realizada por un autómatu u ordenador no constituye un acto de conocimiento ni de comprensión.

¹⁰⁶ WOLPERT, D.H., MACREADY, W.G., *No Free Lunch Theorems for Optimization*, 1997, IEEE Transactions on Evolutionary Computation Vol. 1, núm. 1, 67-82.

¹⁰⁷ Véase, por ejemplo: <https://towardsdatascience.com/is-artificial-intelligence-racist-and-other-concerns-817fa60d75e9>, o también: <https://www.elmundo.es/motor/2019/03/26/5c99277421efa07c438b4632.html>.

¹⁰⁸ Véase, por ejemplo: <https://www.nature.com/articles/d41586-018-05707-8>, o también: <https://tech.co/news/sexist-ai-doomed-reflect-worst-2018-10>, también: <https://smo-da.elpais.com/feminismo/algoritmos-machistas> o <http://news.mit.edu/2018/study-finds-gender-skin-type-bias-artificial-intelligence-systems-0212> o <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-09-08/how-the-algorithms-running-your-life-are-biased-quicktake>.

¹⁰⁹ Véase, por ejemplo: <https://civio.es/tu-derecho-a-saber/2019/05/16/la-aplicacion-del-bono-social-del-gobierno-niega-la-ayuda-a-personas-que-tienen-derecho-a-ella>, o también: <https://civio.es/novedades/2019/07/02/que-se-nos-regule-mediante-codigo-fuente-o-algoritmos-secreto-es-algo-que-jamas-debe-permitirse-en-un-estado-social-democratico-y-de-derecho>.

¹¹⁰ Véase, por ejemplo: <https://www.theguardian.com/technology/2019/oct/14/automating-poverty-algorithms-punish-poor> o también: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25152&LangID=E>.

¹¹¹ O'NEIL, Cathy, *Weapons of Math Destruction*, 2017, Penguin Books. Traducción española: *Armas de Destrucción Matemática*, 2018, Capitán Swing Libros S.L.

¹¹² Véase, por ejemplo, el estudio de este sistema elaborado por la asociación periodística ProPublica: <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>.

¹¹³ Véase, por ejemplo: <https://www.technologyreview.es/s/11138/por-que-necesitamos-expertos-que-estudien-como-se-comporta-la-ia>.

¹¹⁴ Véase: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A32016R0679>.

¹¹⁵ Véase: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=ES#d1e2901-1-1>.

¹¹⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=ES#d1e2576-1-1>.

¹¹⁷ Véase, por ejemplo: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3143325.

¹¹⁸ Véase: <https://www.partnershiponai.org/report-on-machine-learning-in-risk-assessment-tools-in-the-u-s-criminal-justice-system>, visitado el 1 de mayo de 2019.

¹¹⁹ Véase, por ejemplo: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-04-26/major-tech-firms-come-out-against-police-use-of-ai-algorithms>, o bien: <https://venturebeat.com/2019/04/26/partnership-on-ai-algorithms-arent-ready-to-automate-pretrial-bail-hearings>, visitados el 1 de mayo de 2019.

¹²⁰ ARRUNADA, B., *Blockchains Struggle to Deliver Impersonal Exchange*, Minn. J.L. SCI & Tech., Vol. 19.1, 1918, 78.

¹²¹ ARRUNADA, B., *Blockchains Struggle to Deliver Impersonal Exchange*, Minn. J.L. SCI & Tech., Vol. 19.1, 1918, 92.

¹²² ARRUNADA, B., *Blockchains Struggle to Deliver Impersonal Exchange*, Minn. J.L. SCI & Tech., Vol. 19.1, 1918, 73.

¹²³ Puede verse en la dirección: <https://steemit.com/ethereum/@chris4210/an-open-letter-to-the-dao-and-the-ethereum-community>.

¹²⁴ Véase: <https://www.greaterzuricharea.com/en/news/chainsecurity-saves-ethereum-security-breach>.

¹²⁵ Véase: <https://arxiv.org/pdf/1802.06038.pdf>.

¹²⁶ Véase, por ejemplo: <https://blog.comae.io/the-280m-ethereums-bug-f28e5de43513>.

¹²⁷ Véase, por ejemplo: <https://mashable.com/2017/07/20/ethereum-hackers-theft-32-million/?euope=true>.

¹²⁸ Véase, por ejemplo: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-01-08/ethereum-classic-movements-halted-by-coinbase-on-signs-of-attack>.

¹²⁹ Véase: <https://www.securityevaluators.com/casestudies/ethercombing>.

¹³⁰ La clave privada debe mantenerse secreta, y puede considerarse como nuestra firma personal, permite firmar electrónicamente los mensajes, y es el único medio que permite gestionar y disponer de las monedas virtuales asociadas a la pareja de claves de que se trate. Por tanto, su pérdida supone la pérdida definitiva de estas monedas y, del mismo modo, si un tercero hace uso de nuestra clave privada podrá disponer de nuestras monedas como quiera. La clave pública, por el contrario, puede darse a conocer libremente, no permite firmar mensajes, pero si descifrar los mensajes encriptados o firmados con la clave privada asociada a ella. Además, será el identificador del usuario, de modo semejante a una dirección de correo electrónico, nombre de usuario, etc. Para cada clave privada solo habrá una clave pública que permite realizar las anteriores funciones.

¹³¹ Por ejemplo, las que todos sus caracteres son: '1' o '2' o 'a', etc. o bien todos los caracteres son el '0' salvo el último que es un '1', etc.

¹³² BEDNAREK, A., incluso creó una cuenta con claves de este tipo, en la que ingresó un dólar, y pudo comprobar cómo le fue robado a los pocos segundos de ingresarlo, pero, además, examinando las transacciones pendientes de confirmación de *Ethereum* pudo verificar que, con milisegundos de diferencia a la sustracción, hubo otros intentos de robar el mismo dólar, lo que demuestra que existen muchos atacantes dedicados a buscar y monitorizar activa y sistemáticamente este tipo de cuentas para luego vaciarlas.

¹³³ GALLEGO FERNÁNDEZ, L.A., *Cadenas de bloques y Registros de derechos*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 765, 115.

¹³⁴ GALLEGO FERNÁNDEZ, L.A., *Ibidem*, 118.

¹³⁵ Véase LEGERÉN-MOLINA, A. *Retos jurídicos que plantea la cadena de bloques*, en *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 1 (enero-marzo de 2019), Estudios, 226.

¹³⁶ Puede consultarse en: https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/report_legal_v1.0.pdf?width=1024&height=800&iframe=true.

¹³⁷ Véase North, D.C., *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Ed. Fondo de Cultura Económica, Mexico D.F., 1995, 13.

¹³⁸ Véase: Satoshi NAKAMOTO, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, (octubre de 2008), <http://www.metzdowd.com/pipermail/cryptography/2008-October/014810.html>.

¹³⁹ Las estadísticas sobre esta materia, correspondientes a las últimas 24 y 48 horas, así como a los últimos 4 días, pueden verse en la dirección: <https://www.blockchain.com/es/pools>.

¹⁴⁰ Transacciones en las que se transfiere el importe mínimo, o cercano a él, entre cuentas del propio atacante o atacantes.

¹⁴¹ Véase: <https://www.blockchain.com/charts/avg-block-size?timespan=all>.

¹⁴² Véase, por ejemplo: *Visa Fact Sheet*, Visa Inc. <https://usa.visa.com/dam/VCOM/download/corporate/media/visanet-technology/aboutvisafactsheet.pdf>.

¹⁴³ GALLEGO FERNÁNDEZ, L.A., *Cadenas de bloques y Registros de derechos*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 765, 115.

¹⁴⁴ Véase: <https://blog.plan99.net/the-resolution-of-the-bitcoin-experiment-dabb30201f7#.ewfepr21j>.

¹⁴⁵ Véase: <https://www.blockchain.com/charts/transaction-fees?timespan=all>, visitado el 1 de mayo de 2019.

¹⁴⁶ Véase: <https://transactionfee.info/charts/payments/segwit>.

¹⁴⁷ Véase: <https://www.blockchain.com/charts/avg-block-size?timespan=all>.

¹⁴⁸ MENI ROSENFELD, *Analysis of hashrate-based double-spending*, 2014. <https://arxiv.org/pdf/1402.2009v1>.

¹⁴⁹ Véase: <https://tradeblock.com/blog/the-51-attack-what-bitcoin-can-learn-from-alt-coin-experiments>.

¹⁵⁰ Véase: <https://www.ccn.com/bitcoin-gold-hit-by-double-spend-attack-exchanges-lose-millions>.

¹⁵¹ Véase: <https://www.ccn.com/1-1-million-malicious-miner-exploits-verge-network-for-seven-figure-payday>, <https://www.ccn.com/privacy-coin-verge-succumbs-to-51-attack-again>, <https://blog.theabacus.io/the-verge-hack-explained-7942f63a3017> o <https://blog.theabacus.io/lets-do-the-time-warp-again-the-verge-hack-part-deux-c6396ab36ecb>.

¹⁵² Véase: <https://toshitimes.com/zencash-falls-victim-to-a-51-attack-with-550000-worth-of-tokens-stolen>.

¹⁵³ Véase: <https://www.ccn.com/japanese-cryptocurrency-monacoin-hit-by-selfish-mining-attack>.

¹⁵⁴ Véase: <https://breakermag.com/51-attack-vertcoins-strength-fatal-flaw>.

¹⁵⁵ Véase, por ejemplo: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-01-08/ethereum-classic-movements-halted-by-coinbase-on-signs-of-attack>.

¹⁵⁶ Véase: <https://coinmarketcap.com>.

¹⁵⁷ Véase: <https://blog.sia.tech/fundamentals-of-proof-of-work-beaa68093d2b>.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ Véase: <https://www.bloombergquint.com/business/bitcoin-is-worth-less-than-the-cost-to-mine-it-jpmorgan-says#gs.FhYdn8AW> o <https://bitcoin.es/noticias/jp-morgan-bitcoin-btc-no-es-rentable>.

¹⁶⁰ En la página: <https://www.crypto51.app>, pueden obtenerse estimaciones del coste en dólares que supondría alquilar una hora de la capacidad de computo necesaria para llevar a cabo ataques del 51% respecto de diversas monedas.

¹⁶¹ Véase: <https://coinmarketcap.com/all/views/all>.

¹⁶² LEGERÉN MOLINA, A. *op. cit.*, 199-200. Por ello, de manera coherente con el referido carácter de las cadenas de bloques, se ha propuesto la creación de una plataforma en código abierto con un sistema para la resolución de conflictos sobre *smart contracts* y transacciones con criptomonedas que resulte descentralizado, al igual que las cadenas de bloques. Sobre esta materia, *vid.*, por todos, Kaal y Calcaterra, «*Crypto transaction dispute resolution*», The Business Lawyer, Spring 2018. Cita tomada de Legerén Molina A.

¹⁶³ GÓMEZ GÁLLIGO J. *El Registro de la Propiedad y los nuevos retos de blockchain*, en Muñiz Espada E., (dir.) Ed.: Wolters Kluwer, 2019. 579.

¹⁶⁴ LEGERÉN MOLINA, A. *op. cit.* 200.

¹⁶⁵ BRENNAN, G. *The Impact of e-Conveyancing on Title Registration. A Risk Assessment.*, Ed. Springer, 2015, 29.

¹⁶⁶ GALLEGO FERNÁNDEZ, L.A., *Cadenas de Bloques y Registros de Derechos*, in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 765, 120.

¹⁶⁷ Véase: <https://blockstream.com/technology/#sidechains>.

¹⁶⁸ DE FILIPPI, P. and WRIGHT, A. *Blockchain and the Law*, Harvard University Press, 2018, 29.

¹⁶⁹ DE FILIPPI, P. and WRIGHT, A. *Blockchain and the Law*, Harvard University Press, 2018, 30.

¹⁷⁰ Véase, por ejemplo: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-02-04/crypto-exchange-founder-dies-leaves-behind-200-million-problem>.

¹⁷¹ CipherTrace, *Fourth Quarter Cryptocurrency Anti-Money Laundering Report 2018 Q4*, Enero de 2019. Puede obtenerse en: https://ciphertrace.com/wp-content/uploads/2019/01/crypto_aml_report_2018q4.pdf.

¹⁷² CipherTrace, *Fourth Quarter Cryptocurrency Anti-Money Laundering Report 2019 Q1*, Abril de 2019. Puede obtenerse en: <https://ciphertrace.com/wp-content/uploads/2019/05/ciphertrace-q1-2019-cryptocurrency-anti-money-laundering-report.pdf>.

¹⁷³ Véase, por ejemplo: <https://www.coindesk.com/quadrigacx-officially-enters-bankruptcy-with-millions-still-missing>.

¹⁷⁴ Así, por ejemplo, en España véase: Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas, (<https://www.boe.es/boe/dias/2018/06/12/pdfs/BOE-A-2018-7833.pdf>).

¹⁷⁵ CALABRESI, G. y MELAMED, D.A., *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of The Cathedral*, 1972, by Harvard Law Review. Ver también MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P., *Derechos reales y titularidades reales*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 736. *Grosso modo*, tal distinción, desde una perspectiva de análisis económico del Derecho, es equivalente a la distinción formulada por el Derecho Romano entre *actio in rem* y *actio in personam*. Si un derecho está protegido por una regla de propiedad, no puede ser alterado sin el consentimiento de su titular. Si está protegido por una regla de responsabilidad sí puede ser alterado, pero satisfaciendo al propietario la indemnización correspondiente.

¹⁷⁶ MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P., *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles. Un estudio del sistema español con referencia al alemán.*, Ed.: Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, especialmente 76 a 81.

¹⁷⁷ Sobre el significado de la *publicación* del sistema transmisivo inmobiliario por el Registro de la Propiedad, véase MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Fundamentación Económica del Derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, Ed. Thomson Reuters, 2011, 116 a 136.

¹⁷⁸ Sobre el concepto de oráculo, véase FELIÚ REY, J. Define este autor los oráculos como fuentes de información exterior que suministran datos a un *smart contract* con el fin de o bien concretar las prestaciones o bien proceder a su cumplimiento. FELIÚ REY, J. *Smart Contract: concepto, ecosistema y principales cuestiones de Derecho privado*, *La Ley Mercantil*, núm. 47, 2018. En cuanto a quienes pueden ser los oráculos que suministren esa información, pueden ser desde el Registro Civil, la policía que emite los documentos de identidad personal junto con los notarios, *solicitors* o *conveyancers*.

¹⁷⁹ THOMAS R., *The New Zealand Experience: The risks and implications of automation*, Ponencia presentada por el autor a la Conferencia que tuvo lugar en Auckland, New Zealand, 29-31 de agosto de 2018, 23.

¹⁸⁰ MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P., *Estado, Propiedad, Mercado*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 708, 2008. Thomas R., *The New Zealand Experience: The risks and implications of automation*. Ponencia presentada por el autor a la Conferencia que tuvo lugar en Auckland, New Zealand, 29-31 de agosto de 2018, especialmente, páginas 23, 24 y sigs

¹⁸¹ GONZÁLEZ JERÓNIMO, *Principios Hipotecarios*, Asociación de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1931, 274.

¹⁸² WERBACH K., *Trust, but Verify: Why the Blockchain Needs the Law*, *Berkeley Technology Law, Journal*, Vol.: 33:487, 2018, 501.

¹⁸³ ROTHSTEIN, A., *The End of Money. The story of bitcoin, cryptocurrencies and the blockchain revolution*, *New Scientist*, 2017, 36.

¹⁸⁴ Esta posibilidad es conocida como The Sybil Attack. Ver John R. DOUCEUR, *The Sybil Attack*, in *Peer-to-peer-systems* 251, 2002.

¹⁸⁵ ROTHSTEIN, A., *The End of Money. The story of bitcoin, cryptocurrencies and the blockchain revolution*, *New Scientist*, 2017, 40-43.

¹⁸⁶ WERBACH, K. *op. cit.* 501.

¹⁸⁷ La mayoría, sin embargo, no es suficiente, como han demostrado expertos en seguridad: basta con que un grupo de mineros controle más de un tercio de la capacidad computacional para que puedan realizar un ataque con éxito. EYAL, I. & GÜN SIRER, E., *Majority Is Not Enough: Bitcoin Mining Is Vulnerable*, en *Financial Cryptography & Data Security*, 436, 438 (2014).

¹⁸⁸ Esta técnica se conoce con el nombre de *proof of work*. No todos los sistemas *blockchain*, sin embargo, utilizan esta técnica criptográfica. Otros sistemas de consenso usan la *proof of stake*, conforme a la cual los validadores arriesgan perder las criptomo-

nadas que les pertenezcan si engañan, a otros. Vease WERBACK, K. *op. cit.*, 502, así como Narayanan et al., en *op. cit.*, 61.

¹⁸⁹ Cada *Bitcoin*, además, solo puede ser creado como mecanismo de recompensa al minero que resuelve el *hash*, a un ritmo predeterminado y decreciente, con un límite, lo cual resuelve, además, el problema de la determinación de la oferta monetaria sin la existencia de un banco central.

¹⁹⁰ Podría alegarse que quien usa *blockchain* está aceptando todas sus posibles consecuencias. Sin embargo, esta alegación no es admisible por las siguientes razones: 1.— Cuando alguien usa *blockchain* cree que no fallará, porque se predica como una tecnología confiable. Es más, sus partidarios afirman que uno de los principales valores añadidos de esta tecnología es, precisamente, evitar este tipo de fraudes. 2.— Si, para sustituir los sistemas vigentes de transmisión, *blockchain* se erige en el único sistema de transferencia, los agentes no podrán elegir.

Puede afirmarse también que en los sistemas tradicionales tampoco se obtienen los consentimientos de todos los posibles afectados. Un contrato tiene lugar entre dos partes y el transferente puede no ser el propietario, pero hacerse pasar por el mismo. El contratante puede, incluso, no ser quien dice ser, porque puede fallar el sistema o sistemas de identificación. En el caso de los registros de documentos, estos solo producen efecto de inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito, sin necesidad de buena fe —Italia— o requiriendo su concurrencia para producir tal efecto —Francia—. En los registros de derechos, sin embargo, las inscripciones implican asignaciones de propiedad, —v.gr.: sistema español de organización arancelaria y responsabilidad personal del registrador—. Asimismo, se rodea al procedimiento registral de garantías suficientes para evitar decisiones erróneas que contravengan el sistema legal, tanto privado —identidad, capacidad de las partes, etc.— como público —cumplimiento con las leyes fiscales, urbanísticas, medioambientales, etc.—. La cuestión es si estos sistemas de identificación, control legal, autenticación del contenido, etc. pueden ser sustituidos con ventaja por *blockchain* o no al menos frente a terceros. Para que el sistema sea fiable se imponen ciertos principios —prioridad, tracto sucesivo, cierre, calificación, independencia del registrador, etc.— e, incluso, algunos sistemas se organizan para desincentivar la posible corrupción.

¹⁹¹ Este problema se planteará siempre que la contratación se refiera a activos con existencia fuera de la red, no solo inmuebles. Su identificación se realizará por mecanismos al margen. Como siempre que se trata de *blockchain*, esta tecnología nos permitirá verificar no la exactitud de la identificación sino el contenido de la verificación suministrada por un agente externo. La fiabilidad de *blockchain* se refiere a dicha verificabilidad y la verificación como tal será más o menos fiable en función de la garantía que ofrezca el procedimiento de verificación. Paralelamente a lo que sucede, por ejemplo, con la fe pública notarial cuando incorpora el plano de una finca, que no garantiza ni la existencia de la finca ni la correspondencia de sus linderos con los del plano, pero si la existencia del plano aportado —aunque, en este caso, la fiabilidad viene impuesta por disposición legal no por fiabilidad tecnológica, como en el caso de *blockchain*—.

¹⁹² GALLEGO FERNÁNDEZ, L.A., *Cadenas de Bloques y Registros de Derechos*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 765, 110.

¹⁹³ FILIPPI, P y WRIGHT, A. *Blockchain and the Law*, Harvard University Press, 2018, 24.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ The European Union Blockchain Observatory and Forum, *Legal and Regulatory Framework of Blockchains and Smart Contracts*, de 27 de septiembre de 2019, pág.11. <https://media.consensys.net/report-the-legal-and-regulatory-framework-of-blockchains-and-smart-contracts-8f397eaf0b1f>

¹⁹⁷ ROUBINI, N. <https://www.project-syndicate.org/commentary/blockchain-big-lie-by-nouriel-roubini-2018-10>.

¹⁹⁸ GONZÁLEZ-MENESES, M., *op. cit.*, 552-553.

¹⁹⁹ Véase ILLESCAS ORTIZ, R. (Dir.), *Electronificación de los títulos valores*, Ed.: Civitas, Thomson Reuters., 2018, 36 y sigs.

²⁰⁰ Los artículos 12 y 13 de la Ley 2/1981 reguladora del mercado hipotecario secundario, en la redacción dada por la Ley 41/2007 de 7 de diciembre no exigen inscripción registral para las cédulas y bonos hipotecarios respectivamente, aunque sí un registro contable de las entidades emisoras.

²⁰¹ Para una exposición de cómo debería circular el *token* de un inmueble inscrito conforme a la legislación hoy vigente en España, véase SIEIRA GIL, J. y CAMPUZANO GÓMEZ-ACEBO, J., *Blockchain, tokenización de activos inmobiliarios y su protección registral*, en *RCDI*, núm. 775, septiembre-octubre de 2019, especialmente 2302 a 2314.

²⁰² Merece ser destacada la intervención del Sr. Arrazola durante la discusión en el Senado del Proyecto de Ley Hipotecaria de 1861: «...eso es lo que había de hacer la nueva Ley Hipotecaria: dar ensanche a la propiedad, convertirla en moneda territorial que pueda pasar de mano en mano como pasa un pagaré o una letra...». En *Leyes Hipotecarias de España: Fuentes y Evolución*, T. I. Vol. II, Ed.: Castalia, 1989, 80.

Para un desarrollo de esta idea, véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título*, en *RCDI*, núm. 703, septiembre-octubre de 2007, 2059-2164.

²⁰³ Para un desarrollo de la abstracción registral, véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P., *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles. Un estudio del sistema español con referencia al alemán*. Ed. Tirant Lo Blanch, 2017, 40-45. También MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P., *La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título*, *RCDI*, núm. 703, 2130-2142.

²⁰⁴ EIZAGUIRRE, J.M. distingue entre títulos de literalidad completa y títulos de literalidad incompleta. En el primer caso sitúa a la letra de cambio y en el segundo a las acciones de una S.A., ya que para conocer con exactitud la extensión del derecho que incorporan, es necesario consultar los correspondientes estatutos sociales. EIZAGUIRRE, J.M., *Revista de Derecho Bancario y Bursatil*, núm. 57, 1995, 21.

²⁰⁵ Para un mayor desarrollo de esta afirmación, véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P., *Fundamentación económica...* *op. cit.*, 136 y sigs.

²⁰⁶ Sobre el procedimiento registral, véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P., *De la publicidad contractual a la titulación registral. El largo proceso hacia el Registro de la Propiedad*, Thomson, Civitas, 2007, 199-203.

²⁰⁷ DE SOTO H., *El misterio del capital*, Ed.: Península, 2001, 184.

²⁰⁸ GONZÁLEZ-MENESES, M., *op. cit.*, 563-566.

²⁰⁹ SIEIRA GIL, J. y CAMPUZANO GÓMEZ-ACEBO, J., *op. cit.*, 2301.

²¹⁰ ARRUNADA, B., *Blockchains Struggle to Deliver Impersonal Exchange*, Minn. J.L. SCI & Tech., Vol. 19.1, 1918, 92.

²¹¹ ARRUNADA, B., *Blockchains Struggle to Deliver Impersonal Exchange*, Minn. J.L. SCI & Tech., Vol. 19.1, 1918, 16.

²¹² GALLEGO FERNÁNDEZ, L.A., *Cadenas de bloques y Registros de derechos*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 765, 130.

²¹³ GALLEGO FERNÁNDEZ, L.A., *Cadenas de bloques y Registros de derechos*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 765, 130. Continúa afirmando este autor que: «Es evidente que esto crea, no seguridad, sino inseguridad jurídica y dificulta el tráfico ya que los operadores económicos, en el momento de suscribir los contratos inscribibles, no podrán tener la completa seguridad de que en dicho instante la situación de los derechos inscritos que figuran en el registro es la definitiva, ni de la prioridad que su derecho, una vez presentado en el registro, tendrá frente a otros que se presenten coetáneamente con él, de tal forma que será posible, por ejemplo, que la ejecución de un derecho constituido y presentado posteriormente a otro, pero inscrito con un rango

anterior a este por la aleatoriedad del funcionamiento de la cadena de bloques, provoque la cancelación de este último».

²¹⁴ GALLEGO FERNÁNDEZ, L.A., *Cadenas de bloques y Registros de derechos*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 765, 109.

²¹⁵ <https://blog.plan99.net/the-resolution-of-the-bitcoin-experiment-dabb30201f7#.ewfepr2lj>.

*(Trabajo recibido el 25-11-2019 y aceptado
para su publicación el 9-3-2020)*

Contratos para la comunicación en redes sociales

Contracts for communication in social networks

por

CARLOS VIGIL FERNÁNDEZ

Abogado

Doctor en Derecho

Profesor asociado de la Universidad de Oviedo

RESUMEN: Para llevar a cabo una comunicación por una red social es preciso que se den una serie de hitos técnicos. Cada una de estas premisas ostenta una cobertura legal. Este proceso comunicativo se lleva cabo a través de Internet, por medio de equipos electrónicos dotados de recursos específicos que permiten acceder a otros dispositivos. Tiene lugar con el concurso de empresas de telecomunicaciones y de empresas informáticas. La contratación con las primeras hace posible la identificación del remitente del mensaje, la transmisión mundial de sus datos y la recepción por los destinatarios. Los contratos con las segundas permiten a los comunicantes sistematizar la información que envían, mostrarla, elegir a quién se dirige y el modo de comunicarla. Entre las diversas formas de comunicación, la opción por el servicio de redes sociales cuenta con millones de seguidores. Junto con los innumerables beneficios que implica, la actividad en redes sociales puede producir ataques a los derechos de terceros, especialmente a su privacidad.

ABSTRACT: *To carry out a communication through a social network it is necessary that a series of technical milestones be given. Each of these premises has a legal coverage. This communicative process is carried out through the*

Internet, using electronic equipment endowed with specific resources that allow access to other devices. It takes place with the help of telecommunications companies and computer companies. The contracting with the former makes it possible to identify the sender of the message, the worldwide transmission of their data and the reception by the recipients. The contracts with the latter allow the communicators to systematize the information they send, show it, choose whom it is going to and how to communicate it. Among the various forms of communication, the option for social networks has millions of followers. Along with the innumerable benefits that it implies, the activity in social networks can produce attacks on the rights of third parties, especially to their privacy.

PALABRAS CLAVE: Comunicación. Internet. Contrato. Dirección. Dato. Red social.

KEY WORDS: Communication. Internet. Contract. Address. Data. Social network.

SUMARIO: I. COMUNICACIÓN ELECTRÓNICA: 1. APROXIMACIÓN JURÍDICA. 2. CONCEPTO. 3. TIPOS LEGALES.—II. INTERNET: 1. LA RED DE TRANSMISIÓN: A) Servicio universal. B) Expansión. C) Red pública. 2. LOS SERVIDORES INFORMÁTICOS: A) Equipos para proceso de información. B) Sistemas y activos de información. 3. EL ÍTER HASTA LAS REDES SOCIALES.—III. LOS EQUIPOS TERMINALES: 1. DEFINICIÓN. 2. CONTRATO DE SERVICIOS DE NAVEGADOR.—IV. SERVICIOS DE TELECOMUNICACIÓN: 1. CONTRATO DE ACCESO A INTERNET: A) Objeto. B) La dirección IP. 2. CONTRATO DE TRANSPORTE DE DATOS: A) Objeto de la comunicación. B) Origen y destino. C) El contrato de registro de nombres de dominio. D) El nombre de dominio, ¿un derecho real? E) Breve referencia a los instrumentos de búsqueda.—V. SERVICIOS PRESTADOS POR VÍA ELECTRÓNICA: 1. EL SERVIDOR INFORMÁTICO DE LA RED SOCIAL: A) Sistema informático. B) Contrato de alojamiento de datos. C) Contrato de alojamiento de servidores. 2. PLATAFORMAS DE COMUNICACIÓN: A) Estructura. B) Contrato de diseño de páginas web. C) El acceso a la plataforma: las cookies.—VI. REDES SOCIALES DE USUARIOS: 1. CONTRATO DE SERVICIO DE REDES SOCIALES: A) Gestión de contenidos. B) Contrato electrónico. 2. CONCEPTUACIÓN DE LAS REDES SOCIALES: A) Plataformas de comunicación. B) Servicios. C) Comunidades de personas. 3. REDES SOCIALES E INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES: A) Intimidad personal. B) Utilización de imágenes de personas. C) Ofensas y su contexto. D) Libertad de expresión y derecho al honor. E) Libertad de información y veracidad.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—ÍNDICE DE SENTENCIAS.

I. COMUNICACIÓN ELECTRÓNICA

1. APROXIMACIÓN JURÍDICA

La comunicación consiste en la manifestación de noticias, avisos, hechos o actos. Al mismo tiempo que van evolucionando las formas de llevarla a cabo el ser humano alcanza nuevas cotas de progreso. En este contexto, las telecomunicaciones brindan una excelente oportunidad de mejora social.

Por el número de personas que intervienen, podemos entender que reviste tres formas esenciales. La primera es la unidireccional, en la que se transmite un mensaje sin que haya respuesta, es la mera acción y efecto de comunicar. La segunda se produce entre dos personas, es bidireccional, el receptor del mensaje envía una respuesta al emisor mediante un lenguaje o código común a ambos. La tercera, entre tres o más personas, es la pluridireccional, se caracteriza porque confluyen varias respuestas al mensaje emitido y hay entre ellas un trato o correspondencia.

La teoría general del Derecho se ocupa de la comunicación al estudiar los hechos y los actos jurídicos. Entiende los actos jurídicos como hechos humanos producidos con una voluntad consciente y exteriorizada. Estos actos, a su vez, los divide entre los que tienen efectos meramente materiales y por tanto, sin intención comunicativa; y los actos con efecto psicológico, mediante los cuales el sujeto tienen el propósito de hacer saber algo a otras personas y son denominados declaraciones¹. En los negocios jurídicos, la misma teoría general distingue negocios unilaterales, bilaterales o plurilaterales, atendiendo al número de declaraciones que se emitan.

Desde el punto de vista legislativo, las telecomunicaciones, unidas a la informática, han originado normas que regulan el intercambio electrónico de información: la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados (Directiva de acceso), la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel), y el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, que aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración².

El incremento de estas redes de telecomunicaciones, especialmente de Internet, ha propiciado el nacimiento de la llamada sociedad de la información, regulada por la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico); la Directiva 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de

la sociedad de la información; y la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico (en adelante LSSI), en cuyo marco se desenvuelven las redes sociales.

2. CONCEPTO

Comunicación electrónica es la que se produce a través de medios eléctricos, la que tiene lugar con el soporte de los sistemas eléctricos de comunicaciones. Es «toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos»³.

De este concepto es importante reseñar:

1.º. Se da por supuesto que es entre personas. Aunque en ocasiones en uno de los extremos de la línea de comunicación haya un ser humano y en el otro solo una máquina⁴. Más llamativo es que se omite la comunicación exclusivamente entre máquinas, el pujante «Internet de las cosas», que en vez de ordenadores comunica objetos y abre la puerta a la interacción de máquinas con máquinas⁵.

2.º. Las señales se transmiten a través de caminos formados por medios electromagnéticos.

3.º. Puede ser unidireccional, bidireccional o pluridireccional. Lo que implica que una comunicación unidireccional, incluso sin un destinatario concreto y determinado, es telecomunicación desde el punto de vista legal.

4.º. En los casos de comunicación bidireccional o pluridireccional, es indiferente la ubicación geográfica del emisor o del receptor del mensaje comunicado para que pueda hablarse de telecomunicación. O dicho, de otro modo, desde una perspectiva jurídica para que haya telecomunicación es irrelevante la separación física existente entre quienes se comunican.

3. TIPOS LEGALES

La Ley General de Telecomunicaciones prevé varios tipos de comunicaciones electrónicas, que podemos exponer de la siguiente manera:

1.º. Radiofónicas y audiovisuales: se realizan por los medios de comunicación de masas. Forman programas que se elaboran y después se proporcionan al público. Estos programas, con sus respectivos contenidos, están agrupados en canales, entendiéndose por tales «un conjunto de programas de televisión o de radio organizados dentro de un horario de programación que no puede ser alterado por el público»⁶.

2.º. Telegráficas: son escritas. La Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. presta «directamente los servicios de télex, telegráficos y otros servicios de comunicaciones electrónicas de características similares» (d. t. quinta LGTel).

3.º. Telefónicas: son orales. Permiten «la comunicación bidireccional de voz»⁷. Se hacen a través de una línea (o circuito) solo utilizada por la persona que hace la llamada y la que la recibe. Lo cual permite una mayor dosis de seguridad en la comunicación, principalmente cuando las llamadas estén protegidas de extremo a extremo, y se impide que terceros puedan escucharlas. Del mismo modo, se emplea la red telefónica para enviar faxes y burofaxes.

4.º. Telemáticas: utilizan dispositivos con especiales tecnologías para visualizar textos en una pantalla, y para la audición, en horario continuado. Entre las comunicaciones telemáticas destaca Internet.

II. INTERNET

Internet tiene su origen en una red de ordenadores norteamericana, cuya finalidad fue constituir un sistema de comunicaciones con un método propio de conducción de la información. Como expone la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de noviembre de 2005 (*AC* 2006, 284) se denominaba Arpanet, y contaba con proceso que «identificaba a los distintos terminales y un método de transporte de la información por paquetes que, a través de las rutas que el propio paquete de información seleccionaba, fueran capaces de llegar al ordenador al que iban destinados».

Actualmente, Internet conecta computadoras de todo el mundo entre sí con el fin de que cada una de ellas pueda enviar y recibir información de las demás. Esta unión entre máquinas se lleva a cabo mediante líneas de transmisión, que se entrelazan y entrecruzan unas con otras, formado una auténtica red desplegada por gran parte de nuestro planeta⁸.

1. LA RED DE TRANSMISIÓN

Internet es una infraestructura física formada por un conjunto de «sistemas de transmisión y, cuando proceda, los equipos de conmutación o enrutamiento y demás recursos, incluidos los elementos que no son activos que permitan el transporte de señales mediante cables, ondas hertzianas, medios ópticos (como el rayo láser) u otros medios electromagnéticos»⁹.

Entre estos sistemas están las redes de satélites, las terrestres tanto fijas (incluidas las submarinas que cruzan los océanos o transatlánticas) como

móviles, y las de tendido eléctrico en la medida en que se utilicen para la transmisión de señales. Modernamente, estas redes también están formadas por repetidores de señales electromagnéticas, que viajan por el dominio público radioeléctrico. Internet está instalada sobre una infraestructura de transporte, constituida por «tubos, postes, conductos, cajas, cámaras, armarios, y cualquier otro recurso asociado que pueda ser utilizado para desplegar y albergar cables de comunicaciones electrónicas, equipos, dispositivos, o cualquier otro recurso análogo necesario para su despliegue e instalación» (art. 37.3 LGTel).

A) Servicio universal

La relevancia de Internet ha propiciado que sea objetivo legal asegurar el derecho a su uso. El acceso a esta Red, y los servicios de comunicaciones electrónicas, se garantiza como servicio universal, es decir, a todos los usuarios con independencia de su ubicación. Todo ciudadano tiene derecho a un «acceso abierto a Internet» y, debido a que para la comunicación por Internet se utiliza la misma red que para las comunicaciones telefónicas, tiene derecho a «obtener una conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija, que posibilite el acceso funcional a Internet»¹⁰. Estas cuestiones han sido objeto de amplio estudio por la doctrina científica, preocupada por el alcance del servicio y la competencia entre las empresas que lo prestan¹¹.

B) Expansión

La extensión de Internet es también objetivo de nuestro Derecho, al margen de quién sea su propietario final y la tecnología empleada. Con este propósito, la propia Ley de Telecomunicaciones, en el apartado segundo de su exposición de motivos, calculó para España la necesidad de inversiones de sector privado por valor de miles de millones de euros. Desde el lado normativo, se arbitran una serie de medidas, como:

- Preservar su seguridad (art. 38.2 LGTel)¹².
- Un régimen jurídico impositivo que favorece la instalación de infraestructuras comunes de acceso a los servicios de telecomunicaciones en edificios constituidos en régimen de propiedad horizontal (art. 17 Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960)¹³.
- Un régimen jurídico específico para las infraestructuras comunes de acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de los edificios y el

reconocimiento del derecho de sus copropietarios en régimen de propiedad horizontal y, en su caso, de los arrendatarios de todo o parte de aquellos, a instalar las referidas infraestructuras y conectarse a ellas (art. 1 del Real Decreto Ley 1/1998, de 27 de febrero, sobre infraestructuras comunes en los edificios para el acceso a los servicios de telecomunicación y Orden TIC/1142/2010 de 19 de abril).

- Garantizar que en los edificios se dispondrá de los elementos técnicos para que las viviendas puedan conectarse a las redes de telecomunicaciones de acceso ultrarrápido (art. 49 Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible).

- La obligación de que todo edificio cuente con servicios de telecomunicación, lo cual debe preverse tanto en el proyecto de su construcción, como en «el mantenimiento, la conservación y el uso» (art. 3.1.ª.3) de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en adelante LOE).

- El derecho de los operadores de telecomunicaciones a la instalación de la Red:

- 1.º. Ocupando el uso del dominio público y de la propiedad privada.
- 2.º. Incoando procedimientos de expropiación forzosa de la propiedad.
- 3.º. Constituyendo servidumbres forzosas de paso y otras limitaciones a la propiedad (arts. 549 y sigs. CC, y 29 y sigs. LGTel).

C) Red pública

La construcción y organización de Internet la realizan empresas que poseen la cualificación técnica adecuada, disponen de los medios técnicos apropiados, y cumplen los demás requisitos previstos normativamente.

Una vez instalada, la Red es pública. Ello implica que, aunque sea de propiedad privada, está abierta a todo el público, por quien se utiliza, total o parcialmente. Es pública ya que es «una red de comunicaciones electrónicas que se utiliza, en su totalidad o principalmente, para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público y que soporta la transferencia de señales entre puntos de terminación de la red»¹⁴.

Cada tramo de red construida (en diversos momentos y territorios) pertenece a un propietario distinto. Si bien están interconectados, pues existe una conexión física de las redes utilizadas por un operador con las utilizadas por otro. Estas conexiones físicas entre redes se hacen a través de unos elementos denominados nodos. Utilizando estos nodos de unión, las empresas propietarias de las redes llegan a acuerdos generales de interconexión en el proceso de comunicación, por sus redes, de los mensajes. En definitiva,

cooperan en el tráfico de telecomunicaciones. De esta forma, los clientes de un operador pueden comunicarse con los clientes del mismo operador o de otro distinto, o acceder a los servicios prestados por otro operador.

El enlace entre redes constituye una obligación, y produce el efecto de que todas las redes funcionan como una Red única. Cada propietario de una red de telecomunicaciones debe poner a disposición de los demás, e incluso de cualquier operador de telecomunicaciones, los recursos o servicios con fines de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. Los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas tienen el derecho y, cuando se solicite por otros operadores de redes de comunicaciones electrónicas, la obligación, de negociar la interconexión mutua con el fin de prestar servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, y garantizar así su desarrollo y operatividad (art. 12.2 LGTel)¹⁵.

Así lo manifiesta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de febrero de 2006, (C 2006, 188), que parte de «la consideración de Internet como red de redes, con un impacto o resultados ambivalentes, y donde concurren varios niveles o, como se ha dicho, capas superpuestas, entre las que se distribuyen o reparten las funciones habituales de la comunicación, desde la capa más alta, aplicación que genera los datos a transmitir y los pone a disposición del inmediato inferior, para después los datos resultantes viajar a través de la red».

2. LOS SERVIDORES INFORMÁTICOS

A) *Equipos para proceso de información*

Internet se caracteriza por conectar entre sí dispositivos electrónicos que realizan funciones de organización automática de información. Son dispositivos capaces de realizar las operaciones necesarias para guardarla, estructurarla y preparar su utilización para fines determinados. Son equipos para procesar información, entendiéndose por tales a los «ordenadores y demás conjuntos electrónicos»¹⁶.

A la información organizada en estos equipos se la califica como digital, pues consiste en datos producidos y suministrados en forma electrónica [art. 59 bis 1.i) LGDCU]. Obviamente desde un punto de vista técnico puede ser incorporada a un bien mueble tangible, grabándola en un disco magnético (como un disco duro o un disquete) o en un disco óptico (ya sea un disco compacto o CD, un DVD o una memoria USB). Sin embargo, en este trabajo nos vamos a centrar en la guardada en un tipo de ordenadores que se caracterizan por estar conectados de modo permanente a Internet. Estos la conservan, suministran o sirven a otros ordenadores que eventualmente

se conecten, razón por la cual se denominan servidores, concretamente, servidores informáticos, denominación que recoge el Tribunal Supremo en Sentencia número 511/2017, de 20 de septiembre (*RJ* 2017, 4039). Estos gigantescos servidores de conocimiento humano se pueden usar por el público, empresas o instituciones, compartiendo noticias, o publicitando sus productos y servicios. Se caracterizan por tres aspectos:

1.º. Se trata de equipos informáticos, de computadoras, capaces de procesar y sistematizar cantidades ingentes de datos.

2.º. Están permanentemente enlazados aunque en algún momento no sean utilizados por nadie.

3.º. Disponen de unos programas o funciones específicas. Estos programas les permiten su conexión a través de Internet. Como todo programa informático, se fundamentan en algoritmos, instrucciones o cálculos matemáticos que determinan cómo se organiza y aparece la información, y el orden de visualización de las noticias, imágenes y contenido en general.

Los programas marcan al servidor informático (y en general, a cualquier ordenador) las capacidades que tiene y cómo ha de funcionar. Existen multitud de funciones que pueden realizar los servidores, siempre que esta función o complemento sea instalada en ellos (del mismo modo que también puede ser suprimida). Estos programas que introducen funciones en los equipos se denominan también aplicaciones o software.

Legalmente son «toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación»¹⁷.

La programación agrupa las tareas de análisis, diseño, escritura y prueba de programas informáticos, por lo que estos son objeto de propiedad intelectual. Son la plasmación de un conjunto de ideas, propiedad que otorga a su autor los correspondientes derechos morales y patrimoniales. Así lo reconoce también la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9.^a), en Sentencia núm. 229/2004 de 12 abril (*AC* 2004, 1170), y la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.^a), en Sentencia núm. 6/2008 de 14 enero (*AC* 2008, 785). Citamos por su claridad la Sentencia núm. 11/2007 de 9 enero, del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Pamplona (*AC* 2007, 330), que dispone que «el programa de ordenador es protegible en cuanto expresión de una idea original, teniendo en cuenta que el criterio de originalidad es singular, ya que un programa de ordenador es original por ser una creación intelectual propia de su autor. Debe asimismo recalcarse que lo que se conoce como el código fuente se identifica con la fase creativa y por su complejidad y laboriosidad así como por su funcionalidad suele ser uno de los secretos mejor guardados por

los programadores. Es práctica habitual en esta materia que en los contratos de cesión del código fuente para su modificación en algunas de sus funciones suele intervenir un tercero que hace de custodio o depositario permitiendo el acceso solo a concretas partes es el conocido como «contrato de Escrow».

La manifestación visual del programa de ordenador se denomina interfaz, considerado por la Sentencia núm. 30/2007 de 19 enero, de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.^a (AC 2007, 1018), como «un conjunto de objetos, herramientas y representaciones visuales que sirven para gestionar la comunicación entre el usuario y la aplicación informática; vienen a constituir la parte externa o visible del programa, por lo que su importancia es indudable, debiendo presentar la información de una manera que permita la mejor comunicación del usuario y su diseño ha evolucionado naturalmente con las últimas técnicas, ya que las primitivas interfaces alfanuméricas han dado paso a las fantásticas interfaces gráficas que han llegado hasta el sistema de las páginas Web y obras multimedia, siendo así que en la actualidad constituyen los sistemas básicos y cotidianos a la hora de la información. Así pues, dado que la interfaz viene a ser la parte externa o visible del programa la creación de las mismas requiere cada vez un análisis previo más detallado en el que se habrá de tener en cuenta múltiples factores como son el público al que va destinada, la forma de acceso a la información, la apariencia visual, la facilidad de los contenidos de la información..., por lo que tanto la arquitectura como el diseño final de cada interfaz puede responder a muchas horas de análisis previo y del consecuente trabajo de creación. De lo expuesto anteriormente hemos de concluir que, al ser la interfaz la parte visible del programa, constituye uno de los elementos integrantes de la aplicación informática que adquiere más importancia a la hora de hacer más interesante y competitivo en el mercado un producto, por lo que la protección de la misma por la nominada Ley es innegable en cuanto que contiene elementos propios del derecho de autor».

Además de programas informáticos, los ordenadores se componen de productos semiconductores. Su trazado, disposición, elementos y conexiones forman un circuito integrado electrónico, una arquitectura que puede ser objeto de propiedad industrial como topografía de un producto semiconductor e inscrita en la Oficina Española de Patentes y Marcas (art. 2.1 Ley 11/1988, de 3 de mayo, de Protección Jurídica de las topografías de los productos semiconductores)¹⁸.

B) Sistemas y activos de información

Al instalarse el programa en el servidor y ser gestionado por un personal, este se convierte en un sistema de tratamiento de información, capaz de llevar

a cabo funciones de entrada, proceso, almacenamiento, salida y control de la información. Un sistema de información es un conjunto organizado de recursos para que la información se pueda recoger, almacenar, procesar o tratar, mantener, usar, compartir, distribuir, poner a disposición, presentar o hacer saber» (Anexo IV del Real Decreto 3/2010, de 8 de marzo, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad de la Administración Electrónica).

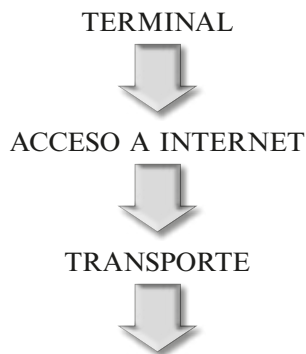
En virtud del número 49 del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de datos personales, debe atenderse a la necesidad de que todo sistema de información garantice un mínimo de seguridad frente a posibles daños, y sea capaz de resistir, «en un nivel determinado de confianza, a acontecimientos accidentales o acciones ilícitas o malintencionadas que comprometan la disponibilidad, autenticidad, integridad y confidencialidad de los datos personales conservados».

Esta información conforma un verdadero tipo de activo patrimonial para el que la posee, conocida como activos de información, que el mismo Anexo IV describe como «componente o funcionalidad de un sistema de información susceptible de ser atacado deliberada o accidentalmente con consecuencias para la organización. Incluye: información, datos, servicios, aplicaciones (software), equipos (hardware), comunicaciones, recursos administrativos, recursos físicos y recursos humanos».

3. EL ÍTER HASTA LAS REDES SOCIALES

Hemos visto que la red de telecomunicaciones Internet puede ser utilizada para distintas actividades. Una de ellas consiste en que grupos de personas la utilizan para comunicarse entre sí, y de este modo, crean las llamadas redes sociales. Para que esto sea posible es precisa una tecnología específica, que es aportada por empresas privadas.

El proceso puede esquematizarse en una serie de pasos:





III. LOS EQUIPOS TERMINALES

1. DEFINICIÓN

Para utilizar Internet —y sus servidores— se necesita contar con el dispositivo electrónico adecuado. Cada uno de estas concretas máquinas se denomina equipo terminal, pues se conecta a los puntos de terminación de la Red, y funciona, a su través, enviando, procesando o recibiendo información. Un terminal es cada equipo concreto por el que, en un lugar determinado, se accede a Internet. Puede ser un ordenador personal, tableta, teléfono móvil, etc. Es la máquina por la que se hace una conexión a Internet, «el equipo destinado a estar conectado directamente a los puntos de terminación de aquella o interfundionar, a su través, con objeto de enviar, procesar o recibir información». Siendo un punto de terminación de la red «el punto físico en el que el abonado accede a una red pública de comunicaciones. Cuando se trate de redes en las que se produzcan operaciones de conmutación o encaminamiento, el punto de terminación de la red estará identificado mediante una dirección de red específica, la cual podrá estar vinculada a un número o a un nombre de un abonado»¹⁹.

2. CONTRATO DE SERVICIOS DE NAVEGADOR

Para que el equipo terminal pueda llegar a los servidores, se le dota de navegadores o exploradores. Son un programa informático que manda la petición de información que el usuario hace desde su terminal, con destino a un servidor.

Las empresas informáticas creadoras de estos programas los ceden a los usuarios a título gratuito. Sus términos de uso están fijados en el contrato de cesión, en forma de condiciones generales de contratación. Por regla

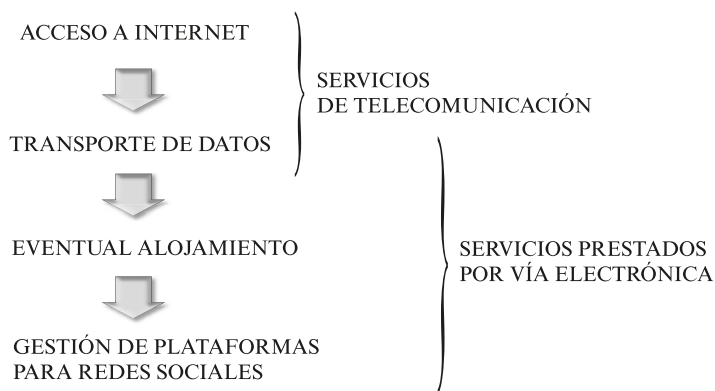
general, las condiciones generales de un servicio de navegación por Internet hacen referencia a los siguientes extremos:

- Requisitos técnicos de acceso al servicio de exploración.
- Características del servicio y funciones.
- Política de privacidad: información sobre el usuario, cómo se obtiene y uso que se le da.
- Licitud de los contenidos explorados.
- Derecho de propiedad intelectual sobre contenidos explorados y sobre los programas informáticos utilizados para la exploración.
- Daños causados por el usuario al prestador del servicio.
- Exclusión de garantías y limitación de responsabilidad del prestador del servicio.
- Modificación y vigencia del acuerdo.

IV. SERVICIOS DE TELECOMUNICACIÓN

Conocemos ya lo que es un servicio de telecomunicación. Son «aquellos servicios que tengan por objeto la transmisión, emisión y recepción de señales, textos, imágenes y sonidos o información de cualquier naturaleza, por hilo, radio, medios ópticos u otros medios electromagnéticos, incluyendo la cesión o concesión de un derecho al uso de medios para tal transmisión, emisión o recepción e, igualmente, la provisión de acceso a redes informáticas»²⁰. También puede describirse como «el prestado por lo general a cambio de una remuneración que consiste, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas»²¹.

Desde el punto de vista de las redes sociales, estos servicios pueden encuadrarse así:



Los servicios de conexión a Internet y de tránsito por ella de información son servicios de telecomunicaciones. Las empresas que los prestan explotan las redes aprovechándolas, controlándolas o poniéndolas a disposición de terceros. Son cualquier «persona física o jurídica que explota redes públicas de comunicaciones electrónicas o presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público y ha notificado al Ministerio de Industria, Energía y Turismo el inicio de su actividad o está inscrita en el Registro de Operadores»²².

Los operadores realizan el transporte aprovechando las redes de telecomunicaciones por ellas construidas, y otras las explotan poniéndolas a disposición de terceros. Esta explotación de la red comprende «la creación, el aprovechamiento, el control o la puesta de disposición de dicha red»²³.

Esta explotación está amparada por el principio de libertad de empresa, dentro del marco de la economía del mercado, *ex* artículo 38 CE. Se trata de servicios exentos de licencia administrativa, y que las empresas que prestan estos servicios deben imperativamente:

— Notificarlo, antes del inicio de la actividad, a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

— Inscribirse en el Registro de operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, dependiente de esta Comisión.

— Realizar el transporte a través de redes de comunicaciones electrónicas.

— Someter las condiciones generales de contratación incluidas en este tipo de contratos a la aprobación, antes de su utilización, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones²⁴.

— Incluir en los contratos el siguiente contenido mínimo para la protección de los usuarios:

- a) Identificación del operador.
- b) Teléfono de atención al cliente.
- c) Características del servicio.
- d) Niveles de calidad y velocidad de conducción de los datos.
- e) Aspectos económicos.
- f) Periodo contractual.
- g) Vínculos entre el contrato y otros que se celebren.
- h) Compensaciones y reembolsos.
- i) Características del servicio de mantenimiento.
- j) Procedimientos de resolución de litigios, ante el órgano de consumo o ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones.
- k) Causas de extinción y renovación del contrato.
- l) Dirección del departamento de atención al cliente.

- m) Página de Internet donde el operador publique la información sobre las características del contrato.
- n) Reconocimiento del derecho a elección del medio de pago.
- o) Tratamiento de datos de carácter personal (arts. 5.3, 8, 11 y 12 del CDUSCE).

Por lo demás, el artículo 532.1 del Anteproyecto de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014 define el servicio de comunicación electrónica como aquel por el cual el prestador, a cambio de una remuneración, se obliga frente al cliente a suministrarle el acceso a la red pública de comunicaciones electrónicas para la transmisión de datos o información. Incluye, por tanto, dos prestaciones a cargo del prestador del servicio: el acceso a la red y el posterior transporte de datos²⁵.

1. CONTRATO DE ACCESO A INTERNET

A) Objeto

El acceso a Internet consiste en la conexión física del propio ordenador, o de una red local, con la red Internet, y por tanto con cualquier servidor del mundo. Debe diferenciarse este acceso a Internet de los acuerdos de acceso entre operadores de telecomunicaciones, a que ya hemos aludido referencia, y a los que se refiere la Directiva de acceso. Se trata de un servicio de conectividad, prestado por operadores de telecomunicaciones que, para esta función, se los denomina proveedores de conexión o acceso. Con esta finalidad, entregan a sus clientes los materiales, equipos y accesorios precisos. Es, pues, necesario el correspondiente equipo de conexión, instrumentos y accesorios, y proceder a su instalación²⁶.

Con este equipo de conectividad a la Red nos hemos ido familiarizando por su presencia habitual en domicilios, oficinas, etc.: la acometida de fibra, la roseta óptica, el router o encaminador, cableado, adaptadores, antena wi-fi o de conexión inalámbrica para acceso a Internet, etc. Los equipos se entregan en régimen de cesión de uso, depósito o alquiler, con o sin concesión al cliente del derecho de ejercitar una opción de compra de los mismos una vez pasado el periodo contractualmente fijado. Ello sin perjuicio de otras formas jurídicas de suministro de estos equipos, incluyendo la transmisión de su propiedad²⁷.

Se dice que los contratos de acceso a Internet son contratos normados, pues han de tener un contenido mínimo imperativo. Las condiciones de estos contratos de acceso o uso de estas redes han de ser equitativas, no discriminatorias, objetivas, transparentes, neutrales y a precios de mercado,

siempre que se garantice al menos la recuperación de coste de las inversiones y su operación y mantenimiento. Los usuarios de los servicios de acceso a Internet ostentan, además, los siguientes derechos:

- a) Celebrar contratos con los operadores que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público.
- b) Resolver el contrato en cualquier momento. Este derecho incluye el de resolverlo anticipadamente y sin penalización en el supuesto de modificación de las condiciones contractuales impuestas por el operador por motivos válidos y sin perjuicio de otras causas de resolución unilateral.
- c) Cambiar de operador, con conservación de los números del plan nacional de numeración telefónica. Queda prohibido transferir a los usuarios finales a otro operador en contra de su voluntad.
- d) Ejercer el derecho de desconexión.
- e) Continuidad del servicio, y a obtener una compensación automática por su interrupción.
- f) Elegir un medio de pago para el abono de los correspondientes servicios entre los comúnmente utilizados en el tráfico comercial.
- g) Facturación detallada, clara y sin errores, sin perjuicio del derecho a recibir facturas sin desglosar a petición del usuario (arts. 38.2 y 47 LGTel).

Esta conexión debe poder hacerse de forma funcional y a velocidad suficiente. En virtud de lo establecido en el artículo 52 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, el acceso a la Red deberá permitir comunicaciones de datos en banda ancha a una velocidad en sentido descendente de 1 Mbit por segundo. Los parámetros específicos del contrato de conexión a Internet están regulados en la Parte Segunda de la Orden IET/1090/2014, de 16 de junio, por la que se regulan las condiciones relativas a la calidad de servicio en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas²⁸.

Las prestaciones más habituales de los contratos de acceso a internet son:

- Facilitación de acceso al cliente, por ADSL o por fibra óptica, que funciona simultáneamente con el servicio telefónico.
- Equipamiento de conectividad (módem, router, roseta óptica, filtros), su instalación y configuración.
- Requisito del equipo informático del cliente.
- Asistencia técnica al cliente.
- Servicios de consultas telefónicas, diagnóstico en caso de incidencias, resolución de incidencias, y asistencia técnica a domicilio.
- Reparación de averías.
- Claves de acceso.

- Responsabilidades por incumplimiento e indemnizaciones por interrupción del servicio.
- Datos de carácter personal y propiedad intelectual.
- Vigencia del contrato.
- Resolución de conflictos.

Otras prestaciones que se incluyen en los contratos de acceso son la dirección IP y la transmisión de los datos.

B) La dirección IP

Una vez que le ha sido instalado el navegador en el terminal, y unido al punto de acceso o terminación de la red, a este punto se le vinculan unos datos de localización que nos indican su posición geográfica. Esta localización se individualiza mediante un número que asignan los proveedores de Internet, y que se denomina Internet Protocol o dirección IP. La IP es universal. Es la representación numérica (como si fuese un número de teléfono) de la dirección de un ordenador. Esta compuesta por la cadena o combinación de cifras que identifica los puntos de terminación específicos de una conexión y que se utiliza para el encaminamiento de las señales, por ejemplo, XXX.XX.X.XXX. Más exactamente, la IP es un dato de localización, al ser un dato tratado en una red de comunicaciones electrónicas o por un servicio de comunicaciones electrónicas que indica «la posición geográfica del equipo terminal de un usuario de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público»²⁹.

Instalados por la empresa los equipos de conexión y accesorios, y adjudicada la dirección IP a la línea, es posible que el terminal acceda a Internet, y que la información que está en Internet se dirija, a través de la dirección IP, a nuestro terminal. Los clientes del proveedor de acceso se podrán conectar con otros clientes suyos, o con los clientes de otros proveedores de conexión.

La IP es el punto de partida de cualquier investigación de delitos informáticos³⁰. A ella se refiere la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1.ª), en Sentencia núm. 351/2012 de 18 de septiembre (*JUR* 2012, 369519), en un recurso sobre una transferencia bancaria fraudulenta realizada desde un ordenador ajeno al banco, resolviendo que la confusión en cuanto al motivo de oposición a la reclamación actora, se origina en la contestación oral de la demandada, al alegar que al haber sido realizadas las transferencias desde la dirección IP del cliente, «no se puede calificar la transferencia como fraudulenta por haber sido ordenada por el propio cliente desde su lugar de acceso habitual».

La IP se asigna a una línea determinada, que a su vez tiene un titular. Por consiguiente, esta dirección permite, previa identificación del titular de la línea, la identificación del terminal que está conectado cuando navega en Internet. No es propiedad del cliente, por lo que el proveedor puede modificarla. De hecho, lo habitual es que la renueve periódicamente, y se habla entonces de IP dinámica. Si por el contrario se reserva a un cliente una dirección IP permanente, se habla de direccionamiento o IP estática, la cual suele tener un coste adicional. Cuando la dirección IP está enmascarada, Internet no es accesible desde el navegador, sino a través de programas específicos. Estaríamos accediendo a Internet anónimamente³¹.

2. CONTRATO DE TRANSPORTE DE DATOS

A) Objeto de la comunicación

Generalmente, este contrato va unido al de acceso a Internet. El objeto de un proceso de comunicación es lo que se transporta, el contenido digital comunicado. Puede ser signos, sonidos, imágenes, archivos o cualquier información o un producto que se ofrece a público. Es el mensaje en sí mismo considerado, al margen del entorno del proceso comunicativo.

Quedan fuera del contenido transmitido los datos generados al realizar el servicio de comunicación, necesarios para que esta tenga lugar. Son los llamados datos de tráfico o asociados al proceso comunicativo. Son datos de tráfico, por ejemplo, la hora, duración de la comunicación, o los abonados que se comunican³².

B) Origen y destino

Una vez que un dispositivo ha accedido a Internet, se puede comunicar con cualquiera de los terminales de la Red. Es posible la transmisión de datos a otro ordenador, y recibir información del mismo. Esta transmisión de datos se produce cuando, sobre la infraestructura Internet, se transportan las señales desde el ordenador emisor hasta el ordenador receptor, y viceversa. Es decir, los datos serán transportados a otro ordenador, con una dirección de Internet indicada por su IP.

Los actuales medios tecnológicos incluso permiten la reproducción de radio y televisión a través de Internet. Como ya hemos analizado, ello es posible debido a que, como red de telecomunicaciones, está formada por la unión de muchas redes, propiedad de diversas empresas e instituciones y desplegadas por todo el mundo. Las empresas que llevan los datos, a su

vez, no cobran a los propietarios del contenido transmitido, sino al receptor final de estos contenidos o servicios.

Los operadores de redes de telecomunicaciones y, en general, los proveedores de acceso cuyo servicio consiste en esta transmisión de datos por la Red, no son responsables de la información trasladada salvo, lógicamente, que ellos mismos hayan originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado estos o sus destinatarios. Esta actividad de transmisión, así como la provisión de acceso ya estudiada, pueden incluir el almacenamiento provisional de los datos transmitidos, durante un plazo razonable y solo en la medida en que sirva para permitir la transmisión (art. 14 LSSI).

C) El contrato de registro de nombres de dominio

Para recordar las múltiples direcciones IP de la infinidad de servidores existentes, a estas direcciones se les asocia un nombre, conocido como nombre de dominio. El nombre de dominio es el sustituto nemotécnico de la IP, y es único para todo el mundo. El nombre de dominio es la combinación de caracteres (cifras decimales, letras o símbolos) que se utiliza para identificar abonados, usuarios u otras entidades de la red.

La entidad internacional encargada de la coordinación de la asignación de todos los nombres de dominio es la Corporación para la Asignación de Nombres y Números de Internet (Internet Corporation for assigned Names and Numbers, en adelante ICANN). Carece de ánimo de lucro y su oficina principal está en Los Ángeles, California. De acuerdo con este procedimiento, para los servicios de comunicaciones se proporcionan números, direcciones y nombres tomando en consideración los planes nacionales correspondientes. En estos planes pueden establecerse múltiples terminaciones para los nombres de dominio, como (.com), (.edu), (.net), (.org), o las propias de cada estado.

La entidad pública empresarial Red.es, del Ministerio de Economía, se ocupa del nombre de dominio asociado a España, y cuenta, entre otras, con las funciones de:

1.^a. La gestión del registro de los nombres y direcciones de dominio de Internet bajo el código (.es), de acuerdo con la política de registros que se determina por el Ministerio correspondiente. Se trata de un sistema registral virtual que forma una base de datos.

2.^a. La participación en los órganos que coordinan la gestión de Registros de nombre y dominios de la ICANN.

3.^a. El asesoramiento al Ministerio en el Comité Asesor Gubernamental de la ICANN (arts. 19 y 20, Anexo II.12 y 22, y d. a. decimosexta LGTel)³³.

A los nombres de dominio se refiere también la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de la posesión de 16 de diciembre de 1954, en el artículo 45, al regular la hipoteca de la propiedad industrial, que permite siempre que las patentes, marcas, nombres comerciales y demás modalidades de propiedad industrial estén registradas. Respecto a la hipoteca de los nombres de dominio, la es posible siempre que sean susceptibles de enajenación voluntaria de conformidad con lo previsto en la normativa aplicable, y ordena estar a las normas de su correspondiente Registro,

El registro del nombre de dominio en la correspondiente base se hace por medio de un agente registrador. A través de un contrato, el agente presta un servicio de mediación para el Registro, y cuyas cláusulas se refieren fundamentalmente a:

- Condiciones para el registro de los nombres de dominio.
- Duración del registro.
- Cambios de titularidad del nombre.
- Renovación.
- Derechos de los titulares.
- Obligaciones del intermediario.
- Precio, condiciones y forma de pago.
- Protección de datos personales.
- Procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos.

D) El nombre de dominio, ¿un derecho real?

La calificación del nombre de dominio como derecho real deriva de la consideración de que la información a que se refiere ocupa un espacio en el continente virtual que es Internet. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.ª), en Sentencia núm. 517/2005 de 21 noviembre (AC 2006, 284), lo razona diciendo que por nombre de dominio se entiende la denominación que se da a la porción de «espacio» que se ocupa «ex novo», de modo análogo a una parcela de territorio. Su naturaleza jurídica ha sido analizada por la expresada sentencia. De sus Fundamentos de Derecho extraemos estas conclusiones:

«1.º) El derecho de dominio se manifiesta mediante la existencia de un nombre exclusivo y excluyente de cualquier otro en la red Internet, y viene definido por la existencia de un espacio material determinado, dentro del soporte electrónico que la sustenta.

2.º) Tiene naturaleza de derecho real limitado, por su uso reglado, sujeto al régimen general de propiedad, susceptible de adquisición y transmi-

sión, dentro del ámbito del derecho privado y jurisdicción ordinaria, cuando se desarrolla entre personas físicas o jurídicas particulares, no sometidas al derecho administrativo.

3.º) Su asignación, gestión y control de uso corresponde por Ley a determinada empresa pública empresarial, que actúa por delegación administrativa, quien ejerce esas funciones dentro del ámbito normativo establecido por la disposición adicional sexta de la Ley 34/2002 de 11 de julio, sobre Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, y la Orden Ministerial de Industria, Transportes y Comercio ITC/154/2005, de 19 de mayo, que desarrolla reglamentariamente la anterior, sujeta a la jurisdicción contencioso-administrativa.

4.º) El uso del nombre de dominio tiene un régimen jurídico propio, con la exigencia legal de ser acorde, en todo caso, con el respeto a los derechos de propiedad intelectual o industrial»³⁴.

Entendemos que considerar a los nombres de dominio como derecho real es un paso previo para determinar si ese espacio virtual es en sí mismo una cosa, y si se puede ejercer sobre ella un poder directo e inmediato oponible *erga omnes*. Efectivamente, el nombre de dominio conduce a un espacio físico determinado, si bien la sentencia indicada confunde el signo o nombre que, a través de la numeración IP, nos dirige a este espacio (el nombre de dominio), con el espacio mismo. El signo o nombre puede ser objeto de propiedad o de hipoteca mobiliaria; no puede coincidir con una marca, un nombre comercial o una denominación social ajenos [arts. 34.3 f) y 51.1.B) de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas]³⁵, ni producir competencia desleal por crear confusión, menoscabar el crédito o suponer el aprovechamiento de ventajas obtenidas por otro (artículos 6, 9 y 12 de la Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia desleal)³⁶. Conflictos que, por otra parte, pueden ser resueltos extrajudicialmente por el Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, basándose en su Política Uniforme de solución de controversias en materia de nombres de dominio de 26 de agosto de 1999, en el Reglamento para una Política uniforme de resolución de disputas sobre Nombres de Dominio³⁷, y en el Reglamento Adicional relativo a la Política uniforme de solución de controversias en materia de nombres de dominio, en vigor desde el 31 de julio de 2015³⁸.

Pero es incorrecto confundir el signo, y su propiedad, uso o transmisión, con el sitio al que te lleve. Ciertamente el nombre de dominio, te encamina a un espacio físico de un servidor. Este servidor puede ser propiedad del dueño del nombre de dominio. Pero también puede ocurrir que el dueño del dominio no lo sea del servidor al que conduce. En este caso, podrá usar el servidor, y tener sobre él ciertas facultades, pero esto no le hace titular

de un derecho real sobre él, entendido como un derecho que atribuye un poder directo, inmediato y absoluto sobre una cosa. Prueba de ello es que para utilizarlo, además del nombre del dominio, precisa de la cooperación y ayuda técnica del titular del servidor, con lo que falta la inmediatez propia de los derechos reales y la inherencia o señorío que estos permiten ejercer sobre las cosas³⁹. En cuanto al carácter de derecho absoluto, se desvanece por la circunstancia de que el dueño del servidor puede sustituirlo por otro, en caso, por ejemplo, de avería o necesidades técnicas, sin que el titular del nombre de dominio tenga conocimiento de ello. Falta, pues, la inherencia a la que alude la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2002 (*RJ* 2002, 8547), entendida como inseparabilidad, en este caso de un ordenador.

Además de los argumentos de tipo técnico, *de facto* el titular de un dominio vinculado a un ordenador situado, por ejemplo, en Estados Unidos, no se considera que también tenga un derecho sobre todo o parte del servidor concreto ubicado en dicho país. En realidad, más que un derecho sobre un ordenador, se tiene un derecho sobre los datos en él grabados, cuestión sobre la que más adelante volveremos.

E) Breve referencia a los instrumentos de búsqueda

Para facilitar el encontrar un sitio en Internet cuando desconocemos su IP de acceso y su nombre de dominio, otras empresas se han especializado en ofrecer servicios de búsqueda.

Son instrumentos de localización de servidores y de la información que almacenan. Los buscadores realizan una labor de rastreo de una cuestión determinada en Internet, leen las páginas web donde puede estar, y muestran los resultados de la búsqueda, relacionando los enlaces a las páginas web donde se encuentra el contenido buscado. Esta operación se conoce como indexar.

La indexación es selectiva. Excluye las páginas para las cuales su titular rechaza este servicio, y las que poseen contenidos que se suelen repetir en todas, como las páginas con avisos legales o política de cookies.

Cada buscador ofrece diferentes resultados a la búsqueda, bien por la mayor o menor calidad de sus servicios de localización, bien porque haya querido bloquear páginas con información que la empresa propietaria del programa de búsqueda rechaza mostrar. También existen metabuscadores, que buscan la información en los buscadores⁴⁰.

Las empresas que facilitan estos instrumentos para la búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que:

a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o

b) Teniéndolo, actúen con diligencia para inutilizar el enlace correspondiente.

Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

La exención de responsabilidad no operará en el supuesto de que el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite actúe bajo la dirección o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos (art. 17 LSSI).

En cuanto al conocimiento efectivo del contenido protegido con el que enlacen a los usuarios, Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.^a), en Sentencia núm. 550/2017 de 4 diciembre (*AC* 2017, 1593), reiterada por otra de la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 4.^a), núm. 433/2018 de 28 diciembre (*AC* 2019, 186), recuerda que «en la STJUE de 13 de febrero de 2014, Svensson, C-466/12 (TJCE 2014, 52) se planteó si constituye un acto de comunicación al público la presentación en una página de Internet de enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas disponibles en otra página de Internet, siendo así que en esa otra página pueden consultarse libremente dichas obras publicadas sin ninguna restricción de acceso. Se trataba por lo tanto de enlaces a otra página web.

La sentencia se refiere al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 (LCEur 2001, 2153) y considera (apartado 19) que, para que exista un «acto de comunicación» basta con que la obra se ponga a disposición de un público de tal forma que quienes lo compongan puedan acceder a ella, sin que sea decisivo que dichas personas utilicen o no esa posibilidad, de modo que el hecho de facilitar enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas debe calificarse de «puesta a disposición» y, en consecuencia, de «acto de comunicación» en el sentido de la referida disposición (apartado 20).

Lo que rechazó el Tribunal de Justicia en ese caso es que la puesta a disposición de obras, mediante un enlace sobre el que se puede pulsar, comunicase dichas obras a un público nuevo. Si la obra ya se encuentra disponible libremente para todos los internautas en otro sitio de Internet con la autorización del titular de los derechos de autor, dicho acto no puede

calificarse de «comunicación al público». En el mismo sentido, el Auto de 21 de octubre de 2014, BestWater International, (C-348/13), a propósito de vínculos que utilizan la técnica denominada de «transclusión» (framing). Recuérdese que lo que establece el Tribunal de Justicia en ese caso es que no se daba lugar a que la obra en cuestión se comuniqué a un «público nuevo».

Lo relevante es el sentido amplio que atribuye el Tribunal al concepto al que nos referimos, incluyendo los enlaces como «acto de comunicación».

IV. SERVICIOS PRESTADOS POR VÍA ELECTRÓNICA

Instalado el acceso a Internet, podemos recibir los servicios indispensables para la comunicación en una red social. Todos estos servicios están prestados por vía electrónica. Son «aquellos servicios que consistan en la transmisión enviada inicialmente y recibida en destino por medio de equipos de procesamiento, incluida la compresión numérica y el almacenamiento de datos, y enteramente transmitida, transportada y recibida por cable, radio, sistema óptico u otros medios electrónicos y, entre otros, los siguientes:

- a) El suministro y alojamiento de sitios informáticos.
- b) El mantenimiento a distancia de programas y de equipos.
- c) El suministro de programas y su actualización.
- d) El suministro de imágenes, texto, información y la puesta a disposición de bases de datos.
- e) El suministro de música, películas, juegos, incluidos los de azar o de dinero, y de emisiones y manifestaciones políticas, culturales, artísticas, deportivas, científicas o de ocio.
- f) El suministro de enseñanza a distancia.

A estos efectos, el hecho de que el prestador de un servicio y su destinatario se comuniquen por correo electrónico no implicará, por sí mismo, que el servicio tenga la consideración de servicio prestado por vía electrónica»⁴¹.

Los contratos que dan lugar a estos servicios son contratos atípicos, que han surgido al amparo del principio de autonomía de la voluntad o libertad de pacto, recogido en el Código civil (art. 1.255), por lo que carecen de regulación legal específica. Si bien en la práctica tienen un contenido estándar, predispuesto para su aplicación en masa, compuesto por cláusulas cuya incorporación al contrato está predispuesta por el cedente, quien las ha redactado (art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de contratación) «con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos». También están sujetos a la legislación sobre consumo, si envuelven a consumidores o usuarios.

1. EL SERVIDOR INFORMÁTICO DE LA RED SOCIAL

A) Sistema informático

El servidor al que accedemos contiene información. Para poseer esta información, los servidores están dotados de programas informáticos. Ello los convierte en sistemas informáticos, que son «todo aparato o grupo de aparatos interconectados o relacionados entre sí, uno o varios de los cuales realizan, mediante un programa, el tratamiento automatizado de datos informáticos, así como los datos informáticos almacenados, tratados o recuperados o transmitidos por dicho aparato o grupo de aparatos para su funcionamiento, utilización, protección y mantenimiento»⁴².

B) Contrato de alojamiento de datos

Hay empresas que se han especializado en adquirir sus propios servidores para alojar en ellos información que suministran los usuarios. Otras optan por guardar esos datos en servidores ajenos, previa firma con el dueño del servidor de un contrato de alojamiento informático de datos o contenidos, como lo denomina la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2018 (*RJ* 2018, 5456)⁴³.

En virtud de este contrato, una empresa sostiene en sus servidores de forma permanente la información que le facilitan terceros, respecto a la cual actúa como gestor técnico, a cambio de una remuneración. Es un almacén o archivo virtual. La empresa soporta los contenidos y sus servidores, que usa como almacenes virtuales que están conectados a Internet de modo continuado⁴⁴.

El contrato puede celebrarse con contenido diverso, como refleja el caso previsto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2010 (*RJ* 2010, 4848), que resolvió un litigio sobre servicios de alojamiento junto con soporte y asistencia técnica necesaria. Las cláusulas más habituales en los contratos de almacenamiento permanente de datos son las relativas a:

- Tecnología empleada.
- Confidencialidad sobre la información alojada.
- Tratamiento de los datos personales que puedan estar alojados.
- Contenidos vedados por ser violentos, obscenos, ilegales, de odio, etc.
- Información sobre *cookies*.
- Suministro al cliente de los códigos y claves que den acceso a los contenidos que tienen alojados en el servidor.
- Lugar de ubicación del servidor.

- Servicio de asistencia técnica.
- Herramientas para que el cliente pueda conocer las estadísticas de visita a sus contenidos.
- Medidas de seguridad de los contenidos: antivirus, copias de seguridad.
- Resolución de incidencias técnicas.
- Correcto mantenimiento de las instalaciones donde se encuentra el servidor en el que están los contenidos de cliente.
- Responsabilidad por los contenidos⁴⁵.

A este tipo de contratos se refiere la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico de una manera tangencial, pues se limita a decir que los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador de servicios no pueda ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a condición de que se cumplan los requisitos establecidos (art. 14.1).

De lo que, en definitiva, se trata es de la responsabilidad del titular del dominio de esa página web, por los comentarios que en esta han vertido terceras personas; esto es, la derivada del alojamiento y/o almacenamiento de aquellos datos. Los prestadores de este servicio consistente en albergar datos carecen de responsabilidad por los contenidos que alojan, pues son los usuarios quienes los introducen en la red. Tampoco tienen obligación legal de inspeccionar la actividad de los usuarios. Pero esta exención de responsabilidad solo se produce siempre que:

- a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o
- b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos ilícitos o hacer imposible el acceso a ellos.

Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero, cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse (por ejemplo la denuncia del interesado o de terceros).

Esta exención de responsabilidad no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador (art. 16 LSSI)⁴⁶.

El Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), en Sentencia de 7 de enero de 2013 (*RJ* 2014, 773) expone que «sobre la interpretación del artículo 16 conforme a la Directiva 2000/31/CE, en lo referente al conocimiento efectivo, a cuya ausencia se condiciona, en uno de los supuestos, la liberación de responsabilidad de la prestadora de servicios de alojamiento por la información almacenada a petición del destinatario de aquellos, se ha pronunciado recientemente esta Sala en sus sentencias de 9 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010, 131), *RC* núm. 914/2006, 18 de mayo de 2010 (*RJ* 2010, 2319), *RC* núm. 1873/2007 y 10 de febrero de 2011 (*RJ* 2011, 313), *RC* núm. 1953/2008»... Y añade que «no es conforme a la Directiva —cuyo objetivo es, al respecto, armonizar los regímenes de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios— una interpretación del apartado 1 del artículo 16 de la Ley 34/2002 como la propuesta por la recurrente, ya que reduce injustificadamente las posibilidades de obtención del «conocimiento efectivo» de la ilicitud de los contenidos almacenados y amplía correlativamente el ámbito de la exención, en relación con los términos de la norma armonizadora, que exige un efectivo conocimiento, pero sin restringir los instrumentos aptos para alcanzarlo.

Además de que el propio artículo 16 permite esa interpretación favorable a la Directiva —al dejar a salvo la posibilidad de «otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse»—, no cabe prescindir de que la misma atribuye igual valor que al «conocimiento efectivo» a aquel que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate».

C) Contrato de alojamiento de servidores

Distinto de sostenimiento de datos ajenos es el contrato de alojamiento de servidores ajenos. En este se cede un local, que está dotado con una infraestructura y un apoyo logístico, para que el cesionario ubique su propio servidor. Este lugar se denomina área de servicio.

Los contratos por los que se estipulan este tipo de depósitos contienen cláusulas relativas tanto al área de servicio de la empresa como al servidor en ellas situado. Como cláusulas relativas al área de servicio tenemos:

- Su ubicación.
- Control de acceso y sistemas de vigilancia.

- Acceso a esta área por parte del cliente.
- Control de la temperatura y humedad.
- Protección contra incendios.
- Limpieza y seguridad.
- Suministro permanente de electricidad y cableado.
- Servicio de conexión a Internet.
- Lugar concreto donde se colocará al servidor y sus equipos adicionales.

En cuanto al servidor del cliente, las cláusulas del contrato suelen hacer referencia a:

- Características técnicas.
- Consumo de energía eléctrica.
- Dimensiones y peso.
- Seguro contra daños que pueda sufrir.
- Soporte técnico.
- Confidencialidad del contenido en él guardado.
- Copias de seguridad⁴⁷.

La Sentencia núm. 167/2006 de 3 abril, de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Salamanca (*JUR* 2006, 249531) resuelve un litigio sobre «un servicio de Housing que consiste en alojar equipos informáticos del cliente dotándolos de conexión a Internet desde sus instalaciones para que puedan ofrecer los servicios que se estiman oportunos, y que son desconocidos por la actora. Tal servicio incluye el mantenimiento de los equipos, como se ha comprobado examinando las facturas de sustitución de piezas de los equipos de la demandada en lo que no se encuentra incluida la mano de obra ni precio por el mantenimiento».

2. PLATAFORMAS DE COMUNICACIÓN

A) Estructura

Las plataformas son un tipo especial de programas informáticos de los servidores. Consisten en una serie de aplicaciones y rutinas estructuradas en líneas de difusión y control. Las plataformas ofrecen la posibilidad de chatear o conversar, hacer foros de debate, incorporar fotografías, vídeos, audios, e interactuar con otros usuarios.

Estos, a la vez que las utilizan para dar a conocer sus ideas, aficiones, proyectos, formación, actividades, etc., deciden su contenido. Es decir, son

usuarios activos, que escriben en la plataforma y le incorporan fotografías, vídeos, enlaces a otras diferentes, conversando, jugando, discutiendo, buscando, enviando noticias, etc. En definitiva, comunicándose y configurando su información. Estas plataformas son, pues, de lectura y también de escritura. Surge así un tipo de páginas electrónicas, caracterizadas por estar compuestas por aportaciones del público, conocidas como web social o como web 2.0. Entre las plataformas están las integradas por servicios tales como los blogs o bitácoras (para establecer una suerte de diario), la sindicación de contenidos (que nos comunica el tipo de noticias que previamente hemos solicitado), los wikis (que permiten agregar contenidos), y los servicios de redes sociales⁴⁸.

B) Contrato de diseño de páginas web

El resultado del trabajo del programa informático se muestra en el sitio web. No es en sí un programa de ordenador, sino la forma en que se hace visible.

Además de los elementos que los conforman (lenguaje de marcas de hipertexto o código HTML), los sitios web están formados una o varias páginas. Cada una de ellas tiene un diferente contenido digital, entendiéndose por tal «los datos producidos y suministrados en formato digital, como programas, aplicaciones, juegos, música, vídeos o textos informáticos, independientemente de si se accede a ellos mediante descarga o emisión en tiempo real, de un soporte material o por otros medios»⁴⁹. Así, en el sitio web de una red social podemos encontrarnos páginas como las de:

- Inicio.
- Productos ofrecidos.
- Condiciones del servicio.
- Eventos.
- Noticias.
- Aviso legal.
- Contacto, etc.

Un programa configura su texto, apartados, y diseño. Una vez dentro de un sitio, pueden existir diferentes opciones de visualización (más o menos privado, con protección infantil, etc.), ofrecidas por las empresas desarrolladoras de los programas⁵⁰.

El diseño de la página web puede llevarse a cabo por el propio interesado. También es posible que lo encargue a la empresa que se ocupará de su alojamiento. O bien que se encomiende a otras empresas a través del correspondiente contrato de diseño o edición.

La página deberá tener la estructura y descripciones técnicas contenidas en el contrato que se ha de elaborar para su desarrollo. Y el desarrollador de la página, diseñador o contratista, se compromete a realizar el proyecto siguiendo sus descripciones. Son cláusulas habituales de este tipo de contratos:

- Confidencialidad de los datos suministrados al diseñador.
- Condiciones técnicas del contrato.
- Fases de ejecución: diseño, desarrollo, pruebas y aceptación.
- Derechos de propiedad intelectual sobre lo diseñado (textos, imágenes, vídeos).
- Mantenimiento del sistema creado.
- Derecho del cliente a usar la página creada y a transformarla⁵¹.

El contrato de diseño de páginas web se estructura bajo la base de un contrato de obra, regulado en los artículos 1588 y siguientes del Código civil, que se entiende cumplido cuando se entregue al cliente el producto o programa contratado. La calificación del contrato como arrendamiento de obra ha sido admitida en la jurisprudencia, por ejemplo, en la Sentencia núm. 53/2010 de 17 de febrero, de la Audiencia Provincial de Madrid (*AC* 2010, 523) «...se fijan los contenidos que debía tener la página web, y tras comparar los mismos con el de las páginas web aportadas por la demandada ...entendemos que se ha cumplido el encargo, sin que sea suficiente que la demandada alegue que no se ha hecho el trabajo a conformidad o que no se ha conseguido el resultado esperado, sino que debería haber explicado porque no están de acuerdo o en que se ha incumplido, que contenidos se han omitido o que defectos de funcionamiento tenía la página. Por ello consideramos que ha quedado acreditado que se realizó el trabajo objeto del arrendamiento de obra, pues estamos conformes con la calificación jurídica que la sentencia apelada ha dado a este negocio jurídico».

La posibilidad permanente de uso de la web ha dado lugar a conflictos entre las empresas prestadoras de este servicio y sus clientes. Tal es el caso resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de noviembre de 2012 (*AC* 2013, 67) ante la imposibilidad de acceso por el cliente a su propia página web, debido al bloqueo acordado por la empresa al servidor en que se alojaba.

C) El acceso a la plataforma: las cookies

Para facilitar la navegación, los servidores envían a los terminales que acceden a su contenido, unos programas informáticos especiales, denominados *cookies* (galletas informáticas). Esto implica la descarga o instalación de

este otro tipo de programa informático, además del navegador, en nuestro terminal. Su finalidad es recuperar información que pueda contener. Son, pues, una tecnología que almacena y recupera los datos que han quedado grabados. Los datos que recogen las empresas que las envían a nuestro ordenador versan sobre las preferencias o gustos del usuario que lo maneja. Y así, cada vez que este acceda a ese servidor, su navegador enviará información al servidor de la empresa para que este se adapte a las preferencias de uso del cliente (por ejemplo, al idioma empleado, qué información consulta cuando entra en un sitio en particular, o qué sitios visita)⁵².

Las *cookies*, en cuanto elementos de almacenamiento de información, al ser combinadas con identificadores y otros datos recibidos por los servidores, pueden ser utilizadas para elaborar perfiles de personalidad de los usuarios e identificarlos, llegando a funcionar a modo de «carnés de identidad» de los mismos. Conviene recordar que todo tratamiento de datos personales debe ser lícito y leal. Para las personas físicas debe quedar totalmente claro que se están recogiendo, utilizando, consultando o tratando de otra manera datos personales que les conciernen, así como la medida en que dichos datos son o serán tratados. El principio de transparencia exige que toda información y comunicación relativa al tratamiento de dichos datos sea fácilmente accesible y fácil de entender, y que se utilice un lenguaje sencillo y claro (Considerando 30 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos).

Además, las *cookies* se autoinstalan en los terminales, por lo que pueden grabarse en ellos sin que lo sepa su usuario. Por este motivo, para la utilización de *cookies* y tecnologías similares que permitan extraer o recuperar datos de los terminales de los destinatarios es condición necesaria que los destinatarios de los equipos terminales en los que se instalan haya dado su consentimiento para su instalación. Cuando sea técnicamente posible y eficaz, el consentimiento del destinatario para aceptar el tratamiento de los datos podrá facilitarse mediante el uso de los parámetros adecuados del navegador o de otras aplicaciones. Esto no impedirá el posible almacenamiento o acceso de índole técnica al solo fin de efectuar la transmisión de una comunicación por una red de comunicaciones electrónicas o, en la medida que resulte estrictamente necesario, para la prestación de un servicio de la sociedad de la información expresamente solicitado por el destinatario» (art. 22.2 LSSI)⁵³.

Sobre las *cookies*, la Agencia Española de Protección de Datos, en Resolución de 20 de octubre de 2017 (*JUR* 2017, 387) declaró que «conviene señalar que el citado artículo 22.2 de la LSSI (RCL 2002, 1744, 1987) extiende su alcance a todos los tipos de dispositivos de almacenamiento

y recuperación de datos utilizados por los prestadores de servicios de la sociedad de la información en cualesquiera equipos terminales de los destinatarios de dichos servicios, lo que incluye no solo las *cookies*, que son archivos o ficheros de uso generalizado que permiten almacenar datos en dichos equipos con diferentes finalidades, sino también cualquier otra tecnología similar utilizada para almacenar información o acceder a información almacenada en el equipo terminal.

No hay que olvidar que en muchos casos los usuarios que utilizan los servicios de Internet desconocen que el acceso a los mismos puede conllevar la instalación de ficheros o archivos en sus equipos terminales, y que al ser recuperados con la información almacenada en los mismos permiten no solo mejorar la navegación y prestar correctamente el servicio solicitado sino que también posibilitan, con las implicaciones para la privacidad de los usuarios que ello supone, la recogida actualizada y continuada de datos relacionados con sus equipos y perfiles de navegación, que posteriormente podrán ser utilizados por los responsables de los sitios web a los que se accede, o por los terceros, para analizar su comportamiento y para el envío de publicidad basada en el mismo o como medio para el desarrollo de otros productos y servicios concretos.

Por lo tanto, para garantizar la utilización de tales dispositivos con fines legítimos y con el conocimiento de los usuarios afectados, que con mayor frecuencia recurren a Internet para la realización de sus actividades cotidianas, la regulación comunitaria y nacional establece la obtención de un consentimiento informado con el fin de asegurar que estos puedan conocer del uso de sus datos y las finalidades para las que son utilizados».

V. REDES SOCIALES DE USUARIOS

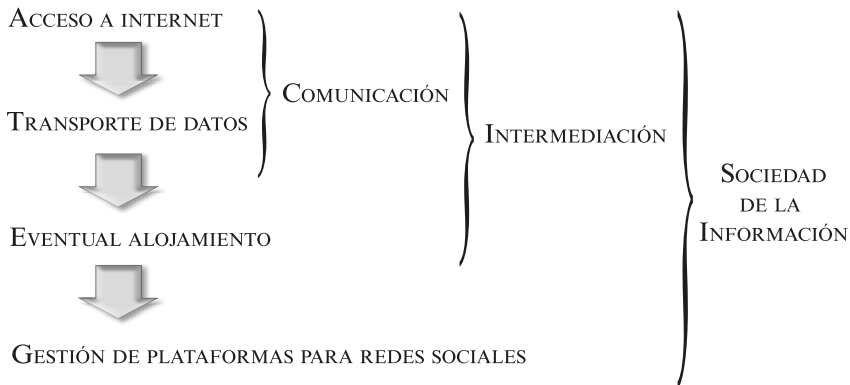
Hemos visto que para que exista una red social tenemos que partir de una red de comunicación o de transmisión, y de sus equipos terminales. En segundo lugar hemos diferenciado esta red de comunicación electrónica de las empresas de telecomunicación que nos conectan a ella y operan el envío de los datos por teleproceso. Además existen empresas que los guardan en sus ordenadores. E incluso empresas que los guardan en un ordenador de otra distinta.

Cada uno de estos servicios (la provisión de servicios de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones y el alojamiento en los servidores de datos ajenos), puede ser calificado como de la sociedad de la información.

Independientemente de lo anterior, cada uno de estos es también un servicio de intermediación. Las empresas que los prestan se denominan intermediarios técnicos. Cada una de estas empresas interviene como instrumento

de las diversas fases del proceso comunicativo, sin comunicar nada. Facilitan que lleguen los servicios o la información o novedad comunicada por otras que, valiéndose de la labor de estas empresas de intermediación, suministran o hacen llegar los servicios que han elaborado. Si bien permiten acceder a los contenidos suministrados por otras empresas de la sociedad de la información, no editan estos contenidos, ni los seleccionan ni los modifican. Sin perjuicio de que el órgano competente pueda requerir a estos intermediarios técnicos su colaboración para la retirada de los contenidos ilícitos suministrados por otras empresas artículo 11 y letra b del Anexo LSSI)⁵⁴.

Otro servicio de la sociedad de la información es el prestado por empresas informáticas que, sirviéndose de los servicios de intermediación de todas las anteriores, utilizan determinados programas para organizar, mostrar y gestionar un contenido. En nuestro estudio, un sitio de Internet cuyo uso por parte de terceros propiciará el nacimiento de una red social, y que pasamos a examinar⁵⁵.



1. CONTRATO DE SERVICIO DE REDES SOCIALES

El contrato de servicio de redes sociales es un contrato de gestión de contenidos, electrónico, y de la sociedad de la información.

A) Gestión de contenidos

El contrato de servicios de redes sociales es un contrato de contenidos, pues por él se genera información a través del sitio web. En los servicios de redes sociales, el sistema de información puede crear para cada uno de los

usuarios una línea de comunicación. Este canal de comunicación se identifica o individualiza con una cuenta. La peculiaridad de estas plataformas informáticas, frente, por ejemplo, las telefónicas, consiste en que los mensajes que se comunican son escritos, y tienen una plasmación visual prolongada, de manera que pueden verse cuando se entra en la cuenta o canal de comunicación, utilizando una pantalla. Si el titular de la cuenta o canal de comunicación lo desea, puede ser visto por cualquier persona en todo el mundo. Es el caso de las pertenecientes a empresas e instituciones, que las utilizan para plasmar en ellas, de forma prolongada y disponible al público, sus actividades y proyectos. De forma opuesta, estos canales de comunicación pueden estar cerrados y las comunicaciones por ello no son públicas, de manera que solo puede entrar en el mismo y leer los mensajes que contiene quien previamente haya sido admitido por su titular y además haya celebrado un acuerdo con la misma empresa que, a través del servidor, presta este servicio. Cada usuario puede, por tanto, crear grupos con las personas que elija.

B) Contrato electrónico

El servicio deriva de un contrato electrónico, entendido como aquel en el que la oferta se hace saber por comunicación electrónica, al igual que la aceptación. Lo que implica que son contratos en línea, y su perfección tiene lugar por medio de las líneas que forman la Red de telecomunicaciones⁵⁶.

Las cláusulas de este contrato de redes sociales suelen atender a las dos partes contratantes:

1.º. La empresa que gestiona la red social:

- Uso por la empresa de los datos que proporciona el cliente: contactos que entabla en la red social, opciones que utiliza, contenidos que comparte, etc., y su eventual cesión a terceros.
- Sugerencias al cliente acerca de grupos de usuarios a los que puede unirse, actos sociales a los que puede asistir, páginas que puede visitar, programas que puedan ser de su interés o personas a las que puede conocer.
- Posibilidad de analizar lo que se introduce en la red social.
- Política de privacidad.
- Uso de *cookies*.
- Envío de publicidad.
- Responsabilidad de la empresa por los contenidos ilegales subidos por el cliente, y derecho de la empresa a eliminarlos unilateralmente.
- Condiciones de suspensión o cancelación de su cuenta.

2.º. El cliente:

- Identificación, por medio de un seudónimo o de un nombre real.
- Nombre de la cuenta que se le abre, nombre de usuario, contraseña, y una dirección de correo electrónico o un número de teléfono.
- La opción de publicar su ubicación.
- Opciones de comunicación que se le ofrecen: fotografías, mensajes de texto, comentarios y vídeos.
- Cesión a la empresa de la propiedad intelectual de los contenidos subidos por el cliente (por ejemplo, sobre fotografías, vídeos, etc.).
- Libre eliminación por el cliente de los contenidos que suba (que quedarán guardados de forma oculta a terceros en el servidor de la red social).
- Mensajes directos y comunicaciones no públicas.
- Prohibiciones de:
 - Uso de la red social por parte de ciertas personas, como menores, los condenados por delitos sexuales o aquellos a quienes previamente se les ha inhabilitado su cuenta.
 - Cesión a terceros de las contraseñas facilitadas al cliente para acceder a su cuenta.
 - Envío de mensajes ilícitos.
 - Compartir contenidos ilegales.
 - Introducir programas informáticos maliciosos.
 - Utilizar técnicas de ingeniería para descifrar o alterar el programa informático utilizado por la empresa.
 - Tener más de una cuenta en la red social.
 - Actuar con identidad supuesta.

El clausulado profuso de estos contratos se hace preciso ante la abundante litigiosidad que el uso de las redes sociales ocasiona. Baste como ejemplo citar las dictadas recientemente por el Tribunal Supremo de 20 de julio y 28 de septiembre de 2018 (derecho al honor) y de 3 y 23 abril de 2019 (derecho al honor y libertades de expresión e información).

2. CONCEPTUACIÓN DE LAS REDES SOCIALES

Las empresas informáticas que prestan los servicios de redes sociales buscan un doble objetivo: tener una relación jurídica con cada una de las personas que los contratan, que permita conectarlas, agruparlas y favorecer su comunicación. Lo peculiar de estos servicios es que también pueden

ser utilizados por personas que no han llegado a ningún acuerdo con el prestador, por ejemplo, accediendo al contenido de las cuentas abiertas. De ahí que en las condiciones de uso se contengan prescripciones tanto para miembros del grupo creado como para los meros visitantes.

Existen muchas modalidades de redes sociales. Para su caracterización, es esencial tener presente que todas ellas son redes entre las personas, a través de las cuales estas se comunican y colaboran. Motivo por el cual a todas se las incluye dentro de la categoría de páginas web denominadas web 2.0, formada por plataformas y portales, a la que ya hemos hecho referencia⁵⁷.

Estas redes sociales han sido contempladas desde diversos puntos de vista, que pasamos a examinar:

A) Plataformas de comunicación

Se han definido las redes sociales como plataformas de comunicación. Este es el caso del llamado Grupo de Trabajo del artículo 29. Este Grupo de Trabajo es un organismo de la UE, con carácter consultivo e independiente, para la protección de datos y el derecho a la intimidad. En su Dictamen 5/2009, de 12 de junio, sobre las redes sociales en línea, las considera como plataformas de comunicación en línea que permiten a los individuos crear redes de usuarios que comparten intereses comunes⁵⁸.

Igualmente, AGUSTINOY GUILAYN y MONCLUS RUIZ las cataloga como «aquella plataforma tecnológica que permite a sus usuarios, a través de sus correspondientes perfiles, vincularse entre sí, creando sistemas cruzados e interactivos de generación y difusión de información»⁵⁹.

Sin embargo, aunque la red social necesariamente tiene el soporte físico de una plataforma informática, estimamos discutible que lo sean, pues la comunidad de personas que se crea con su uso es distinta de la plataforma informática, que soporta su comunicación.

B) Servicios

Para el Diccionario Jurídico de la Real Academia, las redes sociales son un «servicio de la sociedad de la información que ofrece a los usuarios una plataforma de comunicación a través de Internet para que estos generen un perfil con sus datos personales, facilitando la creación de comunidades con base a criterios comunes y permitiendo la comunicación de sus usuarios, de modo que puedan interactuar mediante mensajes, compartir información, imágenes o vídeos, permitiendo que estas publicaciones sean accesibles de forma inmediata por todos los usuarios de su grupo».

Siguiendo esta caracterización como servicios, BARRIO ANDRÉS las considera «aquel servicio de la Sociedad de la Información que ofrece a los usuarios una plataforma de comunicación a través de Internet para que estos generen un perfil con sus datos personales, facilitando la creación de comunidades con base en criterios comunes y permitiendo la comunicación de unos usuarios con otros y su interacción, de modo que pueden actuar mediante mensajes, compartir información, imágenes o videos, permitiendo que estas publicaciones sean accesibles de forma inmediata por todos los usuarios de su grupo»⁶⁰.

Si bien los miembros de la red social reciben un servicio, desde nuestra perspectiva hay que rechazar que la red social lo sea, pues el servicio de una empresa es lo que propicia el nacimiento del grupo de personas, pero el servicio es algo diferente del grupo mismo que lo recibe.

C) Comunidades de personas

Consideramos más correcto decir que las redes sociales son comunidades o grupos de usuarios de plataformas de comunicación que comparten intereses comunes.

Estas comunidades virtuales carecen de personalidad jurídica, ya que ningún precepto de nuestra legislación se la atribuye. Por tanto, no son sujetos de derecho. Si bien se diferencian de otros entes colectivos que, aunque también carecen de personalidad jurídica, agrupan a miembros que tienen necesariamente vínculos patrimoniales entre sí. Este es el caso de la comunidad de bienes, de la herencia yacente, y demás entidades que, aunque carentes de personalidad jurídica, constituyen una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de tributación. Entre estos están las uniones temporales de empresas, los fondos de inversión, los fondos de titulación, los fondos de pensiones, los fondos de capital-riesgo, los grupos de sociedades, las sociedades irregulares, las sociedades en formación, o las comunidades titulares de montes vecinales en mano común (art. 33 de la Ley General Tributaria).

Tampoco se les reconoce capacidad para ser parte en los procesos ante los tribunales, pues para ello precisarían reconocimiento legal o una pluralidad de elementos patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado (arts. 6.1. 5.º y 7.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Es decir, estos grupos que surgen de los servicios de redes sociales adolecen de patrimonio en común y de personalidad jurídica, y carecen en sí mismos de derechos u obligaciones de clase alguna. Entre sus miembros falta contrato alguno, pues en lugar de obligarse unos respecto a los otros a dar alguna cosa o a prestar a algún servicio, lo hacen solo respecto a la empresa que gestiona la red social (art. 1254 CC).

La única situación jurídica en común que une a sus miembros es haber celebrado el mismo tipo de contrato con la sociedad que presta los servicios de red social. En esta línea, nos parece acertada la definición que proporciona ALONSO GARCÍA, J., quien la considera como «un conjunto no cerrado de personas físicas o jurídicas que, previo registro y creación de un perfil, se comunican y comparten información, en línea, a través de una plataforma tecnológica digital (SRS) suministrada por un prestador de servicios de Internet»⁶¹.

Estos grupos de usuarios se caracterizan por las siguientes notas:

1.º. Son virtuales, pues necesitan un soporte informático para su existencia, por más que sus miembros se puedan relacionar fuera de la Red y por tanto al margen de los medios tecnológicos.

2.º. Los componentes de estos grupos siguen las normas de actuación creadas por la empresa que presta los servicios de red social.

3.º. Buscan compartir o recibir información. Para ello escriben en la plataforma, por medio de conversaciones, mensajes, debates, consultas, etc. La información queda gravada en los servidores de la empresa que presta el servicio de red social. Este almacenaje puede prolongar durante largos periodos, incluso después de haber dejado de pertenecer a la comunidad la persona que vertió la información.

4.º. Pueden manejar información de cualquier clase, o únicamente la circunscrita a uno o varios temas determinado. En este último caso, la materia sobre la que se trata en la Red se denomina perfil. El perfil representa un interés común a un grupo de usuarios de la red. El Informe 184/2013, de la Agencia Española de Protección de Datos, se ocupa de la protección de datos en una red social en la que existirán tres tipos de perfiles: el de personas físicas, que contiene datos sobre su vida privada y su personalidad; el de profesionales o autónomos, también con información sobre personas físicas pero solo relativa a sus servicios profesionales; y el empresas, que contiene aspectos sobre estas organizaciones.

5.º. Ser miembro de esa comunidad es independiente de la cotitularidad de algún bien, requisito necesario para la existencia de una comunidad de bienes en virtud del artículo 396 del Código civil. Ello hace que carezcan de contenido patrimonial.

3. REDES SOCIALES E INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES

El enorme uso de las redes sociales genera abundante litigiosidad. En gran parte de las ocasiones el asunto surge por el incumplimiento del clausulado del contrato de red social, con mucha frecuencia en lo relativo a la

privacidad. Lo llamativo es que tales vulneraciones contractuales apenas producen perjuicios a la empresa que gestiona la red social. Los daños son causados a terceros, que muy bien pueden ser ajenos a la red social en la que alguien ha lesionado sus derechos.

Las cuestiones tratadas por la jurisprudencia relativa a las redes sociales versan frecuentemente con los derechos fundamentales al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen (art. 18 de la Constitución y Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo) y los de «expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción» y «comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión» [art. 20.1.a) y d) de la Constitución].

A) Intimidad personal

La Sentencia de 20 de julio de 2018, del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (*RJ* 2018, 2832) decidió que la comunicación pública, a través de una red social, de comentarios relativos a la baja por enfermedad de un empleado de una empresa por quien tiene conocimiento por razón de su cargo de tal circunstancia, constituye una intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la intimidad personal. Tal sentencia razona que las comunicaciones en una red social acerca de la existencia de una baja laboral y las incidencias relativas a la salud de un empleado pueden estar justificadas cuando se hacen para denunciar ante la empresa empleadora, la mutua de accidentes de trabajo o las autoridades competentes el carácter injustificado de una baja laboral. Sin embargo, la regla general es que «la información relativa a la salud física o psíquica de una persona está comprendida dentro del ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás que preserva el derecho a la intimidad del artículo 18.1 de la Constitución, en la medida en que los datos que se refieren a la salud constituyen un elemento importante de su vida privada. No solo es una información íntima sino, además, especialmente sensible desde este punto de vista y, por tanto, es digna de especial protección desde la garantía del derecho a la intimidad. Así lo han declarado tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos».

B) Utilización de imágenes de personas

Debido a la parca redacción de la Ley 1/1982, la labor jurisprudencial es importantísima en los casos de uso del derecho a la propia imagen. El legislador de los años ochenta no pudo prever que la imagen de una persona pudiera llegar a reproducirse millones de veces en una red social.

Este supuesto fue tratado por la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2017 (*RJ* 2018, 302) que, apoyándose en la doctrina constitucional sobre el derecho a la propia imagen, desautorizó que la fotografía del familiar de un fallecido, contenida en una red social, fuese publicada posteriormente en un periódico. Fundamentó su decisión en que el hecho de que el titular de una cuenta abierta en una red social, haya «subido» una fotografía suya que se hace así accesible al público en general, «no autoriza a un tercero a reproducirla en un medio de comunicación sin el consentimiento del titular, porque tal actuación no puede considerarse una consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes en un perfil público de una red social en Internet. La finalidad de una cuenta abierta en una red social en Internet es la comunicación de su titular con terceros y la posibilidad de que esos terceros puedan tener acceso al contenido de esa cuenta e interactuar con su titular, pero no que pueda publicarse la imagen del titular de la cuenta en un medio de comunicación. El consentimiento del titular de la imagen para que el público en general, o un determinado número de personas, pueda ver su fotografía en un blog o en una cuenta abierta en la web de una red social no conlleva la autorización para hacer uso de esa fotografía y publicarla o divulgarla de una forma distinta, pues no constituye el “consentimiento expreso” que prevé el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982 como excluyente de la ilicitud de la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona».

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 10 de mayo de 2017 (*JUR* 2017, 174442), tras razonar que el consentimiento del interesado debe versar «sobre su concreta publicación en un determinado medio de comunicación social —Sentencias de 24 de abril de 2000 y 7 de julio de 2004—», añade que habiendo sido requerida la demandada mediante correo electrónico para que procediese a la retirada de la imagen del demandante, no cabe duda que la permanencia de algunas de ellas en la red, como lo demuestran las capturas de pantalla presentadas con la demanda, «constituyen una intromisión legítima al derecho fundamental de la propia imagen del actor, en cuanto claramente inconsentida». Sentencia corroborada por otra de la misma Audiencia Provincial de 20 de julio de 2018 (*JUR* 2018, 284984), al decir que la difusión de fotografías en una red social con imágenes distorsionadas del demandado, el uso por la demandada en las redes de un apellido significativo como el del actor contra la prohibición expresa de este y por más que dicho apellido puedan compartirlo otros usuarios y los comentarios que se refieren al actor realizados en la red social cuya retirada se solicita, «a la que tiene derecho según lo expuesto, constituyen desde que inequívocamente el demandante niega su consentimiento a que continúe la difusión, una intromisión en el derecho a la propia imagen en la forma que venimos

declarando, que obliga a estimar la demanda incluyendo la obligación de retirada de las fotografías y comentarios».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2018 (*RJ* 2018, 2832) también se ocupa de la publicación en una red social de fotografías de personas. Después de recordar que el derecho a la propia imagen otorga la facultad de impedir tanto su captación, como su reproducción o publicación, por ejemplo, en una red social, llega a la conclusión de que en el caso analizado concurren las circunstancias que excluyen el carácter ilegítimo de la afectación a tal derecho: la primera, es que la captación de la imagen se hizo en eventos públicos, en compañía de otras personas y con consentimiento del afectado; la segunda, que el afectado no puso objeción a la publicación de su imagen en las redes sociales. En estos casos, la inclusión de una imagen de una persona en un mensaje enviado por una red social puede considerarse una consecuencia natural «de la publicación consentida de la imagen en un determinado sitio web de acceso general». Y termina diciendo la sentencia que no obsta la ilegitimidad de la publicación de las imágenes el hecho de estar disponibles en Internet si es evidente, por las circunstancias, que las mismas constituyen una intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad. «En tales casos, resulta indudable que la publicación previa se ha realizado sin el consentimiento del afectado, por lo que la previa publicación en Internet, por su carácter ilegítimo, no legitima la reutilización pública de tales imágenes».

C) Ofensas y su contexto

Con apoyo en criterios lingüísticos y semánticos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2018 (*RJ* 2018, 4074) deja a un lado una concepción abstracta del lenguaje (estrictamente sintáctica o semántica) en beneficio de una concepción pragmática, según la cual el lenguaje, como actividad humana de orden práctico, debe considerarse en relación con su contexto. En un contexto de enfrentamiento, las manifestaciones publicadas en una cuenta de una red social, «el uso de un tono sarcástico, la referencia a la condición profesional del demandante o tildarle de “eminente”, pueden resultar molestas para este, pero no tienen la intensidad ofensiva suficiente para constituir una intromisión ilegítima en un derecho fundamental, como es del derecho al honor».

D) Libertad de expresión y derecho al honor

En lo concerniente al derecho al honor, la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 4 diciembre de 2012 (*RJ* 2013, 195), referente a unas

manifestaciones vertidas en una página web (que no era red social), tuvo presente que si bien el artículo 20 de la Constitución garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, «la opinión pública libre, no se da en el derecho al honor». Con motivo de la publicación en una red social de determinados comentarios, la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2019 (2019\1214) parte de que la libertad de expresión tiene su límite especialmente en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. El artículo 10 del Convenio Europeo para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, establece que «toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencias de las autoridades públicas y sin consideración de fronteras. Cuando se plantea un conflicto entre la libertad de expresión y derecho al honor, como han declarado el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, la ponderación necesaria para resolverlo ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica, que sobre los derechos de la personalidad del artículo 18.1 de la Constitución Española ostenta el derecho a la libertad de expresión del artículo 20.1.a).

Continúa razonando el Tribunal que «los criterios más relevantes para realizar la ponderación que permita concluir si el derecho a la libertad de expresión debe o no prevalecer sobre el derecho a honor en cada supuesto en que se produce un conflicto entre los mismos son, en primer lugar, la relevancia pública o el interés general de la cuestión sobre las que se han vertido las opiniones, ya sea por la propia materia a la que alude la noticia o el juicio de valor, ya sea por razón de las personas, esto es, porque se proyecte sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, o por ambas. En segundo lugar, la necesaria proporcionalidad en la difusión de las opiniones, pues se proscribe el empleo de expresiones manifiestamente injuriosas, vejatorias, que no guarden relación o que no resulten necesarias para transmitir la opinión o la idea crítica»⁶².

E) Libertad de información y veracidad

Sobre la libertad de información, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2019 (*RJ* 2019, 1376) rechaza las imputaciones a una persona de hechos no veraces, incluso aunque las acusaciones comunicadas y publicadas tuvieran un interés general. La libertad de información no puede justificar la comunicación de hechos falsos, máxime cuando afectan a la consideración pública de una persona. Termina rechazando la sentencia que se informara a través de una red social de un comportamiento que

nunca tuvo lugar, «pues ni la Constitución ni la Ley Orgánica 1/1982 ni la jurisprudencia amparan que frente a unos determinados hechos reprobables se reaccione exagerándolos hasta la mendacidad para, así, suscitar un mayor reproche social hacia la persona que nunca llevó su comportamiento hasta el extremo que se le imputa».

VI. CONCLUSIONES

I. La comunicación electrónica es la que tiene lugar por medios electromagnéticos. Puede ser radiofónica, audiovisual, telegráfica, telefónica o telemática. Internet es una red de comunicación telemática que, aunque puede ser de propiedad privada, se la califica legalmente de pública por estar abierta a la utilización de cualquiera, y está sujeta en su funcionamiento a la Ley General de Telecomunicaciones y normativa complementaria.

Esta Red conecta dispositivos electrónicos de propiedad pública o privada, que pueden guardar, estructurar o reproducir la información que circula por ella, denominados servidores.

II. Para que un ordenador pueda acceder a Internet, es decir, a la red de transmisión y a sus servidores, y enviar y recibir datos, es preciso celebrar un contrato con un operador de telecomunicaciones, que marca la posición del dispositivo al que da acceso con un número llamado IP. Siendo posible llegar a un ordenador utilizando, en lugar de su numeración de localización, un nombre llamado de dominio.

II. En Internet prestan sus servicios empresas informáticas, sujetas a la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del comercio electrónico. Entre ellas están las que facilitan programas de navegación o exploración, las que poseen servidores para alojar información perteneciente a otras personas, o las que se constituyen en depositarias de servidores ajenos.

Los servidores, junto con los programas o funciones de que están dotados, y las personas que los manejan, constituyen sistemas de información. Esta se muestra en forma de sitios web o sitios de Internet, visibles a través de páginas electrónicas o páginas web.

IV. Un tipo especial de sistemas de información lo constituyen los servidores de las empresas que utilizan programas informáticos con el fin de gestionar redes sociales. Para formar parte de una red social, debe celebrarse un contrato con este tipo de empresas, que es además un contrato de la sociedad de la información. Quien lo celebra puede pasar a formar parte unidas por el programa de red social de la empresa propietaria.

V. La gran cantidad de información vertida por el público en las redes sociales produce intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen. El Tribunal Supremo

ha desestimado la comunicación de información a una red social cuando, sin la existencia de un interés legítimo superior, se han publicado cuestiones relativas a la salud, intimidad personal, imágenes de personas sin su consentimiento, manifestaciones ofensivas y atentados al honor. O se han divulgado informaciones que no se ajustan a la verdad.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUSTINOY GUILAYN, A. (2017). *Internet domain names*. Cizur menor: Thomson Reuters.
- ALONSO GARCÍA, J. (2015). *Derecho penal y redes sociales*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi.
- APARICIO SALOM, J. y SANNFULGENCIO TOMÉ, S. (2014). El régimen jurídico de las *cookies* y su aplicación por la Agencia Española de Protección de datos. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, disponible en https://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/publicaciones/docs/1405523629es.pdf.
- BARRIO ANDRÉS, M. (2013). *El Internet de las cosas*. Madrid: Reus Editorial.
- (2017). *Fundamentos del Derecho de Internet*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- CARRASCOSA LÓPEZ, V. (1999). *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual*. Granada: Editorial Comares.
- CASTILLO PARILLA, J. A. (2016). El contrato de suministro de contenidos digitales y los contratos de desarrollo de software y creación web en el derecho de consumidores. De la propuesta CESL y la Directiva 2001/83/UE a la propuesta de Directiva 634/2015, de 9 de diciembre. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 17/2016, 45-61, disponible: <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1040>.
- CLEMENTE MEORO, M. E. (2003). Responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información. En *Responsabilidad civil y contratos en internet*, Granada: Editorial Comares.
- DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, L. J. (2015). *Implicaciones Socio-Jurídicas de las Redes Sociales*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi.
- DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. (2015). *Manual de Derecho Informático*. Cizur Menor: Thomson Reuters.
- (2002-2003). *La consideración de Internet como servicio universal de telecomunicaciones*. XVII Encuentros sobre Informática y Derecho, Universidad Pontificia de Comillas.
- DE ANDRÉS BLASCO, J. (2015). *Principios de Derecho de Internet*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DE MIGUEL ASENSIO, P. A. (2015). *Derecho Privado en Internet*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi.
- DEL ROSARIO SANFELIU, S. (2003). *La nueva ley de Internet*. J. Cremades y J. L. González Montes (coord.). Madrid: La Ley.
- ECIJA BERNAL, A. y SÁIZ PEÑA, C. A. (2002). *Contratos de Internet. Modelos y formularios prácticos*. Cizur Menor: Aranzadi.

- FAIÑA CAÑADAS, A. (2018). Deep Web: La cara oculta de Internet. *Revista de la Mutualidad de la Abogacía*, núm. 140, disponible en <https://www.mutualidadabogacia.com/deepweb>.
- GRIMALT SERVERA, A. (2013). Los menores e internet: capacidad versus protección de la vida privada. En M. Cuenca Casas, L. A. Anguita Villanueva y J. Ortega Domenech (coord.). *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín Rams Albesa*. Madrid: Editorial Dykinson.
- GUNKEL, DAVID, J. (2016). Paradigm Shift: Media Ethics in the Age of Intelligent Machines. En *Controversies in Digital Ethics*. Bloomsbury. Edited by Amber Davisson and Paul Booth.
- MAGRO SERVET, V. (2014). Acerca del nuevo derecho expropiatorio y de constitución de servidumbres en comunidades por las empresas de telefonía móvil en la Ley 9/2014, de 9 de mayo de telecomunicaciones. *Revista de Derecho Inmobiliario*.
- MALARET GARCÍA, E. (2015). Servicios excluidos del ámbito de aplicación de la Ley General de Telecomunicaciones. En T. de la Cuadra-Salcedo y Fernández del Castillo (dir.). *Derecho de las Telecomunicaciones*. Cizur Menor: Thomson Reuters.
- MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.^a M. (2014). *Informática jurídica para estudiantes de Derecho*. Madrid: Editorial Tecnos.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (2012). *Derecho y cloud computing*. Cizur Menor: Thomson Reuters.
- MONTERO RODRÍGUEZ, J. y LÓPEZ-NEIRA DE LA TORRE, I. (2003). *Derecho de la Competencia e Internet, Regulación y competencia en telecomunicaciones*. Madrid: Editorial Dykinson.
- ONTIVEROS RODRÍGUEZ, F. y MORA LORENZO, C. (2003). La contratación electrónica. *Revista La Ley*, núm. 5730, 1-5.
- RIBAS ALEJANDRO, J. (2008). *Comentarios a la Ley 56/2007 de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información*. Madrid: Civitas.
- ROGERS, KEVIN M. (2011). *The Internet and the law*. Hampshire: Palgrave Macmillan.
- SÁNCHEZ BLANCO, M. (2008). *Jurisprudencia de telecomunicaciones*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, F. (2013). La seguridad de las infraestructuras críticas frente a las ciberamenazas. En *Ciberamenazas y redes sociales*. Madrid: Ministerio del Interior, Madrid.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, A. J. (2002). Títulos habilitantes para la prestación de servicios en Internet. En J. Cremades, M. A. Fernández-Ordóñez y R. Illescas (coord.). *Régimen Jurídico de Internet*. Madrid: La Ley.
- SCHWABACH, A. (2014). *Internet and the Law: technology, society, and compromises*. California: ABC-CLIO, LLC.
- SERRANO CALLE, S. y PÉREZ MARTÍNEZ, J. (2015). Ley General de Telecomunicaciones y el ecosistema Internet. En T. de la Cuadra-Salcedo y Fernández del Castillo (dir.). *Derecho de las Telecomunicaciones*. Cizur Menor: Thomson Reuters.
- TEJADA DE LA FUENTE, E. (2017). La conservación de datos informáticos con fines de investigación criminal; requisitos y condiciones para su incorporación

- al proceso penal. En J. I. Zaragoza Tejada (coord.). *Investigación Tecnológica y Derechos Fundamentales*. Cizur Menor: Thomson Reuters.
- TEJEDOR MUÑOZ, L. (2011). Hosting o administradores de servicios de páginas web e intromisión al derecho al honor: la responsabilidad civil en el marco de la sociedad de la información. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 727, 2901-2926.
- VILLÉN SOTOMAYOR, M. (2006). La red y su evolución y utilización para actividades ilícitas. En *Cuadernos de Derecho Judicial* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, III, 13-17.
- YAGUAS GÓMEZ, R. (2012). *Contratos de conexión a Internet, Hosting y Búsqueda*. Cizur Menor: Thomson Reuters.

IX. INDICE DE SENTENCIAS

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 19 de julio de 2002 (*RJ* 2002, 8547)
- STS de 10 de mayo de 2010 (*RJ* 2010, 4848)
- STS de 4 diciembre de 2012 (*RJ* 2013, 195)
- STS de 7 de enero de 2013 (*RJ* 2014, 773)
- STS de 15 de febrero de 2017 (*RJ* 2018, 302)
- STS de 20 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 4039)
- STS de 23 de noviembre de 2018 (*RJ* 2018, 5456)
- STS de 20 de julio de 2018 (*RJ* 2018, 2832)
- STS de 28 de septiembre de 2018 (*RJ* 2018, 4074)
- STS de 3 de abril de 2019 (2019, 1214)
- STS de 23 abril de 2019 (*RJ* 2019, 1376)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Madrid de 12 abril de 2004 (*AC* 2004, 1170)
- SAP de Madrid de 21 de noviembre de 2005 (*AC* 2006, 284)
- SAP de Madrid de 6 de febrero de 2006, (C 2006, 188)
- SAP de Salamanca de 3 de abril de 2006 (*JUR* 2006, 249531)
- SAP de Cádiz de 19 de enero de 2007 (*AC* 2007, 1018)
- SAP de Madrid de 14 de enero de 2008 (*AC* 2008, 785)
- SAP de Madrid de 17 de febrero de 2010 (*AC* 2010, 523)
- SAP de Asturias de 18 de septiembre de 2012 (*JUR* 2012, 369519)
- SAP de Madrid de 29 de noviembre de 2012 (*AC* 2013, 67)
- SAP de Asturias de 10 de mayo de 2017 (*JUR* 2017, 174442)

- SAP de Madrid de 4 de diciembre de 2017 (*AC* 2017, 1593)
- SAP de Asturias de 20 de julio de 2018 (*JUR* 2018, 284984)
- SAP de La Coruña de 28 de diciembre de 2018 (*AC* 2019, 186)

JUZGADOS DE LO MERCANTIL

- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Pamplona de 9 de enero de 2007 (*AC* 2007, 330)

NOTAS

¹ Es el caso de un acta notarial de manifestaciones o referencia. El artículo 208 del Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba el Reglamento de organización y régimen del Notariado dispone que «en las actas de referencia se observarán iguales requisitos que en las de presencia, pero el texto será redactado por el notario de la manera más apropiada a las declaraciones de los que en ellas intervengan, usando las mismas palabras, en cuanto fuere posible, una vez advertido el declarante por el notario del valor jurídico de las mismas en los casos en que fuese necesario».

² Otras normas del ordenamiento sectorial de telecomunicaciones son: la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en cuanto a telecomunicaciones y sociedad de la información; la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones y la Ley 3/2013, de 4 de junio, para la supervisión y control del mercado de las comunicaciones electrónicas. Sin perjuicio de lo previsto en la normativa específica sobre telecomunicaciones relacionadas con la defensa nacional, la seguridad pública, la seguridad vial y la protección civil (art. 4 LGTel).

³ Cfr. Anexo II.39 LGTel.

⁴ La cuestión de que es posible interactuar con máquinas inteligentes ha sido estudiada por GUNKEL, DAVID J. (2016). *Paradigm Shift: Media Ethics in the Age of Intelligent Machines*. En *Controversies in Digital Ethics*. Bloomsbury. Edited by Amber Davisson and Paul Booth. 233. Llama la atención que dichas máquinas pueden incluso hacernos recomendaciones.

⁵ Sobre el tema de la evolución de Internet «desde una red de ordenadores interconectados hasta una red de objetos interconectados», *Vid.* BARRIO ANDRÉS, M. (2018). *El Internet de las cosas*. Madrid: Reus Editorial, 18 y sigs.

⁶ Cfr. artículo 2.8 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual.

⁷ Cfr. Anexo II. 21 LGTel.

⁸ Otra exposición pormenorizada sobre la evolución de Internet se contiene en SCHWABACH, A. (2014). *Internet and the Law: technology, society, and compromises*. California: ABC-CLIO, LLC, 155.

⁹ Cfr. Anexo II, 31 LGTel.

¹⁰ Cfr. artículos 3 j), 8, 25 y 27 LGTel y 3 a) de la Carta de la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas, aprobada por Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo (en adelante CDUSCE).

¹¹ Entre otros citamos a:

— DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, M. A. (2002-2003). *La consideración de Internet como servicio universal de telecomunicaciones*. XVII Encuentros sobre Informática y Derecho, Universidad Pontificia de Comillas, 289 a 313.

— MONTERO RODRÍGUEZ, J. y LÓPEZ-NEIRA DE LA TORRE, I. (2003). *Derecho de la Competencia e Internet, Regulación y competencia en telecomunicaciones*. Madrid: Editorial Dykinson, 492.

¹² Vid. SÁNCHEZ GÓMEZ, F. (2013). La seguridad de las infraestructuras críticas frente a las ciberamenazas, en *Ciberamenazas y redes sociales*. Madrid: Ministerio del Interior, 85 y sigs.

¹³ En cuanto quorum de un tercio de los integrantes de la comunidad que representen, a su vez, un tercio de las cuotas de participación, para la adopción de acuerdos sobre instalación de infraestructuras comunes de telecomunicaciones, Vid. MAGRO SERVET, V. (2014). Acerca del nuevo derecho expropiatorio y de constitución de servidumbres en comunidades por las empresas de telefonía móvil en la Ley 9/2014, de 9 de mayo de telecomunicaciones. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*.

¹⁴ Cfr. artículo 2 b) de la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002, y Anexo II. 18 y 32 LGTel.

¹⁵ Respecto a los nodos de telecomunicaciones y a los identificadores, puede verse SÁNCHEZ BLANCO, M. (2008). *Jurisprudencia de telecomunicaciones*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 329-336.

¹⁶ Cfr. cuenta 217 del Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre.

¹⁷ Cfr. artículo 96.1 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual 1/1996, de 12 de abril (en adelante TRLPI).

¹⁸ En lo concerniente a la protección jurídica de las topografías de los productos semiconductores, Vid. DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. (2015). *Manual de Derecho Informático*. Cizur Menor: Thomson Reuters, 168 y sigs

¹⁹ Cfr. Anexo II. 14 y 28 LGTel.

²⁰ Cfr. artículo 69. Tres. 3.º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, LIVA).

²¹ Cfr. Anexo II.35 LGTel.

²² Cfr. Anexo II.26 LGTel.

²³ Cfr. Anexo II.17 LGTel.

²⁴ Cfr. artículos 6.2 y 7 LGTel, y 5, 6 y 7 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.

²⁵ Realiza un estudio de la naturaleza jurídica del contrato de acceso a Internet YAGUAS GÓMEZ, R., (2012). *Contratos de conexión a Internet, Hosting y Búsqueda*. Cizur Menor: Thomson Reuters, 141.

²⁶ Cfr. Definición 26 Anexo LGTel.

Los operadores de acceso también reciben el nombre de *Internet Service Providers*, o ISPs. Vid. SERRANO CALLE, S. y PÉREZ MARTÍNEZ, J. (2015). Ley General de Telecomunicaciones y el ecosistema Internet. En T. de la Cuadra Salcedo y Fernández del Castillo (dir.). *Derecho de las Telecomunicaciones*. Cizur Menor: Thomson Reuters, 808.

²⁷ Recogen los principales tipos de conexión:

— SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, A. J. (2002). Títulos habilitantes para la prestación de servicios en Internet. En J. Cremades, M. A. Fernández-Ordóñez y R. Illescas (coord.). *Régimen Jurídico de Internet*. Madrid: La Ley, 316.

— VILLÉN SOTOMAYOR, M. (2006). La red y su evolución y utilización para actividades ilícitas, *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, III, 13-17.

²⁸ Cfr. artículos 25.1 LGTel, 4.2.a) CDUSCE y 28.1 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril. En relación son el servicio de banda ancha para acceder a Internet, el prestador no podrá hacer a usuario una oferta cuya velocidad máxima publicitada sea superior a la que permita la tecnología.

²⁹ Cfr. Anexo II. 9 LGTel.

³⁰ Vid. DE ANDRÉS BLASCO, J. (2015). *Principios de Derecho de Internet*. Valencia: Tirant lo Blanch, 594.

³¹ Lleva a cabo un desarrollo pormenorizado del tema FAIÑA CAÑADAS, A. (2018). Deep Web: La cara oculta de Internet. *Revista de la Mutualidad de la Abogacía*, núm. 140, disponible en <https://www.mutualidadabogacia.com/deepweb>.

³² Sobre el contenido comunicado, Vid. TEJADA DE LA FUENTE, E. (2017). La conservación de datos informáticos con fines de investigación criminal; requisitos y condiciones para su incorporación al proceso penal. En J. I. Zaragoza Tejada (coord.). *Investigación Tecnológica y Derechos Fundamentales*, Cizur Menor: Thomson Reuters, 80.

³³ Son también atinentes a los nombres de dominio las Disposiciones Adicionales Sexta (Sistemas de asignación de nombres del dominio bajo el «.es»), Octava (colaboración de los registros de nombres de dominio establecidos en España en la lucha contra actividades ilícitas) y Novena (gestión de incidentes de ciberseguridad que afecten a Internet) de la LSSI.

³⁴ En cuanto a la naturaleza jurídica de los nombres de dominio, su transmisión y el contrato de registro, AGUSTINOY GUILAYN, A. (2017). *Internet domain names*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 15 y sigs

³⁵ Artículo 34 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas. «Derechos conferidos por una marca: 3. Cuando se cumplan las condiciones enunciadas en el apartado 2, podrá prohibirse en particular: f) Usar el signo en redes de comunicación telemáticas y como nombre de dominio».

Artículo 51 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas. «Causas de nulidad absoluta: 1. El registro de la marca podrá declararse nulo mediante solicitud presentada ante la Oficina Española de Patentes y Marcas o mediante demanda reconvencional en una acción por violación de marca: f) Cuando al presentar la solicitud de marca el solicitante hubiera actuado de mala fe».

³⁶ Artículo 6 párrafo primero de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal: «Se considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos».

Artículo 9, párrafo primero, de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal: «Se considera desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes».

Artículo 12 párrafo primero, de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal: «Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado».

³⁷ Aprobados por la ICANN el 24 de octubre de 1999 y el 28 de septiembre de 2004, respectivamente.

³⁸ El artículo 4 de la Política Uniforme de Solución de controversias dispone: «a. Procedimiento administrativo obligatorio.

El presente párrafo establece el tipo de controversias en las que usted deberá someterse a un procedimiento administrativo obligatorio. Este procedimiento se llevará a cabo ante uno de los proveedores de servicios de solución de controversias administrativas que figuran en www.icann.org/ludrplapproved-providers.htm (cada uno de ellos un «proveedor»).

a. Controversias aplicables. Usted estará obligado a someterse a un procedimiento administrativo obligatorio en caso de que un tercero (un «demandante») sostenga ante el proveedor competente, en cumplimiento del Reglamento, que:

i) usted posee un nombre de dominio idéntico o similar hasta el punto de crear confusión con respecto a una marca de productos o de servicios sobre la que el demandante tiene derechos; y

ii) usted no tiene derechos o intereses legítimos respecto del nombre de dominio; y

iii) usted posee un nombre de dominio que ha sido registrado y se utiliza de mala fe».

En el procedimiento administrativo, el demandante deberá probar que están presentes cada uno de estos tres elementos.

³⁹ Además de la necesaria colaboración de un ordenador intermedio llamado servidor de dominio.

⁴⁰ Con un enfoque distinto, MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.^a M. (2014). *Informática jurídica para estudiantes de Derecho*. Madrid: Editorial Tecnos, 35, distingue entre búsqueda de información en sentido estricto y búsqueda de la llamada metainformación (información sobre la información).

⁴¹ Cfr. artículo 69. Tres. 4.º LIVA.

⁴² Cfr. artículo 2 de la Directiva 2013/40/ UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de agosto de 2013 relativa a los ataques contra los sistemas de información.

⁴³ En lo referente a este tema, puede verse MALARET GARCÍA, E. (2015). Servicios excluidos del ámbito de aplicación de la Ley General de Telecomunicaciones. En T. de la Cuadra-Salcedo y Fernández del Castillo (dir.). *Derecho de las Telecomunicaciones*. Cizur Menor: Thomson Reuters, 125.

⁴⁴ Es un contrato distinto al de copia o alojamiento provisional de los datos facilitados por los usuarios en un servidor cercano a estos, con el fin de conseguir una mayor velocidad a la hora de volver a consultar los mismos. Guarda temporal que, conocida como memoria caché, está regulada en el artículo 16 LSSI.

⁴⁵ YAGUAS GÓMEZ. Distingue que el *hosting* esté gestionado o no gestionado, *ob. cit.*, 318 y 318. En el primer caso, el prestador del servicio se asegura de que «el almacenamiento y la accesibilidad de los datos se producirá a requerimiento del usuario, adoptando para ello todas las medidas que sean necesarias para la consecución de este fin»; en el segundo, «las tareas de mantenimiento del sistema corresponderán a propio usuario, que adoptará el papel de administrador del mismo».

⁴⁶ En cuanto al tema de la responsabilidad por los contenidos ajenos alojados, *vid.*:

– DEL ROSARIO SANFELIU, S. (2003). *La nueva ley de Internet*. J. Cremades y J. L. González Montes (coord.) Madrid: La Ley, 229 a 244, 231, hace la observación de que un deber de control y vigilancia de los contenidos digitales alojados sí estaba previsto en el Anteproyecto de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico.

– CLEMENTE MEORO, M. E. (2003). Responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información. En *Responsabilidad civil y contratos en internet*. Granada: Editorial Comares, 15.

– TEJEDOR MUÑOZ, L. (2011). Hosting o administradores de servicios de páginas web e intromisión al derecho al honor: la responsabilidad civil en el marco de la sociedad de la información. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 727, 2901-2926, con una profusa exposición de la evolución legislativa y alcance de esta responsabilidad.

⁴⁷ Un examen de los contratos de alojamiento de datos (o *posting*) y alojamiento de servidores (o *housing*) se encuentra en:

– RIBAS ALEJANDRO, J. (2008). *Comentarios a la Ley 56/2007 de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información*. Madrid: Civitas, 141-143.

– MARTÍNEZ MARTÍNEZ R. (2012). *Derecho y cloud computing*. Cizur Menor: Thomson Reuters, 23.

– BARRIO ANDRÉS, M. (2017). *Fundamentos del Derecho de Internet*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 387.

⁴⁸ En lo tocante a las redes sociales y a las posibilidades de la web 2.0, véase:

– DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, L. J. (2015). *Implicaciones Socio-Jurídicas de las Redes Sociales*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 213.

– ROGERS, KEVIN M. (2011). *The Internet and the law*. Hampshire: Palgrave Macmillan, 213.

⁴⁹ Cfr. Considerando 19 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores.

⁵⁰ En referencia a los contenidos digitales, *Vid.* CASTILLO PARILLA, J. A. (2016). El contrato de suministro de contenidos digitales y los contratos de desarrollo de software y creación web en el derecho de consumidores. De la propuesta CESL y la Directiva 2001/83/UE a la propuesta de Directiva 634/2015, de 9 de diciembre. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 17/2016, 45-61, disponible: <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1040>.

Tanto respecto a los elementos de la página web como a los contenidos, CARRAS-COSA LÓPEZ, V. (1999). *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual*. Granada: Editorial Comares, 156.

⁵¹ Analizan la finalidad, marco regulador, naturaleza y contenido del contrato de diseño de página web:

– ECIJA BERNAL, A. y SÁIZ PEÑA, C. A. (2002). *Contratos de Internet. Modelos y formularios prácticos*. Cizur Menor: Aanzadi, 15 y sigs.

– DE MIGUEL ASENSIO, P. A. (2015). *Derecho Privado en Internet*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 97.

⁵² En relación a la función de las *cookies*, puede verse DE ANDRÉS BLASCO, J., *ob. cit.*, 593.

⁵³ Si bien existen a las *cookies* exoneradas del deber de solicitar el consentimiento para su instalación:

– El Dictamen 4/2012 del Grupo de Trabajo del artículo 29 y la *Guía sobre el uso de las cookies* de la Agencia Española de Protección de datos, disponible en http://www.residencia.csic.es/informacion/pdf/privacidad_cookies.pdf.

– APARICIO SALOM, J. y SANFULGENCIO TOMÉ, S., El régimen jurídico de las cookies y su aplicación por la Agencia Española de Protección de datos. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, disponible en https://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/publicaciones/docs/1405523629es.pdf

⁵⁴ Otros servicios de intermediación son los de correo electrónico, mensajería, instantánea, blogs o la provisión de buscadores.

⁵⁵ Respecto a los intermediarios técnicos en el proceso de transmisión de datos, puede verse MALARET, E., *op. cit.*, 111.

⁵⁶ Realizan un estudio completo de la contratación electrónica, los requisitos para su validez y eficacia, forma y formación, ONTIVEROS RODRÍGUEZ, F. y MORA LORENZO, C. (2003). La contratación electrónica. *Revista La Ley*, núm. 5730, 1-5.

En cuanto a los contratos celebrados por vía electrónica, sus requisitos y el archivo de las correspondientes declaraciones de voluntad en el soporte informático de un tercero de confianza, *Vid.* DAVARA RODRÍGUEZ, M. A., *op. cit.*, 262 y 263.

⁵⁷ Abordan las diferentes modalidades de redes sociales *Vid.* AGUSTINOY GUILAYN, A. y MONCLÚS RUIZ, J., *ob. cit.* 21.

⁵⁸ El Grupo de Trabajo fue creado a partir del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE del parlamento europeo y del consejo de 24 de octubre de 1995, sobre tratamiento de datos personales y libre circulación de esos datos. Sus funciones se describen en el artículo 30 de esta Directiva 95/46/CE y el artículo 15 de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas). Su Dictamen sobre redes sociales está disponible en <http://studylib.es/doc/3549090/dictamen-5-2009-sobre-las-redes-sociales>.

⁵⁹ *Vid.* AGUSTINOY GUILAYN, A. y MONCLÚS RUIZ, J., *ob. cit.* 20.

⁶⁰ Vid. BARRO ANDRÉS, M., *ob. cit.*, 402.

⁶¹ Vid. ALONSO GARCÍA, J. (2105). *Derecho penal y redes sociales*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 21.

⁶² La libertad de expresión tiene su límite en los derechos reconocidos a los demás por las leyes. Son oportunas las palabras de GRIMALT SERVERA, A. (2013). Los menores e internet: capacidad versus protección de la vida privada. En M. Cuenca Casas, L. A. Anguita Villanueva y J. Ortega Domenech (coord.). *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín Rams Albesa*. Madrid: Editorial Dyknsen, 193. Escribe este autor que cuando escribe que la libertad de expresión, como manifestación de ideas, «permite la emisión de juicios de valor, de opiniones, la crítica en general, aun cuando al misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pero no autoriza manifestaciones ultrajantes u ofensivas (la libertad de expresión no otorga un derecho al insulto)».

*(Trabajo recibido el 20-6-2019 y aceptado
para su publicación el 7-11-19)*

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Acoso escolar y responsabilidad civil extracontractual

Bullying and extracontractual civil liability

por

ALBERTO JOSÉ FERRARI PUERTA
Colaborador Honorífico. UCM

RESUMEN: En el trabajo se pretende abordar el acoso escolar desde la perspectiva de la responsabilidad civil extracontractual. Se estudian en él los diferentes sistemas de responsabilidad civil aplicables en supuestos de este tipo de acoso, analizando de forma detallada los dos que se aplican en la inmensa mayoría de los casos: la responsabilidad civil pura y la derivada de delito cometido por menor de edad. Ahondaremos en la responsabilidad que tienen en cada uno de estos sistemas tanto el propio menor acosador (responsabilidad civil por hecho propio) como sus padres y los titulares de los centros docentes en los que estudia (responsabilidad civil por hecho ajeno). A partir de dicho análisis, se determinará si esta diversidad de sistemas es adecuada o si, por el contrario, sería recomendable la unificación de todos ellos en un sistema único de responsabilidad civil.

ABSTRACT: *This academic article deals with extracontractual civil liability derived from bullying. The article delves into the different extracontractual liability systems that are applicable to bullying cases. In order to this objective, the article analyses profusely the two most frequent extracontractual liability systems in bullying cases: general extracontractual civil liability and civil li-*

ability derived from a criminal offence. In each of them, the article studies the liability of minors that commit bullying (civil liability arising from an own act) the liability of the parents of that minors and the liability of the owners of the schools where bullying is committed (civil liability for damages caused by others). Through this research, the article will elucidate if this variety of systems is advisable or if, on the contrary, it will be recommendable to unify all of them into a single extracontractual civil liability system.

PALABRAS CLAVE: Acoso escolar. Menores. Responsabilidad civil extracontractual. Responsabilidad civil *ex delicto*. Responsabilidad civil pura. Responsabilidad civil por hecho propio. Responsabilidad civil por hecho ajeno.

KEY WORDS: *Bullying. Minors. Extracontractual civil liability. Civil liability derived from a criminal offence. General extracontractual civil liability. Civil liability arising from an own act, Civil liability for damage caused by others.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL ACOSO ESCOLAR.—III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL ACOSO ESCOLAR: PLURALIDAD DE RÉGIMENES DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL: 1. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO COMETIDO POR MENORES DE EDAD: EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA LORPM: A) Remisión de la LORPM a otras normas en materia de responsabilidad civil. Derecho procesal y sustantivo supletorio respecto de la pieza separada de responsabilidad civil. B) Legitimación activa en la pieza separada de responsabilidad civil: Ministerio Fiscal y perjudicado. C) Legitimación pasiva: responsables civiles de las conductas de acoso escolar a tenor de la LORPM. Especial referencia a los menores emancipados. D) Rasgos definitorios de la responsabilidad del artículo 61.3 LORPM: a) ¿Responsabilidad objetiva, subjetiva o *sui generis*? b) ¿Responsabilidad cumulativa, en cascada o excluyente? E) Moderación de la responsabilidad de padres, tutores y guardadores: el inciso final del artículo 61.3 LORPM.—IV. RESPONSABILIDAD CIVIL PURA EN LOS SUPUESTOS DE ACOSO ESCOLAR: LOS ARTÍCULOS 1902 Y SIGUIENTES DEL CÓDIGO CIVIL: 1. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL PURA Y SU CONCURRENCIA EN SUPUESTOS DE ACOSO ESCOLAR. 2. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MENOR ACOSADOR. 3. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROGENITORES DEL MENOR ACOSADOR. 4. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS CENTROS DOCENTES: A) *Fundamento de la respon-*

sabilidad civil de los centros docentes. Polémica sobre el carácter contractual o extracontractual de la responsabilidad en los centros docentes privados. B) Naturaleza de la responsabilidad de los centros docentes privados: análisis doctrinal y jurisprudencial. C) Límites a la responsabilidad de los centros docentes privados. D) La acción de regreso contra los docentes de los centros privados del artículo 1904.2 del Código civil. E) Caracteres generales de la responsabilidad patrimonial de los centros docentes públicos.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS, ORDENADAS CRONOLÓGICAMENTE Y POR TRIBUNAL DE ORIGEN: 1. AUDIENCIAS PROVINCIALES. 2. TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA. 3. TRIBUNAL SUPREMO. 4. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

I. INTRODUCCIÓN

Si tuviéramos que condensar en una palabra la descripción de la regulación de la responsabilidad civil extracontractual en supuestos de acoso escolar, pocos adjetivos serían, en mi opinión, más precisos que «intrincada», término que el Diccionario de la RAE define como «enredada, complicada, confusa». Esta complejidad viene dada, principalmente, por el hecho de que, como veremos a lo largo de estas páginas, en el caso del acoso escolar no se superponen solo dos sistemas distintos de responsabilidad civil, sino tres.

El primer objetivo de ese trabajo consiste, pues, en estudiar cómo se articula esta diversidad de sistemas y en analizar detalladamente aquellos dos cuya aplicación es preponderante en los casos de acoso escolar: el sistema de responsabilidad civil denominado «puro», regulado en el Código civil, y el derivado del delito cometido por menor de edad, previsto en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor.

Por otra parte, no solo estudiaremos los rasgos definitorios y la articulación normativa de estos sistemas, sino también la aplicación de los mismos por parte de los Tribunales. La razón de que hayamos recurrido principalmente a la jurisprudencia menor radica en la práctica ausencia de sentencias del Tribunal Supremo que resuelvan supuestos de acoso escolar. Ello no obsta para que, a la hora de explicar conceptos como la determinación del daño moral o la responsabilidad de los centros docentes, hayamos recurrido a la cita de sentencias del Alto Tribunal.

Con todo, este análisis es, como acabamos de decir, el primer objetivo del trabajo. El segundo objetivo consiste en desentrañar los problemas que acarrea esta diversidad de sistemas de responsabilidad civil aplicables en supuestos de acoso escolar, lo cual se expondrá, con base en todo el análisis teórico previo, en el apartado de conclusiones.

II. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL ACOSO ESCOLAR

«Gordo, grasiento, asqueroso, ristra de chorizos... Eso le llamaba y todos se reían mucho. Llegaron a reírse tanto que el año en que cumplió nueve ninguno de sus compañeros, absolutamente ninguno, le invitó a su cumpleaños». Así relataba la afamada novelista Almudena GRANDES un episodio de acoso escolar en un artículo publicado en el año 2015 en el diario «El País»¹. Aunque la historia que se narraba en el mismo no era real, la escritora plasmaba en su relato lo que centenares de escolares estaban sufriendo (y siguen haciéndolo en la actualidad) en las aulas de nuestro país². No en vano, la narración no es muy diferente a la que aparece en los hechos probados de numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales de todo el territorio nacional que, tanto en el orden jurisdiccional civil como en el penal, han enjuiciado conductas que pueden definirse como constitutivas de acoso escolar (*bullying* en inglés). El punto de partida de nuestro trabajo será explicar en qué consiste este fenómeno, qué factores son los que lo originan y cuáles son sus rasgos definitorios.

La primera definición del acoso escolar viene dada por el profesor de Psicología sueco Dan OLWEUS, que sería el primero en abordar este fenómeno y en utilizar este término. En su obra principal, *Bullying at school: What we know and what we can do* (1993), OLWEUS afirmó que la situación de acoso se daba cuando «un alumno está expuesto, de forma repetida y durante un tiempo, a acciones negativas que lleva a cabo otro alumno o varios de ellos»³, entendiendo acciones negativas como aquellos comportamientos intencionadamente agresivos, que tienen como objetivo hacer daño a quien los padece. A partir de esta definición, podemos inferir tres rasgos definitorios del acoso escolar: en primer lugar, la situación de desequilibrio de poder que se establece entre el agresor (acosador) y la víctima (acosado), a pesar de que ambos parten de una situación de igualdad (violencia horizontal o entre pares); en segundo lugar, la reiteración en el tiempo de la conducta agresiva; y, en tercer lugar, la existencia de un daño en la integridad física o moral de la víctima como consecuencia de la conducta perpetrada contra ella⁴. A estos tres rasgos se le añade el requisito de que la conducta se encuentre integrada en el ámbito escolar: ello no exige necesariamente que la conducta tenga lugar en el interior del recinto escolar, sino que basta con que se circunscriba al contexto académico⁵. Cabe destacar, por otra parte, que, aunque la mayor parte de la doctrina opina que solo cabe hablar de acoso escolar en la enseñanza primaria y secundaria, algunos autores⁶ entienden que en la enseñanza superior existen también conductas que pueden ser calificadas como acoso escolar. Nuestra opinión coincide con la de la doctrina mayoritaria, puesto que entendemos

que el acoso escolar, como su propio nombre indica, no puede abarcar las conductas de acoso que se produzcan entre estudiantes universitarios⁷, sino que se circunscribe al ámbito de la escuela, entendiendo esta desde los primeros cursos de Educación Infantil hasta el Bachillerato: los elementos configuradores de las relaciones escolares (grupos pequeños, relación de cercanía entre todos los alumnos de una misma clase, disfrute compartido del tiempo de recreo en un mismo espacio, surgimiento en la clase de figuras concebidas como líderes o cabecillas por el resto de compañeros...), en el seno de las cuales surgen las conductas de acoso escolar, distan mucho de los rasgos definitorios de las relaciones entre universitarios. Sin embargo, ello no impide que en el ámbito universitario puedan tener lugar otro tipo de conductas de acoso distintas del acoso escolar, como las célebres «novatadas» que se suelen llevar a cabo en los colegios mayores de buena parte de las universidades españolas.

En lo que se refiere a los factores que influyen en que tenga lugar esta conducta, no han faltado autores que encuentran en el origen del acoso una razón fisiológica, consistente en el desasosiego psicológico ocasionado en los menores por los numerosos cambios que experimentan en su cuerpo durante el tránsito de la infancia a la pubertad, y que puede derivar en un comportamiento agresivo hacia otros⁸. Ello explicaría por qué se suele considerar que el periodo de mayor concentración de casos de acoso escolar se encuentra entre los nueve y los catorce años, reduciéndose notablemente en el periodo de Bachillerato. Otros autores, por el contrario, entienden que las causas de este fenómeno son sociológicas, destacando, entre otras, la preponderancia del culto a lo superficial y a la imagen que se da ante los demás (con el consiguiente rechazo a todos aquellos que no cumplen los estándares o las modas imperantes) o la tendencia de la sociedad a consentir, aunque sea tácitamente, algunas manifestaciones de violencia⁹.

Por otra parte, aunque ha sido en nuestros días cuando se ha tomado conciencia de su existencia, no debemos olvidar que el acoso escolar ha estado siempre presente en nuestra sociedad. Es significativo, en este sentido, la primera afirmación que aparece en la Instrucción 10/2005 de la Fiscalía General del Estado, sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil: «El problema del acoso escolar se ha caracterizado hasta hace bien poco por ser un fenómeno oculto, [...] pese a haber estado presente desde siempre en las relaciones entre los menores en los centros educativos y fuera de los mismos»¹⁰. Así, no se trata realmente de un problema de nuestro tiempo, sino de un problema de siempre abordado en nuestro tiempo.

III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL ACOSO ESCOLAR: PLURALIDAD DE RÉGIMENES DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

En el ordenamiento jurídico español han coexistido tradicionalmente dos regímenes de responsabilidad civil: el derivado del delito, contemplado en el artículo 1092 del Código civil (que remite a las normas de responsabilidad civil contenidas en el Código penal, concretamente en los arts. 109 a 122 del mismo) y el denominado como «puro», al que se refiere el artículo 1093 del Código civil y cuyas normas rectoras se encuentran en este mismo Código (arts. 1902 y sigs.). A esta dualidad de regímenes (muy criticada por la práctica totalidad de la doctrina civilista, que entiende que ambos deberían unificarse) se le debe añadir un tercero: el que se contempla en los artículos 61 a 64 de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante, LORPM). Este último régimen de responsabilidad civil deberá aplicarse a aquellos supuestos en los que un menor que sea mayor de catorce años y menor de dieciocho cometa un ilícito penal.

Teniendo en cuenta que la inmensa mayoría de las conductas de acoso son protagonizadas por alumnos menores de edad¹¹, en el presente trabajo solo analizaremos los dos regímenes principales de responsabilidad civil que se dan en supuestos de acoso escolar: el sistema de la LORPM y el sistema de responsabilidad civil «puro» previsto en los artículos 1902 y siguientes del Código civil.

1. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO COMETIDO POR MENORES DE EDAD: EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA LORPM

A) Remisión de la LORPM a otras normas en materia de responsabilidad civil. Derecho procesal y sustantivo supletorio respecto de la pieza separada de responsabilidad civil

La LORPM contiene en su articulado una serie de remisiones a otras normas sustantivas en materia de responsabilidad civil, que se aplican, por tanto, de forma directa en la jurisdicción de menores: así, el artículo 62 LORPM remite expresamente a las normas sobre extensión de la responsabilidad civil previstas en los artículos 109 a 115 del Código penal.

Por su parte, en lo que se refiere al Derecho sustantivo aplicable de forma supletoria en esta materia, la disposición final 1.º de la LORPM establece que serán aplicables los artículos 116 a 122 del Código penal, relativos a las personas civilmente responsables de los delitos.

En cuanto al Derecho procesal, cabe destacar que, antes de la reforma de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, existía una continua discusión doctrinal sobre cuál era el Derecho supletorio de primer grado aplicable a la pieza separada de responsabilidad civil: mientras que algunos autores entendían que debía ser la Ley de Enjuiciamiento Civil, otros entendían que esta posición debía ocuparla la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con base en la propia disposición final primera de la LORPM. Estas discusiones alcanzaron tal entidad que la Comisión Mixta encargada de tutelar la aplicación de la LORPM, reunida en 2002, propuso que se reformara la LORPM en este sentido para aclarar la cuestión¹². Aunque finalmente nunca se produjo dicha modificación, la reforma del artículo 64 LORPM por parte de la LO 8/2006 y la consiguiente introducción del ejercicio conjunto de las acciones penal y civil convirtió en unánime la postura de que la LECrim era la que había que aplicar supletoriamente en primer lugar en todo aquello no regulado por la LORPM¹³. Por su parte, la LEC también será Derecho supletorio de la LORPM, pero de segundo grado, a tenor del artículo 4 de dicha ley, que establece la aplicación general de la misma como Derecho supletorio respecto de cualesquiera leyes que «regulen los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares».

B) Legitimación activa en la pieza separada de responsabilidad civil: Ministerio Fiscal y perjudicado

La legitimación activa para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil en el procedimiento de menores corresponde, en primer lugar, al Ministerio Fiscal. Así lo establece el artículo 61 LORPM, cuyo apartado primero afirma que el Ministerio Fiscal ejercitará esta acción «salvo que el perjudicado renuncie a ella, la ejercite por sí mismo en el plazo de un mes desde que se notifique la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil o se la reserve para ejercitarla ante el orden jurisdiccional civil». Resulta interesante observar, a la vista de este artículo, las diferencias en lo que se refiere al ejercicio de la acción civil por el Ministerio Fiscal entre el proceso penal de menores y el proceso penal ordinario. Así, mientras que en este último, como señala el artículo 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Ministerio Público solo deja de ejercitar la acción cuando el perjudicado renuncie a ella o se la reserve, en el proceso de menores tampoco ejercitará la acción cuando el propio perjudicado la ejercite por sí mismo. Esto último ha sido criticado por la doctrina¹⁴, que considera que, si bien es cierto que esta distinción podía tener sentido cuando el ejercicio de ambas acciones

no era conjunto, no existe ninguna razón para mantener esta particularidad después de la reforma de la LORPM en 2006.

En cuanto al perjudicado por el delito¹⁵, debemos indicar que para el ejercicio de la acción civil en el proceso de menores por parte del mismo resulta necesaria su personación en el plazo de un mes desde que el Juzgado de Menores le notifique la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil, tal y como indica el artículo 64.2.º LORPM. En esta misma notificación también deberá informarle de sus derechos de renuncia o reserva de la acción civil. El Ministerio Fiscal, por su parte, también comunicará al perjudicado, una vez incoado el expediente, su facultad de personarse en el proceso, tal y como establece el artículo 22.3.º de la LORPM. Además, el citado artículo 64.2.º LORPM también permite la personación de todos aquellos que, sin haber sido notificados por el Juzgado de menores ni por la Fiscalía, consideran que reúnen la condición de perjudicados. En relación con esta última posibilidad, cabe destacar que el Juez de Menores deberá fiscalizar, en estos casos, si efectivamente los perjudicados «espontáneamente personados», como les denomina literalmente la ley, pueden calificarse realmente como tales (64.4.º LORPM).

C) Legitimación pasiva: responsables civiles de las conductas de acoso escolar a tenor de la LORPM. Especial referencia a los menores emancipados

Además de señalar quiénes son los legitimados para ejercitar la acción civil, la LORPM establece quiénes deben responder civilmente por las conductas delictivas cometidas por los menores. En este sentido, el artículo 61.3.º LORPM establece que «cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden».

Centrándonos primeramente en el menor civilmente responsable (es decir, el autor de la conducta delictiva), debemos recalcar primeramente que, en tanto que responsable *ex delicto*, tiene que ser mayor de catorce años y menor de dieciocho. Cabe destacar que no hay mención alguna de la LORPM a la capacidad procesal del menor que sea parte en un proceso de menores, razón por la cual entendemos que deberán aplicarse las reglas generales del artículo 7.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece que ostentará capacidad procesal quien se encuentre en pleno ejercicio de sus derechos civiles, y de los artículos 322 y 323 del Código civil, que atribuyen este pleno ejercicio a los mayores de dieciocho años y a los menores formalmente emancipados. En consecuencia, en prácticamente todos los supuestos de acoso escolar que se enjuician por los Juzgados de menores conforme

a esta ley resultará imprescindible que los menores actúen en el proceso por vía de sus representantes legales, puesto que carecerán de capacidad procesal. En principio estos deberían ser sus progenitores, pero, teniendo en cuenta que estos son también codemandados en el proceso, algunos autores¹⁶ consideran que en estos casos resulta conveniente el nombramiento de un defensor judicial (758.2 LEC) como representante del menor.

En cuanto a los padres del menor delincuente, ambos deberán responder solidariamente junto con él¹⁷, incluso en aquellos casos en los que se encuentren separados o divorciados, sin perjuicio del ejercicio de la facultad de moderación respecto del progenitor al que no le corresponda la guarda del menor. Tan solo no deberán responder en aquellos casos en los que se les haya privado de la patria potestad por resolución judicial. En defecto de progenitores, responderán solidariamente con el menor sus tutores o acogedores.

Por último, tenemos que hacer referencia, en relación con la responsabilidad solidaria de los guardadores, a si los centros docentes pueden considerarse o no como guardadores de hecho. Se trata de una cuestión sobre la cual existen hondas divisiones doctrinales y jurisprudenciales. Así, algunos autores¹⁸ opinan que sí que cabe considerarlos como tales: en defensa de dicha postura aducen que, siendo el artículo 61.3 LORPM una norma de carácter civil (aunque se inserte dentro de una ley penal¹⁹), el concepto civil de guardador no solo engloba a los que detentan la guarda de forma inmediata (los progenitores), sino que incluye también a aquellos que ostentan la guarda de forma mediata o parcial, de forma que las funciones de guarda que ejercita el centro docente durante el horario escolar le convierten en guardador de hecho. Por su parte, los detractores de esa opinión²⁰ alegan que la función de tutela o vigilancia de los alumnos que ejerce el centro escolar no es equiparable a la guarda como institución de Derecho civil, que exige, entre otros requisitos, que el guardador no actúe por delegación de los progenitores del menor, al contrario de lo que ocurre con el centro docente. Algunos de los partidarios de esta segunda postura sostienen, no obstante, que, en aplicación del Código civil como derecho supletorio en virtud de la cláusula general de supletoriedad del artículo 4.3 del Código civil, sí que sería aplicable en estos casos el artículo 1903.5 del mismo Código, que obligaría igualmente al centro docente a responder por la conducta del menor, aunque con las particularidades que veremos al analizar este artículo cuando estudiemos el sistema de responsabilidad civil «puro».

En cuanto a la jurisprudencia, entre las sentencias que reconocen expresamente la condición de guardador de hecho del centro docente con base en el artículo 61.3 LORPM, podemos citar la SAP de Cantabria de 23 de diciembre de 2003²¹, o la SAP de La Rioja de 8 de enero de 2015²². Por otra parte, tampoco faltan las sentencias que, en el ámbito de las conductas de

acoso escolar enjuiciadas por la jurisdicción de menores, optan por declarar responsable al centro escolar por la vía del artículo 1903.5 del Código civil. Es el caso, entre otras, de la SAP de Murcia de 10 de octubre de 2016 (que explica ambas posturas, la del centro docente como responsable por el delito del menor *ex* 61.3 LORPM y la que se funda en el artículo 1903.5 del Código civil, decantándose por la segunda)²³. Finalmente, también encontramos sentencias que, mezclando ambas normativas, condenan al centro docente fundándose tanto en el artículo 61.3 LORPM como en la responsabilidad por hecho ajeno del artículo 1903 del Código civil: es el caso, por ejemplo, de la SAP de Valencia de 9 de octubre de 2017²⁴.

Por último, no podemos dejar de hacer referencia a los menores emancipados. Respecto de los mismos, debemos distinguir entre los menores que han sido objeto de emancipación tácita (es decir, los que, con arreglo al artículo 319 del Código civil, viven independientemente de sus padres con el consentimiento de los mismos) de los formalmente emancipados, que son aquellos en los que concurre alguno de los supuestos del artículo 314 del Código civil (concesión judicial o concesión paterna). Mientras que en el primer caso no se extingue la patria potestad, en el segundo la emancipación sí que da lugar a la extinción de la misma, tal y como indica el artículo 169 del Código civil. En consecuencia, a los menores emancipados en virtud del artículo 319 del Código civil que hayan cometido un hecho delictivo se les deberá de aplicar la LORPM, mientras que a los formalmente emancipados se les aplicará directamente el Código penal. Por su parte, esto último ocurre también en caso de que un menor tutelado se acoja al beneficio de la mayor edad (321 CC): en caso de que cometa un delito, al no estar ya sometido a tutela, tendría que responder con arreglo al Código penal.

D) Rasgos definitorios de la responsabilidad del artículo 61.3 LORPM

a) ¿Responsabilidad objetiva, subjetiva o sui generis?

No cabe duda de que la responsabilidad del menor que ha provocado el daño es una responsabilidad subjetiva o por culpa, en tanto que, al tratarse de una responsabilidad civil derivada de un delito cometido por el mismo, necesariamente tiene que haber dolo o imprudencia en su conducta. No olvidemos que el artículo 10 del Código penal excluye la responsabilidad objetiva al afirmar que «son delitos las acciones u omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley».

Sin embargo, la cuestión se complica cuando pretendemos dilucidar el tipo de responsabilidad en que incurren el resto de los mencionados en el artículo 61.3 LORPM, que responden solidariamente con el menor, esto

es, los padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, «por este orden».

Para el sector mayoritario de la doctrina (con el que coincidimos), la responsabilidad consagrada por este artículo es de carácter objetivo²⁵ para todos los mencionados en el mismo, puesto que en ningún momento se menciona en el artículo la posibilidad de exonerarse de la misma en caso de que se pruebe que actuaron con toda la diligencia debida. Este sector entiende que para que se requiriera culpa o negligencia (expresa o tácitamente), sería necesario que el artículo incluyera alguna cláusula de exoneración de responsabilidad por haber empleado toda la diligencia debida, que en este caso no se incluye (sin que se pueda reputar como tal la facultad de moderación de la responsabilidad prevista en la LORPM). Esta postura se ve reforzada si nos retrotraemos a la tramitación de la LORPM en sede parlamentaria, dado que en las propuestas iniciales (Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil del Menor de 27 de abril de 1995) sí que se abogaba expresamente por una responsabilidad subjetiva (basada en la culpa y en el grado de diligencia que habían mostrado los padres, tutores, acogedores o guardadores)²⁶, mientras que en la versión final de la LORPM no existe mención alguna a criterios de imputación subjetivos (salvando la facultad de moderación del juez, de la que hablaremos luego). Para los valedores de esta opinión, en definitiva, se ha articulado un sistema objetivo que asegure en todo caso la indemnización de los daños causados a las víctimas del acoso escolar. Esta posición, por otra parte, ha sido la más acogida por nuestra jurisprudencia menor, como podemos observar, entre otras, en la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 10 de junio de 2011²⁷; la SAP de Cádiz de 29 de junio de 2012²⁸; y la SAP de Guadalajara de 9 de octubre de 2014²⁹. Todas ellas sostienen la existencia de esa responsabilidad objetiva.

Otro sector de la doctrina, por el contrario, entiende que la responsabilidad civil de los mencionados en el artículo 61.3 LORPM es de carácter subjetivo y se basa en la culpa³⁰. Entienden los defensores de esta posición que, teniendo en cuenta que en los trámites parlamentarios sí que se exigió inicialmente esta circunstancia, en la versión definitiva de la ley también se requiere tácitamente. Sin embargo, parece que esta opinión no ha calado en la jurisprudencia menor, dado que no hemos encontrado sentencias que se pronuncien a favor del carácter subjetivo de la responsabilidad prevista en la LORPM.

Finalmente, un tercer sector³¹ aboga por una solución de consenso, a caballo entre las dos posturas: sostiene dicha parte de la doctrina que nos encontramos ante una responsabilidad cuasi-objetiva o *sui generis*, que, aunque en efecto no establece una responsabilidad basada en la culpa (en aras de garantizar a las víctimas la indemnización correspondiente en prácticamente todos los casos), tampoco comparte los rasgos propios de los siste-

mas de responsabilidad objetiva: en primer lugar, estos suelen traer causa del plus de peligrosidad de determinadas actividades que se desarrollan en nuestra sociedad (siendo este riesgo inherente a las mismas el que justifica la objetivación), lo cual no puede predicarse, en modo alguno, del ámbito escolar; y, en segundo lugar, la facultad de moderación que aparece en el artículo 61.3 LORPM *in fine* constituye un mínimo elemento subjetivo que impide equiparar el sistema a los objetivos *strictu sensu*. En cuanto a la jurisprudencia, algunas sentencias sí que contemplan esta tercera postura, como es el caso de la SAP de las Islas Baleares de 17 de julio de 2015³². En la misma línea podemos citar, entre otras, la SAP de Almería de 8 de julio de 2011³³.

b) ¿Responsabilidad cumulativa, en cascada o excluyente?

Como hemos visto anteriormente, el artículo 61.3 LORPM, una vez enumerados todos los responsables solidarios, indica que responderán «por este orden». Este añadido ha supuesto, entre la doctrina, una constante fuente de polémica.

Por un lado, la mayoría de la doctrina³⁴ opina que la responsabilidad instaurada por la LORPM es una responsabilidad solidaria de carácter cumulativo, de manera que todos aquellos que ostentan una función de guarda sobre el menor responderán solidariamente con él. Desde este punto de vista, responderían simultáneamente todos aquellos que ostenten funciones de guarda, ya sea de derecho (padres, tutores o guardadores) o de hecho (los centros docentes, considerados como tales según esta posición doctrinal³⁵). Así, el hecho de que responda uno de los mencionados en el artículo no excluye la responsabilidad de los demás.

Se podría alegar, en relación con esta postura, que, incluso estando de acuerdo en la responsabilidad simultánea de los guardadores de hecho y de derecho, no es posible que respondan simultáneamente dos guardadores legales, dado que no pueden coincidir en el tiempo los padres del menor no privados del ejercicio de la patria potestad y los tutores legales del menor, que se encargan precisamente de suplir esta patria potestad cuando los padres, por cualesquiera circunstancias, ya no ostentan la misma. Aunque esta afirmación es cierta, debemos tener en cuenta que las conductas de acoso del menor pueden prolongarse en el tiempo: así, podría darse el caso de que el acoso se iniciara cuando el menor se encontraba bajo la patria potestad de sus padres y continuara en el tiempo cuando estos han sido privados de la misma y suplidos por un tutor. En tal caso, entendemos que serían responsables civiles *ex* artículo 61.3 LORPM tanto los progenitores³⁶ como el tutor del menor, porque el acoso constitutivo de delito se ha prolongado

en el tiempo desde que los padres ejercían la guarda legal hasta el momento en que el tutor hace lo propio.

Por otro lado, un sector (minoritario)³⁷ de la doctrina opina que la responsabilidad instaurada por este artículo es una responsabilidad en cascada, lo que implica que los sujetos incluidos en el artículo 61.3 LORPM responderán por el orden en que aparecen mencionados en el mismo: así, si los primeros mencionados no pueden responder por encontrarse en una situación de insolvencia, responderán los siguientes mencionados, y así sucesivamente. Ello supondría en la práctica que, dada la imposibilidad de que existan simultáneamente padres en ejercicio de la patria potestad, tutores y guardadores (la excepción que hemos introducido en la anterior postura doctrinal no es aplicable en este caso), en caso de que los padres fueran insolventes, debería responder el centro docente (considerado también guardador de hecho por los defensores de esta doctrina) de la totalidad de la responsabilidad. Por el contrario, en caso de que los padres fueran solventes, los siguientes llamados (incluidos los centros docentes) no tendrían responsabilidad alguna *ex* artículo 61.3 LORPM.

Finalmente, una tercera postura doctrinal³⁸, que podemos calificar de testimonial, sostiene que la responsabilidad consagrada por el artículo 61.3 LORPM es de carácter excluyente, de manera que, en caso de que los padres del menor ejerciten la patria potestad, serán ellos los que respondan, excluyendo a todos los demás. De esta forma, y a diferencia de lo propuesto por la postura anterior, ni siquiera en caso de insolvencia de los progenitores del menor se podría exigir responsabilidad a los siguientes sujetos mencionados (centros docentes). En nuestra opinión, esta posición doctrinal no concuerda con el objetivo que pretendía el legislador con este artículo, consistente en la ampliación de los posibles responsables civiles a efectos de asegurar la reparación del daño causado al menor acosado.

Una vez expresadas las tres posturas, debemos decir que, si optamos por una interpretación finalista del precepto, la más acertada, en nuestra opinión, es la que defiende el carácter cumulativo de la responsabilidad, dado que dicho carácter favorece el aseguramiento de que el menor víctima del acoso sea indemnizado.

- c) Moderación de la responsabilidad de padres, tutores y guardadores: el inciso final del artículo 61.3 LORPM

Aunque, como ya hemos indicado anteriormente, no existe una referencia en el artículo 61.3 LORPM a la necesidad de que concurra culpa o negligencia para que los sujetos mencionados en el artículo respondan con el menor, el inciso final del artículo sí que establece la posibilidad de

moderar la responsabilidad de los mismos cuando no aprecien en su comportamiento la existencia de dolo o negligencia grave que haya favorecido el comportamiento del acosador. Para que tenga lugar esta moderación, resulta indispensable que la propia parte que pretende que se le aplique la misma así lo solicite, sin que quepa aplicarla de oficio. Por otra parte, se trata de una facultad discrecional del juez, no de un deber del mismo, de manera que solo aplicará esta moderación cuando la considere oportuna. En relación con esto último, cabe destacar, asimismo, que en estos casos se produce una inversión de la carga de la prueba, dado que son los progenitores, tutores o guardadores los que tienen que demostrar que emplearon la diligencia exigida para impedir que sus respectivos hijos incurrieran en tales conductas. Así, la jurisprudencia menor ha recalcado que, cuando los padres no practican prueba alguna en aras de acreditar los esfuerzos desplegados en la educación de sus hijos acosadores, no se debe proceder a moderación alguna de la responsabilidad (sirvan de ejemplo la SAP de Alicante de 15 de febrero de 2008 (FJ 2.º)³⁹, y la SAP de Barcelona de 25 de octubre de 2010 [FJ 2.º]⁴⁰). Por último, debemos destacar que, como indica el propio tenor literal del artículo, el juzgador únicamente puede moderar la responsabilidad, pero no exonerar totalmente de la misma⁴¹.

IV. RESPONSABILIDAD CIVIL *PURA* EN LOS SUPUESTOS DE ACOSO ESCOLAR: LOS ARTÍCULOS 1902 Y SIGUIENTES DEL CÓDIGO CIVIL

Una vez estudiada la responsabilidad civil derivada *ex delicto*, nos centraremos en el estudio de la llamada responsabilidad civil *pura*, término que utiliza la doctrina para referirse a la responsabilidad extracontractual que trae causa del hecho dañoso que no es constitutivo de delito, y que se encuentra regulada en los artículos 1902 y siguientes del Código civil. A lo largo de las siguientes páginas procederemos, pues, a analizar la eventual responsabilidad civil que se derive de supuestos de acoso escolar en los que la víctima de los mismos ha optado por la demanda civil en vez de por la denuncia o querrela penal. Asimismo, y a pesar de que esta cuestión no es pacífica en la doctrina ni en la jurisprudencia, también se rige por los artículos del Código civil relativos a la responsabilidad extracontractual la acción civil que, aunque derivada de un hecho delictivo cometido por un menor de edad, se ha reservado por parte de la víctima para su ejercicio en un proceso civil, pues así lo indica el artículo 61.1 LORPM *in fine* («[...] se la reserve para ejercitarla ante el orden jurisdiccional civil conforme a los preceptos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil»)⁴². Esto constituye una diferencia con respecto al proceso penal «de adultos»,

puesto que, de reservarse la acción civil en el marco de un proceso penal, el posterior juicio civil se resolvería con arreglo a los artículos que regulan la responsabilidad civil *ex delicto* en el Código penal.

1. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL PURA Y SU CONCURRENCIA EN SUPUESTOS DE ACOSO ESCOLAR

Antes de proceder a analizar los diferentes regímenes de responsabilidad civil extracontractual que puedan derivarse de las conductas de acoso escolar, debemos determinar cómo concurren en estas los elementos de la responsabilidad civil: una acción u omisión, un daño y una relación de causalidad entre ambos, a lo que habría que añadir los criterios de atribución de la responsabilidad.

Respecto de la conducta activa u omisiva, la doctrina la define, en los supuestos de responsabilidad civil extracontractual, como una «agresión injustificada a un bien, derecho o interés de otro»⁴³. En lo que se refiere concretamente a las conductas omisivas, en principio la doctrina considera que solo generan responsabilidad si existe previamente un deber de actuar. Por ello, como veremos más adelante, los progenitores o tutores de los alumnos acosadores y los titulares de los centros docentes deberán responder por la omisión de comportamientos que intentaran evitar estas conductas, mientras que, por el contrario, no existiría dicha responsabilidad entre los alumnos que no hagan nada para frenar el acoso de un compañero⁴⁴, ni tampoco entre terceros ajenos a la comunidad escolar que conozcan de estas conductas y que no las intenten impedir.

El segundo elemento de los que constituyen la responsabilidad civil es el daño, entendiendo como tal el perjuicio o menoscabo patrimonial, corporal o moral causado por un individuo a otro, sin que este último tenga la obligación jurídica de soportarlo. Aunque algunos autores⁴⁵ sostienen, respecto de los supuestos de acoso escolar, que son muy poco frecuentes los daños patrimoniales, lo cierto es que las tres modalidades de daños pueden concurrir en estos casos. Un ejemplo de daños patrimoniales causados por este tipo de acoso lo encontramos en la SAP de Asturias de 22 de julio de 2013⁴⁶, o en la SAP de Barcelona de 7 de diciembre de 2018⁴⁷. Con todo, debemos reconocer que los daños más frecuentes en los casos de acoso escolar son de carácter corporal y, sobre todo, de carácter moral.

Un ejemplo de daños corporales derivados de acoso escolar lo encontramos en la SAP de Palencia de 18 de marzo de 2016⁴⁸, en donde se señalan, entre otras consecuencias del acoso, «cefaleas y quejas de dolor abdominal, vómitos, así como daños físicos sufridos con agarrones, tirones de pelo, tirarla al suelo». En casi todas las ocasiones estos daños estrictamente fi-

sicos vienen acompañados de daños psicológicos, los cuales, aunque deberían integrarse (como veremos a continuación) dentro de la categoría de daño moral, son considerados en algunas sentencias (entre otras, la SAP de Madrid de 18 de diciembre de 2017⁴⁹) como daños corporales. También es frecuente que se utilice para el cálculo de la indemnización por daños corporales en casos de acoso escolar el baremo previsto en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (así, lo hacen, entre otras, la SAP de Valencia de 13 de octubre de 2006⁵⁰; la SAP de Valencia de 14 de marzo de 2014⁵¹ o la ya citada SAP de Madrid de 18 de diciembre de 2017), que puede aplicarse de forma extensiva a supuestos de responsabilidad extracontractual que no tengan relación con el tráfico rodado. Con todo, y de acuerdo con la STS de 8 de abril de 2016⁵², dicho baremo solo podrá ser utilizado para calcular la indemnización que corresponde por daños estrictamente corporales y por daños psíquicos que se deriven de daños corporales, pero no para calcular los daños morales independientes de los corporales que las conductas de acoso hayan podido causar: estos últimos tienen que ser objeto de resarcimiento independiente. Ello permite salvar las contradicciones que existían entre la aplicación del baremo y el principio de reparación integral del daño que rige la responsabilidad civil extracontractual, contradicciones que incluso habían sido puestas de manifiesto por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC de 29 de junio de 2000⁵³).

En cuanto a los daños morales, son los mayoritarios en los supuestos de acoso escolar. La práctica totalidad de la doctrina está de acuerdo en que el daño moral exige una definición negativa. Es clásica la definición de ZANNONI, según la cual el daño moral es el «menoscabo de intereses no patrimoniales provocado por el evento dañoso»⁵⁴. En nuestra opinión, el problema de esta definición radica en que presupone que todos los daños corporales son también daños patrimoniales: aunque es cierto que ello puede ser así en algunas ocasiones (pensemos, por ejemplo, en el desembolso necesario para el tratamiento médico del que sufre el daño), no siempre los daños corporales tienen su correlativa incidencia en el patrimonio. Así, en los supuestos de acoso escolar, las lesiones físicas que pueden causarse a un alumno pueden no suponer un desembolso patrimonial para sus progenitores si es tratado en un centro sanitario público⁵⁵. Por otra parte, si las lesiones conllevaran la hospitalización de la víctima, en principio no existirá en todos los casos un perjuicio patrimonial en concepto de lucro cesante, dado que muchos alumnos no desempeñan una actividad profesional, bien porque se les prohíbe legalmente (a los menores de dieciséis años, salvo excepciones), bien porque son mantenidos económicamente por sus progenitores o tutores. Respecto de estos últimos, es evidente que si tuvie-

ran que faltar temporalmente a su trabajo para cuidar de su hijo (siendo este último víctima de lesiones por acoso en la escuela) sí que nos encontraríamos ante un menoscabo patrimonial en concepto de lucro cesante. E igualmente existiría menoscabo patrimonial si el menor, como consecuencia de su hospitalización o de cualquier patología física o psicológica derivada del acoso padecido, hubiera requerido de clases particulares para ponerse al día en relación con la materia dada en el colegio. No obstante, podría no concurrir ninguna de estas situaciones, y, de ser así, nos encontraríamos de nuevo con que no tendría por qué haber perjuicio patrimonial alguno derivado del daño corporal. Por ende, consideramos que la definición más correcta de daño moral sería «el menoscabo provocado por un evento dañoso que no sea patrimonial ni corporal».

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, por su parte, ha otorgado también su propia definición de daño moral. Así, la STS (Sala Primera) de 22 de febrero de 2001⁵⁶, afirma en su FJ 6.º que el daño moral consiste en «todas aquellas manifestaciones psicológicas que padece o sufre el perjudicado —o persona allegada al mismo por vínculos afectivos o parentales—, por el acaecimiento de una conducta ilícita, y que por su naturaleza u ontología, no son traducibles en la esfera económica». Este daño moral puede ser directo, si la dimensión psicológica de la víctima se ha visto directamente afectada por la conducta dañosa, o indirecto, si dicho menoscabo psicológico trae causa de un daño patrimonial o corporal. Resulta también destacable y especialmente relevante a efectos del acoso escolar la STS (Sala Segunda), de 11 de febrero de 2014⁵⁷, que afirma en su FJ 9.º que no se requiere el diagnóstico de trastornos psicológicos a las víctimas para apreciar la existencia del daño moral, bastando con la existencia de un menoscabo sufrido en la esfera «espiritual», como dice literalmente esta sentencia.

Como ya hemos indicado, la jurisprudencia menor relativa a este tipo de acoso incluye en la mayor parte de las ocasiones un pronunciamiento en relación con el daño moral. Cabe destacar que el resarcimiento *strictu sensu* del daño moral resulta imposible, razón por la cual no podemos hablar en estos casos de indemnización, sino de compensación⁵⁸ (el llamado *pretium doloris*). Esta última difícilmente puede ser cuantificada a través de parámetros objetivos, de manera que el Juzgado o Tribunal enjuiciador de estos supuestos gozará de cierta discrecionalidad a la hora de determinar el valor de esta compensación, debiéndose atener, no obstante, a las circunstancias del caso (gravedad del daño causado, consecuencias del mismo, tiempo durante el que se prolongaron las conductas de acoso...) y al principio de razonabilidad. Pueden servir como ejemplo, entre otras, la SAP de Madrid de 11 de mayo de 2012⁵⁹, en la que se impone, en concepto de daño moral, una indemnización (que no es sino una compensación) de treinta mil euros, atendiendo a la gravedad de los hechos (insultos, amenazas y robos a

un alumno durante dos cursos consecutivos); la SAP de Madrid de 16 de septiembre de 2014⁶⁰, que enjuicia la que el acoso se prolongó durante seis meses, establece una compensación de diez mil euros; y la ya mencionada SAP de Palencia de 18 de marzo de 2016, que establece una cantidad de seis mil euros en concepto de compensación por daño moral, fundamentando la moderación de la cantidad exigida en el hecho de que la menor acosada ya estaba estudiando en la Universidad, sin que el acoso hubiera truncado su trayectoria académica. No obstante, y aunque, como vemos aquí, se intenta justificar en cada caso la cuantía de la compensación, las Audiencias Provinciales reconocen en sus sentencias la dificultad de determinarla. Así, la propia SAP Madrid de 16 de septiembre de 2014, que acabamos de citar, afirma en su FJ 8.º, a la hora de fundamentar la cantidad impuesta, que «aun conscientes de la dificultad de valorar la intensidad del dolor espiritual causado al menor, lo cierto es que no se aprecian razones para establecer una cantidad superior».

Finalmente, el elemento que completa la composición de la responsabilidad civil extracontractual es, a su vez, el nexo de unión entre los dos anteriores: se trata de la relación de causalidad entre la conducta y el daño. La doctrina⁶¹ ha subrayado la diferencia entre la causalidad física y la causalidad jurídica o imputación objetiva: mientras que la primera se podría definir como la causalidad *strictu sensu*, que implica que la conducta sea la causa directa e inmediata del daño producido, la causalidad jurídica o imputación objetiva consiste en que el daño pueda imputarse a la conducta observada por su causante por la concurrencia de un criterio (jurídico) de atribución determinado (criterio de atribución que, en los supuestos de acoso escolar, será la concurrencia de culpa o negligencia en la conducta del causante del daño, sin perjuicio de la paulatina objetivación de la responsabilidad en estos casos, de la que hablaremos más adelante). La doctrina ha advertido asimismo de los problemas que comporta confundir ambos tipos de causalidades, y ha recalcado que el análisis de la relación de causalidad debería circunscribirse únicamente a la determinación de la causalidad natural, relegando el análisis de la imputación objetiva a un momento posterior⁶². Sin embargo, no es esa la posición de la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo, que apuesta por llevar a cabo un análisis conjunto de la causalidad natural y jurídica, de manera que, no concurriendo la segunda, entiende que tampoco concurre la primera. Precisamente en esta postura se fundamentan recientes sentencias de las Audiencias Provinciales a la hora de enjuiciar supuestos de acoso escolar: es el caso, entre otras, de la SAP de Girona de 21 de noviembre de 2017⁶³, y de la SAP de Bilbao de 15 de marzo de 2018⁶⁴. Ambas afirman en su FJ 3.º, que en la actualidad el Tribunal Supremo [citan, en concreto, las SSTS (Sala Primera) de 15 de febrero de 2007, de 16 de octubre de 2007 y de 30 de junio de 2009] no solo exige,

para determinar la existencia de una relación de causalidad, una relación de causalidad natural, sino también una relación de causalidad jurídica, es decir, «que los daños y perjuicios se deriven o fueren ocasionados por un acto u omisión imputable a quienes se exige indemnización por culpa o negligencia y que tales daños y perjuicios resulten consecuencia necesaria del acto u omisión de que se hace dimanar».

Partiendo de la premisa anterior, la SAP de Bilbao expresa la existencia de dudas acerca de la relación de causalidad natural (considera que resulta difícil determinar si la situación de ansiedad que padece la menor acosada es imputable a la conducta de los menores acosadores), pero descarta totalmente la causalidad jurídica (pues entiende que el centro docente, que era el demandado en ese supuesto, tomó todas las medidas para evitar cualquier conducta de acoso), por lo que entiende que no existe relación de causalidad. Por su parte, la SAP de Girona entiende que ni siquiera existió una relación de causalidad natural, por lo que no entra a analizar si la conducta de acoso es imputable al centro docente (que era, nuevamente, el demandado en la sentencia).

2. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MENOR ACOSADOR

Uno de los grandes dilemas doctrinales en relación con la responsabilidad civil extracontractual ha sido la posibilidad de exigir responsabilidad al menor acosador conforme al artículo 1902 del Código civil (responsabilidad civil directa, por hecho propio). En relación con ello, debemos indicar en primer lugar que en el ordenamiento jurídico español, y a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno (como Francia⁶⁵), resulta indispensable que el menor sea civilmente imputable (es decir, debe considerarse, a efectos civiles, lo suficientemente capaz para discernir la repercusión de sus actos) para podersele exigir responsabilidad.

La determinación de la imputabilidad del menor dependerá del grado de madurez que tenga el mismo en cada caso concreto: en principio dicha madurez se presupone desde los catorce años (edad desde la que sería imputable según la LORPM), aunque algunos autores entienden que desde los siete años podría apreciarse ese mínimo discernimiento que se requiere para considerarlo responsable⁶⁶. En nuestra opinión, y sin perjuicio de que coincidamos en que la capacidad de discernimiento deberá ser examinada en cada caso concreto, creemos que a la edad de siete años difícilmente un menor puede gozar de la suficiente madurez para considerarlo civilmente imputable⁶⁷. Entendemos que la LORPM establece una edad de imputabilidad de catorce años basándose precisamente en la consideración de esta edad como indicativa de un discernimiento suficiente, por lo que, aunque

la edad de imputabilidad civil no tenga que coincidir necesariamente con la penal, sí que tiene que ser al menos una edad cercana a la misma. Con todo, también se podría entender que la presunción de madurez no se inicia a los catorce años, sino a los doce, que es la edad establecida actualmente por el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, como edad en la que se entiende que el menor tiene madurez suficiente para ser oído y escuchado tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial⁶⁸. Aunque se trate de una edad fijada para una cuestión distinta de la que ahora nos ocupa, no podemos descartar la posible aplicación analógica de este artículo a los supuestos de responsabilidad civil del menor. Con todo, reiteramos que ello no puede sustituir el análisis casuístico para determinar si el menor es lo suficientemente maduro para ser responsable civilmente, análisis del que no se puede prescindir en ningún caso.

Frecuentemente han existido discusiones acerca del carácter subsidiario de la responsabilidad del menor acosador y de sus padres, planteándose dudas sobre si la responsabilidad de los padres solo se exigía de manera subsidiaria, es decir, solo en aquellos supuestos en los que el menor —como suele ocurrir en casi todas las ocasiones— era insolvente⁶⁹. La respuesta a esta duda debe ser negativa: no existe subsidiariedad alguna, sino una responsabilidad directa tanto del menor (*ex. art. 1902 CC*⁷⁰) como de los padres (*ex. art. 1903 CC*).

Por otra parte, se discute si el artículo 1904 del Código civil permitiría a los padres que respondan por sus hijos menores el ejercicio de una acción de regreso contra estos. Aunque el tenor literal del artículo se refiere únicamente a la acción de regreso de empresarios y centros docentes, cabe preguntarnos si también sería aplicable, por analogía, a los progenitores de los menores responsables. En nuestra opinión, el artículo al que nos referimos no es aplicable a estos supuestos, dado que ello supondría liberar a sus padres de su propia responsabilidad, exigida por el artículo 1903 del Código civil: el hecho de que deban responder por los hechos dañosos de sus hijos menores implica que no emplearon toda la diligencia debida en la evitación del daño, por lo que no resultaría ajustado a derecho eximirles de esa responsabilidad.

En lo que se refiere a la jurisprudencia relativa a supuestos de acoso escolar, debemos indicar que, si bien no suele ser frecuente que los perjudicados demanden al menor (suelen demandar únicamente a los padres y a los centros docentes, dada la probable insolvencia de los menores), sí que existen algunas sentencias en las que el menor aparece como parte demandada. Es el caso, por ejemplo, de la anteriormente citada SAP de Córdoba de 5 de diciembre de 2005⁷¹, y de la también citada SAP de Palencia de 18 de marzo de 2016. En ambas sentencias los menores acosadores son parte demandada en el proceso, aunque sean representados en el mismo por sus respectivos progenitores.

Por último, cabe preguntarnos si, en los casos (que, por otra parte, son mayoritarios) en los que el acosador se ampara en un grupo de niños para desarrollar su conducta, estos deben responder también civilmente. En nuestra opinión, se debe distinguir entre aquellos supuestos en los que este grupo desarrolla un comportamiento activo y aquellos otros en los que desarrolla un comportamiento pasivo de exclusión del menor acosado. En el primero de los casos, no cabe duda de que todos los miembros del grupo que participan en el acoso serían responsables civilmente. Sin embargo, no podemos responder afirmativamente con la misma certeza en los casos en los que el grupo desarrolle un comportamiento pasivo: ello se debe a que la jurisprudencia menor⁷² ha recalado que, aunque la exclusión social del grupo de clase constituye una modalidad de acoso, para que dicha exclusión sea calificada como acoso escolar resulta necesario que tenga como objetivo conseguir que sea marginado o excluido de todo el grupo de clase, puesto que el simple rechazo de un grupo de niños a que otro juegue con ellos no puede entenderse constitutivo de acoso. A todo ello se le añade la dificultad de probar el grado de exclusión que ha sufrido la víctima del acoso indirecto. Por otra parte, no se debe confundir este último con el mero silencio cómplice de los menores. Este último no es equiparable, a efectos de la responsabilidad civil, a una conducta de acoso, puesto que, como ya hemos indicado, la conducta omisiva no genera responsabilidad civil cuando no existe un deber de actuar, deber que en este caso no tienen, desde el punto de vista jurídico, los compañeros de la víctima⁷³.

3. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROGENITORES DEL MENOR ACOSADOR

El artículo 1903 del Código civil, que consagra la responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno, subraya, en su segundo párrafo, que «los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda». Una responsabilidad que tiene su origen en la llamada *culpa in vigilando* y *culpa in educando*, es decir, en el hecho de que los progenitores no han controlado ni educado a sus hijos menores con la diligencia que se exige a un buen padre de familia. Se trata de una responsabilidad de carácter directo, de manera que las víctimas de los actos dañosos pueden dirigirse directamente contra ellos, sin necesidad siquiera de dirigirse contra los menores causantes del daño⁷⁴.

El fundamento de la responsabilidad paterna en los actos de los hijos radica, pues, en el nexo causal que existe, al menos presuntamente, entre las conductas dañosas de los hijos y la omisión por parte de sus padres de la diligencia debida para evitar estas conductas, bien sea educando al menor en la prohibición de realizarlas, bien sea vigilándole para impedir que las

lleve a cabo. Esta última conducta omisiva es la que ha llevado a la doctrina a afirmar que la responsabilidad paterna no es en realidad una responsabilidad por hecho ajeno, sino por hecho propio, en tanto que se entiende que un padre y una madre que no han observado la debida diligencia en la instrucción o la vigilancia de su hijo han incumplido el deber que les impone el artículo 154.1.º del Código civil, que establece, como deber dimanante del ejercicio de la patria potestad, la obligación de los progenitores de «velar por ellos [por sus hijos], tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral». En consecuencia, se podría entender, desde este punto de vista, que la falta de diligencia paterna es uno de los factores que ha provocado la conducta del menor. Con todo, para enjuiciar el grado de diligencia de los progenitores habrá que sopesar diversos factores, tales como la edad del menor (la obligación de vigilancia de los padres será mayor cuanto menor sea su hijo), su grado de desarrollo intelectual (cuanto menos desarrollado esté, mayor cautela habrá que tener) o su carácter y comportamiento habitual (si tiene un carácter particularmente violento o inmaduro habrá que tomar más cautelas)⁷⁵. Dependiendo de todas estas circunstancias, el grado de diligencia exigido a los progenitores será distinto: podrá ser desde la mera obligación de instruirle en sus deberes básicos y de prohibirle la realización de conductas reprobables (en los casos en los que el menor no tenga especiales problemas de conducta) hasta una vigilancia exhaustiva cuando los hijos tengan un carácter o comportamiento agresivos. Cabe destacar, en relación con esto, que el hecho de que los progenitores no conozcan los problemas de conductas de sus hijos no solo no les exonera de responsabilidad, sino que podría resultar indicativo de su falta de diligencia.

Como en tantas otras ocasiones que hemos analizado a lo largo de este trabajo, existe una importante discusión doctrinal acerca del carácter subjetivo u objetivo de la responsabilidad civil de los progenitores. Si nos atenemos al tenor literal del artículo 1903 del Código civil, este recoge, *in fine*, la afirmación de que «la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño». En ello se fundamentan aquellos que sostienen que la responsabilidad de los progenitores es de carácter subjetivo. De acuerdo con esta postura, si demostrando la ausencia de negligencia en su comportamiento los progenitores pueden exonerarse de la responsabilidad, resulta evidente que se trata de una responsabilidad de carácter subjetivo, sin perjuicio de que se invierta la carga de la prueba, presumiéndose la culpa de los progenitores y obligando a los mismos a demostrar la ausencia de la misma.

Sin embargo, otros autores sostienen que la responsabilidad de los progenitores, a pesar de lo que afirma el artículo 1903 del Código civil, es de carácter objetivo⁷⁶. Alegan, para defender su postura, que en la práctica

los progenitores responden siempre por los daños causados por sus hijos. Aducen que la fórmula de exoneración que prevé el artículo 1903 del Código civil nunca es aplicada por la jurisprudencia (se refieren en este caso a la jurisprudencia *strictu sensu*, que es la del Tribunal Supremo), y que la presunción *iuris tantum* de la culpa paterna ha sido transformada por los tribunales en presunción *iuris et de iure*. Así, ha tenido lugar una objetivación de la responsabilidad paterna, cuyo fundamento ya no es la falta de diligencia al educar o controlar a su hijo, sino la necesidad de reparar el daño que este último ha causado a sus víctimas.

Es cierto que, como plantea esta última postura, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tendido a objetivar la culpa paterna, y que incluso algunas sentencias relativas a este asunto, como la STS de 30 de junio de 1995⁷⁷, establece, en su FJ 2.º, que el artículo 1903 del Código civil «contempla una responsabilidad por riesgo o cuasi-objetiva», lo que vuelve a reiterar la STS de 10 de noviembre de 2006⁷⁸, en su FJ 3.º. Una objetivación que, según sus defensores, trae causa de otorgar prevalencia al principio *pro damnato* frente al principio de culpabilidad, asegurando así el resarcimiento de la víctima en una sociedad en la que la cada vez mayor distancia en la vida cotidiana entre hijos y padres permitiría en muchas ocasiones a estos exonerarse de la responsabilidad. Ello, dada la frecuente insolvencia de los menores, provocaría en muchos casos que los daños causados no fueran resarcidos. No obstante, no han faltado autores que sostienen que esta objetivación jurisprudencial (que además es especialmente frecuente a la hora de determinar la responsabilidad paterna por acoso escolar) obedece a criterios preventivos y punitivos, criterios que, por otra parte, son impropios de sistema de responsabilidad civil y no obedecen a la finalidad que esta última persigue (la reparación de daño)⁷⁹.

Desde nuestro punto de vista, esta responsabilidad solo puede calificarse de subjetiva, dado que su fundamento, como hemos visto en el apartado anterior, es el incumplimiento de los deberes inherentes al ejercicio de la patria potestad. Sin este incumplimiento, la responsabilidad parental, a la luz del artículo 1903 del Código civil, no debería existir. No negamos que, en efecto, la tendencia jurisprudencial parece ser la paulatina conversión de esta responsabilidad en objetiva o, cuanto menos, cuasi-objetiva, pero ello no concuerda ni con el sentido literal del artículo 1903 del Código civil, ni con su sentido teleológico o finalista, que es, al fin y al cabo, que los padres eduquen a sus hijos inculcándoles que no se debe causar daño a otros, o al menos que los vigilen para evitar que perpetren ese daño.

En relación con la jurisprudencia menor relativa a los concretos supuestos de acoso escolar, son frecuentes las sentencias que califican la responsabilidad paterna como cuasi-objetiva. Una de ellas es la ya citada SAP de Valencia de 14 de marzo de 2014, que condenando a los padres por la conducta de acoso de

su hijo, señala en su FJ 6.º que «De la jurisprudencia citada podemos concluir que la responsabilidad de los progenitores es cuasi objetiva y que producido el daño por la menor, rige la presunción de culpa de los padres», añadiendo unas líneas después que «los padres no han destruido la presunción de culpa que sobre ellos recaía» (reconoce, por tanto, que se trata de una presunción *iuris tantum*). En el mismo sentido se pronuncia la SAP de Castellón de 8 de marzo de 2011⁸⁰, en su FJ 2.º, si bien acaba absolviendo a los progenitores al declarar que tampoco existe responsabilidad por parte de los menores.

No obstante, también es posible encontrar sentencias que enjuician los parámetros de la culpa paterna desde el punto de vista de la diligencia observada por los progenitores: así, por ejemplo, la SAP de Guipúzcoa de 27 de mayo de 2016⁸¹, que enjuiciaba un caso de *cyberbullying*, determina que existió *culpa in educando* del padre de la menor acosadora porque esta última tenía, con el consentimiento de su padre, cuentas en varias redes sociales a pesar de no tener la edad exigida para ello, acosando desde las mismas a su víctima. Es cierto que incluso entre las sentencias que comparten el carácter subjetivo de la responsabilidad resulta difícil encontrar pronunciamientos absolutorios. Con todo, sí que existen algunos, sobre todo en sentencias de hace décadas⁸²: así, la SAP de Sevilla de 29 de octubre de 1997⁸³ absuelve al padre del menor acosador al entender que, al producirse las conductas de acoso en el centro escolar, no se pueden imputar a la falta de vigilancia del progenitor (FJ 2.º).

Por último, debemos remarcar que el artículo 1903 del Código civil condiciona la responsabilidad de los progenitores por los actos de los menores al hecho de que estos últimos se encuentren bajo su guarda. Esto implica que, en caso de que los progenitores hayan optado por un régimen de custodia compartida de los menores, se considerará responsable a efectos del artículo 1903 del Código civil el que esté ejerciendo la guarda del menor en el momento en que este último produzca el hecho dañoso. Con todo, en aquellos supuestos en los que, estando separados los progenitores, solo uno de ellos ejerce la guarda, no será siempre este el responsable de los actos del menor a su cargo, sino que la responsabilidad dependerá del progenitor bajo cuyo cuidado («guarda de hecho») se encontrara el menor a la hora de causar el daño⁸⁴.

4. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS CENTROS DOCENTES

A) *Fundamento de la responsabilidad civil de los centros docentes. Polémica sobre el carácter contractual o extracontractual de la responsabilidad en los centros docentes privados*

El artículo 1903 del Código civil insta en su apartado quinto la responsabilidad de los titulares de los centros docentes que no sean de en-

señanza superior por los daños que causen sus alumnos menores de edad cuando se encuentren bajo la vigilancia del personal escolar. La redacción actual de este artículo hiende sus raíces en la Ley 1/1991, de 7 de enero, de modificación de los Códigos civil y penal en materia de responsabilidad del profesorado. Anteriormente a la promulgación de esta ley, el apartado sexto del artículo 1903 del Código civil establecía la responsabilidad de los «maestros o directores de artes y oficios, respecto a los perjuicios causados por sus alumnos o aprendices, mientras permanezcan bajo su custodia». La causa de esta modificación radica, como señala la propia exposición de motivos de la mencionada ley, en el hecho de que en la actualidad no existe una vinculación estrecha entre el maestro y el alumno, similar a la que podía existir en el momento en que se redactó este artículo, pensado para una escuela rural en la que los alumnos solían entablar una relación estrecha con el maestro. En consecuencia, actualmente carecía de sentido hacer al maestro responsable de los daños causados por sus alumnos, razón por la cual la reforma de la ley trasladó dicha responsabilidad a los titulares de los centros docentes.

El fundamento de esta responsabilidad, por su parte, radica en la consideración de que los padres delegan las funciones de vigilancia de los menores en el centro docente durante el tiempo en que estos permanecen en el mismo. Con base en ello, algunos autores han recalcado que el centro tiene la obligación de ser diligente *in vigilando*, pero no *in educando*, dado que esta última clase de diligencia corresponde únicamente a los progenitores, que son los que deben velar por la buena educación de sus hijos⁸⁵. Sin embargo, además de esta diligencia *in vigilando*, los titulares de los centros docentes deben ser diligentes *in eligendo*⁸⁶ (es decir, diligencia a la hora de seleccionar al personal docente) e *in procurando*⁸⁷ (esto es, diligencia a la hora de organizar personas y medios). En consecuencia, la infracción de cualquiera de estos deberes de diligencia podría dar lugar a responsabilidad del centro docente.

Es indudable que la responsabilidad patrimonial de los titulares de los centros docentes públicos (esto es, de la Administración pública) por conductas de acoso, de la que hablaremos luego, no es de carácter contractual, en tanto que alumno y centro docente no se encuentran vinculados por contrato alguno. Sin embargo, la situación cambia cuando el centro docente es privado, dado que en estos casos sí que existe un contrato de enseñanza entre este y los progenitores de los alumnos. En este último caso, nos surge la duda sobre si la responsabilidad del centro es contractual o extracontractual, o si podría ser ambas a la vez.

No cabe duda de que el artículo 1903 del Código civil concibe la responsabilidad de los centros docentes como extracontractual. Sin perjuicio de lo anterior, debemos plantearnos si junto a la responsabilidad por hecho ajeno del artículo 1903.5 del Código civil existe también, en el caso de los centros

privados, una responsabilidad del centro docente por un incumplimiento contractual imputable al propio centro. No sería así si entendiéramos que el daño, aunque se ha producido en el marco de una relación contractual, recae sobre un derecho distinto (en este caso, la integridad física o moral del menor) al que constituye el objeto de la relación contractual (que en este supuesto sería la formación de los menores). Sin embargo, en nuestra opinión la protección de la integridad de los menores y el mantenimiento de un ambiente adecuado de convivencia en la escuela sí que son obligaciones que se encuentran vinculadas a la propia naturaleza del contrato de enseñanza, aunque no constituyan el objeto principal del mismo, e incluso aunque no se hallaren expresamente previstas en el contrato. La existencia de estas obligaciones contractuales (que la doctrina denomina obligaciones de seguridad⁸⁸ o deberes de protección⁸⁹) implica que el incumplimiento de las mismas por parte del centro docente supone también un incumplimiento contractual, lo cual se podría inferir del artículo 1258 del Código civil, que establece que los contratos «obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

En consecuencia, si ante un supuesto de acoso escolar se demuestra que el centro docente no ha actuado con la debida diligencia en lo relativo a su obligación de velar por la convivencia y el bienestar del alumno, no solo incurriría en responsabilidad extracontractual por hecho ajeno a tenor del artículo 1903.5 del Código civil, sino también en responsabilidad contractual a tenor del artículo 1258 del mismo Código.

Ante esta doble consideración que debe tener el daño, cabe preguntarnos si se debería optar, en estos casos, por una acción de responsabilidad contractual o por una acción de responsabilidad extracontractual. Si bien el plazo de ejercicio de la acción de responsabilidad contractual es bastante superior (cinco años, según el art. 1964.2 CC) a la extracontractual (un año, a tenor del art. 1968.2.º CC), no debemos olvidar que el resarcimiento integral (o, lo que es lo mismo, la reparación de todos los daños causados y conocidos) solo viene dado por la acción de responsabilidad extracontractual, en tanto que la acción de responsabilidad contractual, a tenor del artículo 1107 del Código civil, solo repararía los daños previsibles en el momento de celebrar el contrato salvo que el incumplimiento fuera doloso. Esto último implica que los daños morales, que son absolutamente relevantes en los supuestos de acoso escolar, serían difícilmente reclamables en el ámbito contractual, ya que, ante dicha reclamación, los centros docentes privados podrían aducir que estos daños no podían preverse en el momento de celebrar el contrato. Ello comporta que la reclamación por vía contractual de los daños derivados de las conductas de acoso escolar tiene pocas probabilidades de éxito ante los tribunales⁹⁰.

A pesar de lo anterior, sí que existe un supuesto en el cual no sería factible la acción de responsabilidad extracontractual y, sin embargo, sí que podría prosperar la de responsabilidad contractual: se trata de las conductas de acoso escolar realizadas por un mayor de edad (pensemos en el ejemplo ya mencionado de un alumno de la educación no superior que ha alcanzado la mayoría de edad porque ha repetido curso). En estos casos, la responsabilidad extracontractual de los centros docentes privados en virtud del artículo 1903 del Código civil no puede concurrir, dado que dicho artículo indica expresamente que la responsabilidad de los titulares del centro docente por los daños de los alumnos a su cargo se limita únicamente a los alumnos menores de edad. En consecuencia, en estos casos la única vía de reclamación contra el centro docente sería el ejercicio de la acción contractual del artículo 1101 del Código civil, con fundamento en el incumplimiento de las obligaciones de seguridad (concretamente, en la obligación de garantizar la integridad física y moral de los alumnos). Con todo, hemos de reseñar que hasta la fecha no tenemos noticia de ninguna demanda civil contra un centro escolar fundada en un incumplimiento contractual ante un supuesto de acoso en la escuela.

B) Naturaleza de la responsabilidad de los centros docentes privados: análisis doctrinal y jurisprudencial

Como en el resto de responsabilidades civiles que hemos analizado en este trabajo, se ha planteado, en el caso de la responsabilidad de los centros docentes, el debate doctrinal y jurisprudencial sobre la naturaleza objetiva o subjetiva de la misma.

La doctrina mayoritaria se posiciona, como en el resto de supuestos de responsabilidad civil «pura», a favor del carácter subjetivo de esta responsabilidad⁹¹. Esta postura se fundamenta en el propio inciso final del artículo 1903 del Código civil, que también opera sobre los centros docentes y que hace referencia a la posibilidad de exonerarse de responsabilidad si se demuestra haber actuado con la debida diligencia⁹².

Por el contrario, la postura minoritaria defiende que la responsabilidad de los centros docentes es una responsabilidad de carácter objetivo: los que sostienen esta postura consideran que el traslado de la responsabilidad a los centros docentes tras la reforma de 1991 supuso la consagración de un sistema de responsabilidad por riesgo, en el que los centros docentes no responden por su falta de diligencia, sino por el mero hecho que implica dedicarse a una actividad considerada «objetivamente peligrosa», generadora de daños que no se pueden evitar. Desde nuestro punto de vista, esta postura no tiene cabida en nuestro ordenamiento, por varias razones: en

primer lugar, carece de sentido, en nuestra opinión, definir la actividad de los centros docentes como una actividad «objetivamente peligrosa» o generadora de riesgo, calificación que no se corresponde con la realidad⁹³; y, en segundo lugar, porque dicha interpretación contradice el último párrafo del artículo 1903 del Código civil, del que se infiere, respecto de todos los supuestos previstos en el artículo, la responsabilidad por culpa. Cuestión distinta es que esta diligencia exigida deba ser probada por los titulares de las escuelas (culpa presunta e inversión de la carga de la prueba), o que la diligencia exigida a estas últimas (la de «un buen centro docente») pueda ser incluso mayor que la que se requiere de los progenitores⁹⁴. Todo ello no solo no justifica el carácter objetivo de esta responsabilidad, sino que constituye una prueba más de su carácter subjetivo.

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, coincide por lo general con la postura mayoritaria, que nosotros compartimos. Esa es la posición, entre otras muchas, de las SSTs de 31 de octubre de 1998, 8 de marzo de 1999, 4 de junio de 1999, 18 de octubre de 1999 y 27 de septiembre de 2001⁹⁵. Por otra parte, algunas sentencias del Alto Tribunal, aunque en un principio parecen decantarse por criterios objetivos, finalmente optan por resolver con arreglo a la responsabilidad por culpa: es el caso de la STS de 10 de marzo de 1997⁹⁶, que hace referencia en su FJ 2.º a la existencia de una «responsabilidad prácticamente objetiva» de los centros docentes, pero que finalmente absuelve al centro docente por no concurrir culpa alguna en su actuación.

Por último, no podemos dejar de hacer referencia a lo que señala la jurisprudencia menor respecto de los centros docentes en supuestos de acoso escolar, máxime si tenemos en cuenta que en la inmensa mayoría de estos casos quien ostenta la posición de demandado (ya sea en solitario, ya sea acompañado de los padres del menor acosador o incluso del menor mismo) es el centro docente. Debemos afirmar que, nuevamente, prevalece la postura que defiende el carácter subjetivo de la responsabilidad de los centros docentes: así lo podemos ver, entre otras, en la ya citada SAP de Madrid de 16 de septiembre de 2014, que confirma la condena al centro escolar por haber omitido las medidas adecuadas de vigilancia y control; en la SAP de Barcelona de 1 de marzo de 2017⁹⁷, que también condena al centro docente por falta de la diligencia debida; o en la SAP de Ourense de 21 de abril de 2017⁹⁸, que absuelve al centro docente al entender que adoptó todas las medidas posibles para evitar la conducta de acoso que finalmente se produjo.

Con todo, no faltan determinadas sentencias que parecen decantarse por criterios de responsabilidad objetiva o al menos cuasi-objetiva: entre ellas podemos destacar la SAP de Barcelona de 26 de octubre de 2017⁹⁹, que en su FJ 3.º señala que «se impone a tales guardadores la responsabilidad que establece el artículo 1902 del Código civil, con un grado adicional de

exigencia si cabe, que llega casi a convertirse en una responsabilidad objetiva». Resulta interesante destacar que fundamenta la responsabilidad en el artículo 1902 del Código civil, como si se tratara de responsabilidad por hecho propio (que, a tenor del propio artículo, está basada en la culpa), y a la vez aboga por el carácter cuasi-objetivo de la responsabilidad del centro, lo que constituye una contradicción absoluta, máxime si tenemos en cuenta que la sentencia incluye esta reflexión en el *obiter dicta*, resolviendo después conforme a criterios subjetivos y absolviendo consiguientemente al centro.

C) Límites a la responsabilidad de los centros docentes privados

La responsabilidad de los titulares de los centros docentes viene definida por una serie de requisitos que operan como límites a la misma, que podemos dividir en subjetivos y temporales.

Centrándonos primeramente en los requisitos subjetivos, debemos destacar que solo será responsable el menor que se encuentre matriculado en el centro en el momento en que se produzca la conducta de acoso. Dicho requisito, con todo, ha sido interpretado de manera laxa: así, si el alumno ha sido aceptado como tal por el centro y ya se encuentra cursando allí sus estudios, será considerado como alumno matriculado a efectos de la responsabilidad del centro, aunque la matrícula no se hubiera formalizado todavía¹⁰⁰. Por otra parte, si las conductas de acoso son llevadas a cabo por alumnos de otros centros escolares, pero en el marco de una actividad conjunta (una excursión, por ejemplo) en cuya organización ha participado el centro, también este último será responsable de las conductas de acoso que puedan producir¹⁰¹. Lo mismo sucederá cuando los alumnos de un centro acudan de visita a otro centro distinto: el centro anfitrión, en estos casos, asumirá durante el tiempo de la visita las labores de vigilancia de los alumnos y responderá, por tanto, de las conductas de acoso que se puedan producir durante la visita tanto entre sus escolares como entre los del otro centro.

Además del anterior, encontramos también otro límite subjetivo a la responsabilidad del centro docente que ya hemos apuntado antes: el alumno tiene que ser menor de edad para que el centro responda extracontractualmente. Además, el centro tampoco responderá si el acosador es un menor emancipado o de vida independiente. Por el contrario, y por analogía con el supuesto anterior, sí que deberá responder, según la doctrina, si se trata de un mayor de edad incapacitado.

En lo que se refiere a los límites temporales, el artículo 1903 del Código civil señala que los centros responderán «durante los periodos de tiempo en que se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado, desarrollando

actividades escolares, extraescolares y complementarias». Ello comporta que el centro responderá de los daños causados por los alumnos desde la entrada de los alumnos en las instalaciones del centro hasta que lo abandonen cuando termine la jornada escolar, así como de las conductas de acoso que se produzcan en actividades organizadas por el centro fuera de las instalaciones del mismo¹⁰². Por otra parte, también responderá cuando un alumno cometa, dentro del horario escolar, una conducta de acoso fuera del centro (imaginemos, por ejemplo, que acosa al alumno de otro centro, o que, encontrándose fuera del centro en horario escolar, envía mensajes de acoso a un compañero) porque se haya escapado del mismo, siempre que dicha fuga pueda imputarse a la falta de vigilancia y control por parte del personal del centro¹⁰³.

Por otra parte, suele ser habitual que en los espacios de tiempo ubicados inmediatamente antes del comienzo de la jornada y nada más terminar la misma, los menores se encuentren en el recinto del centro, en el primer caso aguardando el comienzo de las clases y en el segundo esperando a que les recojan sus familiares. La doctrina ha planteado la duda acerca de qué ocurre en estos casos, dado que la postura del Tribunal Supremo que antes hemos enunciado no clarifica suficientemente esta cuestión, sobre todo en lo que se refiere al momento de finalización del deber de vigilancia del centro (al finalizar la jornada escolar o al abandonar el centro). En algunas sentencias aparece contemplada dicha situación: es el caso, por ejemplo, de la STS de 3 de diciembre de 1991¹⁰⁴, que, resolviendo un supuesto en el que se produjo un daño en el patio del colegio (donde los niños esperaban a sus familiares) después de finalizar la jornada escolar, declara responsable al centro docente, al entender que la función de vigilancia del colegio debe interpretarse de manera flexible, de manera que, si es frecuente que los niños esperen a sus padres dentro del colegio después de terminar la clase y dicha situación es tolerada por el centro, este último sigue siendo responsable de los mismos durante ese intervalo de tiempo. Esta postura (que, no obstante, no es del todo unánime en la jurisprudencia), aplicada a los casos de acoso escolar, implicaría que el centro debería responder también por aquellas conductas de acoso que se produzcan cuando los alumnos, ya sea justo antes o después de la jornada escolar, se encuentran en las instalaciones del centro con la anuencia de este último.

D) La acción de regreso contra los docentes de los centros privados del artículo 1904.2 del Código civil

La reforma de la responsabilidad del profesorado llevada a cabo por la Ley 1/1991 no solo modificó el artículo 1903 del Código civil, sino que,

precisamente como consecuencia de esta modificación, añadió también un segundo párrafo al artículo 1904 del Código civil, que instauraba una acción de regreso contra los docentes del centro. En concreto, el artículo 1904.2 del citado Código señala que el centro docente que haya respondido de los hechos dañosos de sus alumnos menores podrá repetir por las cantidades satisfechas por el centro contra aquellos profesores que, habiendo incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones, no hayan evitado el daño causado por los menores.

Respecto de este artículo, debemos recalcar en primer lugar que, como se destacó en la tramitación parlamentaria de esta reforma¹⁰⁵, este supuesto no es equivalente al de la acción de regreso del empresario contra sus empleados que han causado daños en el ejercicio de sus funciones, previsto en el artículo 1903.4 del Código civil, puesto que estos últimos responden de los daños que ellos mismos han causado, mientras que los docentes son responsables de los daños que han sido ocasionados por sus alumnos y que ellos deberían haber evitado. Por ello, discrepamos con quienes sostienen que son dos supuestos equivalentes, y que se debe aplicar el artículo 1904.2 del Código civil en relación con el artículo 1903.4 del mismo Código, en vez de con el artículo 1903.5: de hecho, si fueran supuestos iguales, el artículo 1904.2 no tendría utilidad alguna, bastando aplicar el artículo 1903.4.

Por otra parte, cabe destacar que siempre ha sido muy criticada por la doctrina la limitación de la responsabilidad del docente a los supuestos de dolo o culpa grave, no debiendo responder cuando su negligencia ha sido leve: en principio, no existe justificación alguna a esta limitación, aunque algunos autores opinan que puede deberse al hecho de que la función de los profesores no está directamente vinculada al beneficio económico del centro, y que, en consecuencia, su responsabilidad por el perjuicio económico que pueda sufrir este último debe ser mitigada¹⁰⁶; otros, por su parte, consideran que el fundamento de esta atemperación de la responsabilidad radica en la dificultad que tienen los profesores para vigilar a sus alumnos en un contexto como el actual, en el que la educación está masificada y los medios a disposición del profesorado para el ejercicio de sus funciones son reducidos¹⁰⁷; otros, en fin, consideran que no se puede encontrar ninguna explicación en razones de índole jurídica, y que la verdadera razón de esta limitación se debe a razones políticas¹⁰⁸ (en concreto, a los acuerdos con los sindicatos de enseñanza a la hora de llevar a cabo la reforma de la Ley 1/1991).

Además de lo anterior, se debe destacar que también es dudosamente correcta desde el punto de vista jurídico la referencia a que el centro podrá repetir contra los docentes «por las cantidades satisfechas»: si el centro pudiera reclamar a sus profesores todo lo que ha abonado en concepto de

responsabilidad civil por acoso en las aulas, se le estaría exonerando injustamente de su propia responsabilidad. Por tanto, el centro que haya sido condenado a responder no podrá reclamarle todo lo abonado, sino la parte que proporcionalmente corresponda al daño imputable a la conducta del docente. No obstante, sí que existe un supuesto en el que un centro docente condenado a responder podría reclamarle la totalidad de la indemnización al profesor: si se dedujera de la sentencia que la culpa del centro docente ha sido leve, este último posteriormente podría repetir contra el profesor por toda la cantidad satisfecha, siempre que demuestre que el profesor es culpable del daño y que la culpa ha sido grave (recordemos que la culpa del docente no se presume, a diferencia de lo que ocurre con el centro). Ello se debe a que, en este caso, la culpa leve del centro docente quedaría absorbida por la culpa grave de la conducta del profesor.

Por último, debemos indicar que la víctima de la conducta de acoso puede dirigirse conjuntamente contra el centro docente (en virtud del art. 1903.5 CC) y contra el profesor (en virtud del art. 1902 CC), pero, mientras que respecto del centro docente existe una presunción *iuris tantum* de culpabilidad, respecto del profesor será el demandante el que tenga que probar que ha incurrido en culpa grave.

E) Caracteres generales de la responsabilidad patrimonial de los centros docentes públicos

No podemos finalizar el estudio de la responsabilidad civil de los centros docentes por supuestos de acoso escolar sin realizar una breve exposición de los rasgos generales de la responsabilidad de los centros públicos.

En primer lugar, debemos señalar que, cuando se pretende exigir responsabilidad a un centro docente público¹⁰⁹, la normativa a aplicar no será la prevista en los artículos 1902 y sigs. del Código civil, sino la que regula la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: en concreto, serán aplicables los artículos 32 y sigs. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Del apartado primero del artículo 32 se pueden inferir los elementos que deben concurrir para exigir responsabilidad patrimonial a la Administración: en primer lugar, un daño efectivo en los bienes o derechos de un particular (daño que, además debe ser evaluable económicamente e individualizable, según el art. 32.2 LRJ-SP); en segundo lugar, que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, debiendo existir una relación de causalidad entre ese funcionamiento y el daño; y, en tercer lugar, que el daño sea antijurídico, o, lo que es lo mismo, que el particular no tenga el deber de soportarlo¹¹⁰.

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que las conductas de acoso que tengan lugar en colegios e institutos públicos generan un daño individualizable y evaluable económicamente, así como antijurídico. La cuestión más compleja, sin embargo, radica en determinar si el daño es imputable al funcionamiento de los servicios públicos: en teoría, la responsabilidad patrimonial de la Administración es una responsabilidad de carácter objetivo, de manera que esta no solo tendrá que responder en los supuestos en los que el funcionamiento de los servicios públicos sea negligente o inferior a los niveles exigibles de calidad del servicio, sino también en aquellos casos en los que, aun funcionando los servicios públicos con la diligencia exigible, se ha causado un daño (antijurídico) a un particular. Sin embargo, la jurisprudencia menor de los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo (que son los exclusivamente competentes para conocer de estas demandas en virtud del artículo 9.4 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa¹¹¹) normalmente ha optado por enjuiciar la diligencia observada por la Administración pública titular del centro docente para determinar si hubo o no responsabilidad de la misma. Como ejemplo de ello podemos citar, entre otras, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 15 de abril de 2010¹¹², que entiende que el centro (condenado en primera instancia a responder patrimonialmente por un caso de acoso hacia un alumno) aportó pruebas de que la Administración autonómica había adoptado todas las medidas necesarias para evitar esta conducta, razón por la cual revoca la sentencia de instancia y exonera al centro docente. Esta sentencia no niega el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración, pero entiende que en este caso es *inapreciable* el nexo causal entre el funcionamiento de la Administración y el resultado lesivo. Podemos observar, por tanto, que, con el pretexto de valorar la relación de causalidad, lo que realmente hace la sentencia es resolver con arreglo a un criterio subjetivo, consistente en la determinación de la diligencia demostrada por el centro. Criterio que, por otra parte, han utilizado otros tribunales en un sentido opuesto a la sentencia citada, esto es, para condenar al centro: es el caso de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24 de febrero de 2016¹¹³, que entiende que no se realizaron por parte de la comunidad autónoma las indagaciones necesarias en relación con el supuesto de acoso escolar enjuiciado, y que no se activó ningún protocolo de acoso escolar como consecuencia del dictamen contrario a la activación del mismo emitido por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Por último, debemos añadir que, de acuerdo con el artículo 36.2 de la Ley 40/2015, la Administración, una vez que haya indemnizado a los perjudicados, deberá repetir de oficio en vía administrativa contra los miembros del personal a su servicio (principalmente docentes) a los que sea imputable

el daño ocasionado, siempre que la conducta de estos últimos sea dolosa o gravemente negligente. A diferencia de lo que ocurre con los centros docentes privados, para los que la acción de regreso es potestativa, los centros docentes públicos tienen la obligación de ejercitarla. Para determinar la cuantía de dicha responsabilidad se deberán tener en cuenta parámetros como el grado de culpabilidad del docente, el daño causado o la solidez del nexo de causalidad entre su conducta y el daño.

V. CONCLUSIONES

I. Ante tamaña madeja de sistemas de responsabilidad civil aplicables a los casos de acoso escolar, es inevitable que nos hagamos una pregunta: ¿tres son multitud? Desde nuestro punto de vista, la respuesta es indudablemente afirmativa: no olvidemos que la doctrina siempre ha abogado por la unificación de dos principales sistemas de responsabilidad civil existentes (el derivado del delito y el «puro»), con el fundamento de que, en puridad, solo existe una responsabilidad civil, que deriva del daño, ya sea este constitutivo o no de ilícito penal. Por ende, si la existencia de dos sistemas es *per se* inadecuada y problemática, la inclusión de un tercer sistema no hace más que empeorar la situación, máxime si tenemos en cuenta que, aunque la LORPM remita a los doce artículos que regulan la responsabilidad civil en el Código Penal, incluye una serie de diferencias injustificadas con respecto al sistema ordinario de responsabilidad civil *ex delicto*: así, en primer lugar, el ejercicio de la acción civil se tramita en una pieza separada en el proceso penal de menores, lo cual no ocurre en el proceso penal ordinario; en segundo lugar, en caso de que el acusador particular ejercite la acción civil, el Ministerio Fiscal no la ejercerá simultáneamente, a diferencia del ejercicio simultáneo que prevé el 108 LECrim para el proceso penal «de adultos»; y, en último lugar, en caso de reservarse la acción civil en el proceso penal de menores para ejercitarla ante los Tribunales del orden jurisdiccional civil, el juzgador del proceso civil ulterior deberá resolver, a tenor del artículo 61.1 LORPM, con arreglo a los artículos del Código civil que regulan la responsabilidad civil «pura», al contrario de lo que ocurre cuando se reserva la acción civil en el proceso penal ordinario. Estas diferencias enmarañan aún más la ya de por sí intrincada madeja de sistemas de responsabilidad civil.

II. Mayores problemas prácticos ocasiona, en los supuestos de acoso escolar, las hondas diferencias que existen entre el sistema de responsabilidad civil «puro» y el que se encuentra regulado en la LORPM. Primeramente, en esta última no se recoge referencia expresa, en el artículo 61.3, a los centros docentes como responsables civiles solidarios junto con el menor acosador. Su equiparación a los guardadores de hecho constituye una construcción

doctrinal y jurisprudencial que no comparten todos los autores ni sentencias: dicho de otra forma, el artículo 61.3 LORPM podría interpretarse en el sentido de considerar que los centros docentes no son responsables civilmente de aquellas conductas de acoso cometidas por sus alumnos que sean constitutivas de delito, siempre que la acción civil se ejercite en el proceso penal de menores. De esta forma, nos encontraríamos ante dos situaciones paradójicas: la primera consistiría en que los centros docentes, según una interpretación literal del artículo 61.3 LORPM, podrían quedar exentos de responsabilidad civil en el proceso penal de menores incluso en los casos en que hayan omitido toda diligencia debida en la evitación de las conductas de acoso; la segunda consistiría en que la responsabilidad civil del centro docente derivada de la conducta delictiva de acoso podría venir determinada por la jurisdicción en la que se ejercita la acción civil, puesto que, de reservarse esta y ejercitarse en un proceso civil, el artículo aplicable para determinar la responsabilidad civil del centro ya no sería el 61.3 LORPM, sino el párrafo quinto del artículo 1903 del Código civil, que sí que establece una responsabilidad por culpa (aunque presunta). Aunque, como hemos indicado a lo largo del trabajo, la jurisprudencia (principalmente la menor) ha tratado de paliar estas contradicciones (aplicando, por ejemplo, el artículo 1903.5 del Código civil en el proceso penal de menores para determinar la responsabilidad civil de los centros docentes en casos de acoso escolar), no hay duda de que esa pluralidad de sistemas nos sitúa en una posición cuanto menos llamativa, por no decir arbitraria.

En segundo lugar, el artículo 61.3 LORPM insta una responsabilidad objetiva de los progenitores del menor acosador, lo cual supone nuevamente una diferencia fundamental con respecto al artículo 1903.5 del Código civil, que consagra, como acabamos de decir, una responsabilidad subjetiva. De esta forma, los padres podrán mitigar la responsabilidad, pero nunca eximirse de la misma, sea cual sea el grado de diligencia que acrediten haber observado. Aunque entendemos que la razón de ello se encuentra en la búsqueda de la justicia material y en el aseguramiento de una indemnización para la víctima del acoso, consideramos que no se puede prescindir del análisis de la culpa paterna a la hora de determinar la responsabilidad por los daños de su hijo acosador: no se puede tratar, a nuestro juicio, del mismo modo a quienes han incurrido en *culpa in educando* y a quienes, por el contrario, han educado correctamente a su hijo en el respeto y la convivencia hacia los demás. Frente a esta postura, habrá quienes aduzcan que la facultad de moderación de la responsabilidad paterna impide esa injusta equiparación. Sin embargo, no debemos olvidar que dicha facultad es meramente potestativa para el juzgador, y que la aminoración de la responsabilidad no es equiparable a la exoneración, siendo esta última la que debería corresponder cuando los padres han sido totalmente diligentes *in educando* e *in vigilando*.

III. Por otra parte, lamentablemente esta objetivación de la responsabilidad civil en casos de acoso escolar, establecida *ex lege* en la LORPM, también se está extendiendo, principalmente por vía jurisprudencial, a la responsabilidad civil pura. Esta objetivación, que en principio tendría que estar reservada a las actividades peligrosas que por su propia naturaleza entrañan un riesgo y un beneficio inherente al mismo (lo cual no se puede predicar en absoluto de los centros docentes), se ha trasladado también al ámbito de la responsabilidad civil pura por conductas de acoso no solo, como sostienen algunos, para asegurar el resarcimiento del daño causado, sino con una finalidad retributiva y preventiva: la condena a responder civilmente, pues, se utiliza como una forma de castigar al menor acosador (y a su familia) y de evitar que vuelva a repetir la conducta, así como de advertir al resto de menores de que se abstengan de realizar este tipo de comportamientos. Ello constituye una absoluta desvirtuación del objetivo de la responsabilidad civil, que no es más que la reparación del daño causado, y que, por ende, no puede regirse por principios propios del Derecho penal (retribución, prevención general y prevención especial). Principios que, por otra parte, no pueden existir sin sus correlativas garantías (presunción de inocencia, ausencia de culpabilidad por hecho ajeno), las cuales existen en el Derecho penal, pero no en el civil.

IV. Me atrevo a afirmar, con todo, que el Derecho penal, aunque sin duda debe ser aplicado en los casos más graves de acoso escolar, tampoco servirá como instrumento de evitación del mismo, entre otras razones porque la mayoría de los casos de acoso en la escuela se producen antes de los catorce años, que es la edad a partir de la cual un menor es imputable penalmente. El problema del acoso escolar no se puede atajar, desgraciadamente, con la aplicación de un Código de normas, sino que debe resolverse, como tantos problemas que atenazan a nuestra sociedad, por medio de la educación en primer lugar y, junto con ella, de una serie de medidas de prevención (incremento de los orientadores escolares, talleres de preparación para profesores en la averiguación de quiénes pueden ser víctimas potenciales de acoso...), mediación (tanto preventiva de situaciones de acoso como posterior a las mismas) y, en su caso, sanción en el propio ámbito escolar de las conductas de acoso (cambios de grupo del acosador, suspensión del derecho de acudir a las clases y, en última instancia, expulsión definitiva del centro). En definitiva, la solución al acoso escolar no vendrá dada por la responsabilidad penal ni por la civil, sino por la responsabilidad que toda la sociedad (y, particularmente, la comunidad educativa, formada por padres, profesores y alumnos) debe asumir en este ámbito para acabar con una de las peores lacras de nuestra sociedad. Por eso la célebre escritora Rosa MONTERO, en un artículo sobre acoso escolar publicado hace unos meses, no solo se dirigía a los acosadores, sino que nos interpelaba a todos

cuando afirmaba, al final del texto: «Veo pasar a los niños y a los adolescentes bajo mi ventana, cada uno arrastrando el secreto de su herida, de su terror o de su crueldad, y me pregunto: hasta cuándo vamos a permitir que suceda esto»¹¹⁴.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL CAMPOY, J. M. (2003). La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 675, 11-54.
- ALBERT PÉREZ, S. (2007) *Sistema de responsabilidad civil derivada del delito cometido por menores de edad*. Granada: Comares.
- ATIENZA NAVARRO, M. L. (2000). *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*. Granada: Comares.
- CARRERA DOMENECH, J. (2004). «¿Por este orden?» Comentario a la SAP de Cantabria, sección 4.º, de 23 de diciembre de 2003. In *Dret* [En línea/ Núm. 3/2004. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/246_es.pdf
- COLÁS ESCALDÓN, A. M. (2015). *Acoso y ciberacoso escolar: la doble responsabilidad civil y penal*. Barcelona: Bosch.
- COLÁS TURÉGANO, A. *Derecho penal de menores* (2011). Valencia: Tirant lo Blanch.
- DE LA IGLESIA MONJE, I. (2016). Acoso escolar, responsabilidad civil y daño moral. *Bullying, responsibility and moral damage. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 756, 2189-2203.
- DEL REY, R.; ELIPE, P. y ORTEGA-RUIZ, R. (2012). *Bullying and cyberbullying: Overlapping and predictive value of the co-occurrence. Psicothema*, Vol. 24, núm. 4, 608-613.
- GARCÍA PÉREZ, C.; LECICEÑA IBARRA, A. y MESTRE RODRÍGUEZ, M. L. (2009). *Los créditos con privilegios generales: supuestos y régimen jurídico*. Madrid: Reus.
- GÓMEZ CALLE, E. (1995). La responsabilidad civil del menor. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 7, 87-134.
- JORDANO FRAGA, F. (1987). *La responsabilidad contractual*. Madrid: Civitas.
- MENDOZA CALDERÓN, S. y GONZÁLEZ MARTÍNEZ, M. I. (2006). El acoso en derecho penal: Una primera aproximación al tratamiento penal de las principales formas de acoso. *Revista Penal de la Universidad de Huelva*, núm. 18, 188-216.
- MENDOZA CALDERÓN, S. (2013). *El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores: Bullying, cyberbullying, grooming y sexting*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MORENO MARTÍNEZ, J. A. (1996). *Responsabilidad de los centros docentes y profesorado por los daños causados por sus alumnos*. Madrid: McGraw Hill-España.
- OLWEUS, D. (1993). *Bullying at school: What we know and what we can do*. New Jersey: Blackwell Publishers.
- PÉREZ VALLEJO, A. M. (2015). El complejo régimen que disciplina la responsabilidad civil por daños derivados del acoso escolar. *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVIII, fasc. IV, 1387 a 1452.

- PÉREZ VALLEJO, A. M. y PÉREZ FERRER, F. (2016). *Bullying, cyberbullying y acoso con elementos sexuales: desde la prevención hasta la reparación del daño*. Madrid: Dykinson.
- REGLERO CAMPOS, F. y BUSTO LAGO, J. M. (2014). *Tratado de Responsabilidad Civil: Tomo I*. Cizur Menor: Aranzadi.
- (2014). *Tratado de Responsabilidad Civil: Tomo II*. Cizur Menor: Aranzadi.
- REQUERO IBÁÑEZ, J. L. y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. (Dirs.) (2007). *Los derechos fundamentales en la educación*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- RIVAS VALLEJO, P. y GARCÍA VALVERDE, M. D. (Dirs.) (2015). *Tratamiento integral del acoso*. Cizur Menor: Aranzadi.
- ROGEL VIDE, C. (1977). *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*. Madrid: Civitas.
- RUBIO LARA, P. A. (2007). Violencia en los centros escolares y delitos de omisión. *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 44, 77-85.
- UBIETO, J. R. (Ed.) (2016). *Bullying: una falsa salida para los adolescentes*. Barcelona: NED Ediciones.
- VEIGA COPO, A. y NAVARRO MENDÍZABAL, I. (2013). *Derecho de daños*. Cizur Menor: Aranzadi.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (2018). *Responsabilidad civil extracontractual: parte general*. Madrid: Dykinson.

VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS, ORDENADAS CRONOLÓGICAMENTE Y POR TRIBUNAL DE ORIGEN

1. AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Sevilla de 29 de octubre de 1997. Id. Cendoj: 410913700 51997100191
- SAP de Cantabria de 23 de diciembre de 2003. Id. Cendoj: 390753 70042003100712
- SAP de Córdoba de 5 de diciembre. De 2005. Id. Cendoj: 140213700 22005100426
- SAP de Alicante de 15 de febrero de 2008. Id. Cendoj: 030143700 32008100081
- SAP de Castellón de 8 de marzo de 2011. Id. Cendoj: 120403700 12011100119
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 10 de junio de 2011. Id. Cendoj: 380383 70022011100191
- SAP de Almería de 8 de julio de 2011. Id. Cendoj: 04013370022011 00349
- SAP de Madrid de 11 de mayo de 2012. Id. Cendoj: 280793702520 12100215.

- SAP de Cádiz de 29 de junio de 2012. Id. Cendoj: 11012370042012100208
- SAP de Barcelona de 10 de mayo de 2013. Id. Cendoj: 08019370142013100268
- SAP de Asturias de 22 de julio de 2013. Id. Cendoj: 33044370052013100242
- SAP de Valencia de 14 de marzo de 2014. Id. Cendoj: 46250370072014100109
- SAP de Madrid de 16 de septiembre de 2014. Id. Cendoj: 28079370082014100047
- SAP de Guadalajara de 9 de octubre de 2014. Id. Cendoj: 19130370012014100388
- SAP de la Rioja de 8 de marzo de 2015. Id. Cendoj: 26089370012015100004
- SAP de las Islas Baleares de 17 de julio de 2015. Id. Cendoj: 07040370022015100397
- SAP de Palencia de 18 de marzo de 2016. Id. Cendoj: 34120370012016100048
- SAP de Guipúzcoa de 27 de mayo de 2016. Id. Cendoj: 20069370022016100150
- SAP de Murcia de 10 de octubre de 2016. Id. Cendoj: 30030370022016100421
- SAP de Barcelona de 1 de marzo de 2017. Id. Cendoj: 08019370112017100114
- SAP de Ourense de 21 de abril de 2017. Id. Cendoj: 32054370012017100136
- SAP de Valencia de 9 de octubre de 2017. Id. Cendoj: 03014370032008100278
- SAP de Barcelona de 26 de octubre de 2017. Id. Cendoj: 08019370042017100601
- SAP de Girona de 21 de noviembre de 2017. Id. Cendoj: 17079370012017100286
- SAP de Madrid de 18 de diciembre de 2017. Id. Cendoj: 280793700182017100412
- SAP de Bilbao de 15 de marzo de 2018. Id. Cendoj: 48020370032018100114
- SAP de Barcelona de 7 de diciembre de 2018. Id. Cendoj: 080193700162018100508

2. TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso, sede de Sevilla) de 15 de abril de 2010. Id. Cendoj: 41091330032010100060

- STSJ de Madrid de 24 de febrero de 2016. Id. Cendoj: 2807933010 2016100109

3. TRIBUNAL SUPREMO

- STS (Sala Primera) de 3 de diciembre de 1991. Id. Cendoj: 280791100 11991101056
- STS (Sala Primera) de 30 de junio de 1995. Id. Cendoj: 28079110011 995103990
- STS (Sala Primera) de 10 de marzo de 1997. Id. Cendoj: 2807911001 1997101329
- STS (Sala Primera) de 31 de octubre de 1998. Id. Cendoj: 2807911 0011998101734
- STS (Sala Primera) de 4 de junio de 1999. Id. Cendoj: 280791100 11999102224
- STS (Sala Primera) de 8 de marzo de 1999. Id. Cendoj: 28079110011 999102041
- STS (Sala Primera) de 18 de octubre de 1999. Id. Cendoj: 28079110011 999101775
- STS (Sala Primera) de 22 de febrero de 2001. Id. Cendoj: 28079120012 001105580
- STS (Sala Primera) de 27 de septiembre de 2011. Id. Cendoj: 280791100 12001102349
- STS (Sala Primera) de 20 de diciembre de 2004. Id. Cendoj: 2807911001 2004101205
- STS (Sala Primera) de 10 de noviembre de 2006. Id. Cendoj: 28079110012 006101127
- STS (Sala Primera) de 24 de noviembre de 2008. Id. Cendoj: 28079110 012008101063
- STS (Sala Segunda) de 26 de octubre de 2009. Id. Cendoj: 28079 120012009101028
- STS (Sala Segunda) de 29 de marzo de 2012. Id. Cendoj: 2807912 0012012100288
- STS (Sala Segunda) de 11 de febrero de 2014. Id. Cendoj: 28079120012 014100030
- STS (Sala Primera) de 8 de abril de 2016. Id. Cendoj: 2807911001 2016100208
- STS (Sala Primera) de 13 de enero de 2017. Id. Cendoj: 28079110012 017100012

4. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

- STC de 29 de junio de 2000. Publicada en: «BOE» núm. 180, de 28 de julio de 2000, páginas 68 a 96.
- STC de 20 de septiembre de 2012. Publicada en: «BOE» núm. 250, de 17 de octubre de 2012, páginas 32 a 52.

NOTAS

¹ GRANDES, A. «Una noticia que no puede esperar». *El País*, 20 de septiembre de 2015.

² El III Estudio de la Fundación ANAR (<https://www.anar.org/wp-content/uploads/2018/09/III-Estudio-sobre-Acoso-Escolar-y-Ciberbullying-según-los-afectados.pdf>), que data de septiembre de 2018, ha detectado 590 casos de acoso en las aulas de nuestro país. Aunque los casos de acoso escolar se han reducido a la mitad con respecto al año anterior (en el que se registraron, según el II Estudio de esta Fundación, 1207 casos), el estudio recalca que los casos detectados en el último año son de mayor gravedad que en años anteriores.

³ OLWEUS, D. (1993) *Bullying at school: What we know and what we can do*. New Jersey: Blackwell Publishers, 19. En la edición española (*Conductas de acoso y amenaza entre escolares* (2004) Madrid: Morata), la definición de *bullying* aparece en la página 25.

⁴ PÉREZ VALLEJO, A. M. y PÉREZ FERRER, F. (2016) *Bullying, cyberbullying y acoso con elementos sexuales: desde la prevención hasta la reparación del daño*. Madrid: Dykinson, 19.

⁵ DE LA IGLESIA MONJE, I. (2016) Acoso escolar, responsabilidad civil y daño moral. *Bullying, responsibility and moral damages*. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 756, 2191.

⁶ RIVAS VALLEJO, P. (2015) El *bullying* en la enseñanza superior. En RIVAS VALLEJO, P. y GARCÍA VALVERDE, M. D. (Dirs.). *Tratamiento integral del acoso*. Cizur Menor: Aranzadi, 455.

⁷ Es interesante leer, a este respecto, el trabajo de ROMERO PALENCIA, A. y PLATA SANTANDER, J. V. Acoso escolar en universidades. *Enseñanza e Investigación en Psicología*, vol. 20, núm. 3, 273. Estas dos psicólogas mexicanas, a pesar de aplicar el término «acoso escolar» al acoso entre universitarios, destacan que el acoso que tiene lugar en universidades de su país se asemeja más al *mobbing* o acoso laboral que al acoso escolar propiamente dicho, en tanto que, al realizarse entre adultos, está vinculado al afán de competitividad con los compañeros y utiliza técnicas más sutiles. Así, podemos observar que incluso quienes sostienen la existencia del acoso escolar en universidades acaban reconociendo que se trata de un tipo distinto de acoso.

⁸ UBIETO, J. R. (Ed.) (2016). *Bullying: una falsa salida para los adolescentes*. Barcelona: NED Ediciones, 18.

⁹ COLÁS ESCANDÓN, A. M. (2015). *Acoso y ciberacoso escolar: la doble responsabilidad civil y penal*. Barcelona: Bosch, 35. También en MAGRO SERVET, V. (2014). Otras formas de violencia sobre los menores: el acoso escolar. *La Ley Derecho de Familia*. 12 de noviembre de 2014, 4.

¹⁰ Instrucción 10/2005, de la Fiscalía General del Estado, sobre el tratamiento del acoso escolar en el sistema de justicia juvenil, 2. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/MN_Instruccion10_2005.pdf?idFile=934611d6-6f25-49de-8d2a-916cad86b3ee

¹¹ Con todo, existe la posibilidad de que un mayor de edad, que está cursando Bachillerato o incluso los últimos cursos de secundaria (por ejemplo, un repetidor de curso) cometa una conducta de acoso. En caso de que dicha conducta pudiera subsumirse en algún delito y fuera denunciada como tal, el alumno debería responder, como adulto que es, conforme al Código penal y al sistema de responsabilidad civil previsto en el mismo, en sus artículos 109 a 122.

¹² ALBERT PÉREZ, S. (2007). *Sistema de responsabilidad derivada del delito cometido por menores de edad*. Granada: Comares, 25.

¹³ PÉREZ VALLEJO, A. M. y PÉREZ FERRER, F. (2016) *Bullying, cyberbullying...* Op. cit, 109.

¹⁴ ALBERT PÉREZ, S. (2007) *Sistema de responsabilidad civil derivada del delito...* Op. cit, 30.

¹⁵ En los casos de acoso escolar, normalmente el perjudicado por el delito (es decir, la víctima de acoso) será menor de edad, por lo que deberá ser representado en juicio por sus representantes legales, en los mismos términos que veremos para el menor acosador en el apartado III. 1-C de este artículo.

¹⁶ ALBERT PÉREZ, S. (2007) *Sistema de responsabilidad civil derivada del delito...* Op. cit, 41.

¹⁷ ALBERT PÉREZ, S. (2007) *Sistema de responsabilidad civil derivada del delito...* Op. cit, 42.

¹⁸ Es la opinión, entre otros, de YZQUIERDO TOLSADA, M. (2014). La responsabilidad civil en el proceso penal. En REGLERO CAMPOS, F. (Coord.). *Tratado de responsabilidad civil: Tomo I*. Cizur Menor: Aranzadi, 1132. En el mismo sentido se pronuncia DE LA ROSA CORTINA, J. M. (2012) *Responsabilidad civil por los daños causados por menores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 284.

¹⁹ YZQUIERDO TOLSADA, M. (2018). *Responsabilidad civil extracontractual: parte general*. Madrid: Dykinson, 94. En tanto que norma civil, tiene rango de ley ordinaria, no de ley orgánica.

²⁰ Entre otros, ABRIL CAMPOY, J. M. (2003). La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 675, 22; y CARRERA DOMENECH, J. (2004). ‘¿Por este orden?’ Comentario a la SAP de Cantabria, sección 4.º, de 23 de diciembre de 2003, *In Dret [En línea]* Núm. 3/2004, 6. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/246_es.pdf

²¹ SAP de Cantabria de 23 de diciembre de 2003. Id. Cendoj: 39075370042003100712. El FJ 4.º de la sentencia reconoce expresamente que «el centro docente se va a equiparar al guardador de hecho [...] ya que asume por delegación las funciones de vigilancia y guarda de los menores desde su entrada en el centro hasta la salida del mismo».

²² SAP de la Rioja de 8 de marzo de 2015. Id. Cendoj: 26089370012015100004. Esta sentencia asume, en el FJ 3.º, la consideración por parte del recurrente del centro docente como guardador de hecho.

²³ SAP de Murcia de 10 de octubre de 2016. Id. Cendoj: 30030370022016100421. Aunque esta sentencia no enjuicia un supuesto relativo al acoso escolar sino al abuso sexual entre menores, la consideramos relevante debido al análisis que realiza de los dos posibles fundamentos de la responsabilidad del centro, decantándose por el 1903 del Código civil frente al 61.3 LORPM.

²⁴ SAP de Valencia de 9 de octubre de 2017. Id. Cendoj: 03014370032008100278. En el FJ 3.º, esta sentencia menciona primero el artículo 1903 del Código civil como fundamento de la responsabilidad del centro docente, pero posteriormente condena a este último con base en el artículo 61 LORPM.

²⁵ Es la postura sostenida por TESÓN MARTÍN, F. (2001). La responsabilidad civil en la nueva ley de menores. *Revista La Ley*, núm. 5418, 2; y SERRANO CHAMORRO, M. E. (2011). La responsabilidad civil del menor de edad, *Actualidad civil*, núm. 15, 7.

²⁶ COLÁS ESCANDÓN, Ana María (2015). *Acoso y ciberacoso escolar: la doble responsabilidad...* *Op. cit.*, 291.

²⁷ SAP de Santa Cruz de Tenerife de 10 de junio de 2011. Id. Cendoj: 38038370022011100191. El FJ 2.º de esta sentencia señala expresamente: «La impugnación parte aquí de una interpretación errónea del artículo 61.3 LORPM, que establece un régimen de responsabilidad —para el caso de comisión de delitos— que supera el régimen ordinario del artículo 1903 del Código civil, y que establece en realidad un régimen de responsabilidad objetiva».

²⁸ SAP de Cádiz de 29 de junio de 2012. Id. Cendoj: 11012370042012100208. El FJ 3.º de dicha sentencia señala, entre otros pronunciamientos, que «las condiciones de carácter culpabilístico, dolo o negligencia grave, pueden influir a la hora de moderar la responsabilidad civil, pero esta última no se vincula ni se hace depender de aquéllas sino que existe en todo caso, siempre que el responsable de los hechos sea un menor de edad, por expresa disposición legal».

²⁹ SAP de Guadalajara de 9 de octubre de 2014. Id. Cendoj: 19130370012014100388. Esta sentencia dice en el FJ 3.º: «Se trata, en consecuencia, de una responsabilidad objetiva, ajena a la noción de culpa civil, para quienes responden por hechos ajenos, prescindiéndose totalmente de los criterios de imputación subjetiva, los cuales únicamente se tienen en cuenta, como se ha indicado, para dejar al arbitrio del Juzgador la moderación de la responsabilidad».

³⁰ Dicha posición es defendida por DÍAZ-ALABART, S. Nuevas tendencias en la responsabilidad civil de los menores: el artículo 19 LORPM, en YZQUIERDO TOL-SADA, M. y DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (Coords.). *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana* (2001). Madrid: Dykinson, 98.

³¹ Entre otros, DE LA ROSA CORTINA, J. M. *Responsabilidad civil por los daños...* *Op. cit.*, 52.

³² SAP de las Islas Baleares de 17 de julio de 2015. Id. Cendoj: 07040370022015100397. El FJ 3.º de dicha sentencia afirma que «La norma de responsabilidad civil que consagra la LORPM insta para las personas mencionadas una responsabilidad cuasi-objetiva que nada tiene que ver con la responsabilidad por culpa o negligencia establecida en los artículos 1902 y siguientes del Código civil».

³³ SAP de Almería de 8 de julio de 2011. Id. Cendoj: 04013370022011100349. En el FJ 2.º de esta sentencia se indica que «Como dice la AP de Madrid 25 de marzo de 2011 la literalidad de la norma no deja lugar a dudas sobre el establecimiento directo de una responsabilidad solidaria de los progenitores, que en principio equivaldría a una responsabilidad objetiva; no obstante, al dulcificarla a continuación posibilitando su modulación, permite configurarla como una responsabilidad civil cuasi-objetiva».

³⁴ Entre otros, ALBERT PÉREZ, S. (2007) *Sistema de responsabilidad civil derivada del delito...* *Op. cit.*, págs. 53-54; ATIENZA NAVARRO, M. L. (2000) *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*. Granada: Comares, 513.

³⁵ Además de los centros docentes, también podrían ser considerados como guardadores de hecho los abuelos que, en defecto de los progenitores, se hacen cargo del menor acosador «de hecho», sin ostentar la condición de tutores. El Dictamen 6/2011, de la Fiscalía General del Estado, sobre la guarda de hecho, los menciona expresamente como guardadores de hecho (5). El dictamen está disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/DICTAMEN%206-2011%20sobre%20el%20tratamiento%20de%20la%20guarda%20de%20hecho?idFile=48437b3d-a69f-451a-a5a5-13be27f2832d

³⁶ Debemos destacar que no se podrán considerar responsables *ex delicto* los progenitores que se encontraran privados de la patria potestad en el momento de la comisión de las conductas de acoso constitutivas de delito, ni tampoco quienes, aun ostentando la guarda, se encuentren materialmente imposibilitados para ejercerla (ALBERT PÉREZ, S. (2007) *Sistema de responsabilidad civil derivada del delito...* *Op. cit.*, 42).

³⁷ La profesora COLÁS ESCANDÓN (*Acoso y ciberacoso escolar: la doble responsabilidad...* Op. cit, 306) cita como valedora de esta postura a la profesora COLÁS TUREGANO, que así lo expresa en su obra *Derecho penal de menores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, 298).

³⁸ Es la defendida por ABRIL CAMPOY (2003) *La responsabilidad de los padres por los daños...*, op. cit., 21.

³⁹ SAP de Alicante de 15 de febrero de 2008. Id. Cendoj: 03014370032008100081. En el FJ 2.º de la sentencia (la cual no aplica ninguna moderación de la responsabilidad) se indica que «La ausencia de dolo o negligencia grave es el requisito “*sine quo non*” para moderar la responsabilidad civil de padres, tutores, guardadores, etc., pero no implica que por ello se deba proceder a la moderación automática [...] En el presente supuesto, no se justifica de ninguna forma la moderación interesada».

⁴⁰ SAP de Barcelona de 25 de octubre de 2010. Id. Cendoj: 08019370032010100609. En el FJ 2.º se indica que «La dicción legal implica la inversión en la carga probatoria para proceder a la moderación, de manera que es a los padres o asimilados que invocan la procedencia de la moderación, a quienes corresponde acreditar que han empleado las precauciones adecuadas para impedir la actuación delictiva del menor».

⁴¹ COLÁS ESCANDÓN, A. M. (2015) *Acoso y ciberacoso escolar: la doble responsabilidad...* Op. cit., 318.

⁴² Sin embargo, algunas sentencias de la jurisprudencia menor que enjuician casos de acoso escolar interpretan de forma distinta este artículo, y llegan a la conclusión de que la acción civil derivada del proceso penal de menores y ejercitada en la jurisdicción civil se rige por los artículos de la LORPM. Es el caso de la SAP de Córdoba de 5 de diciembre de 2005 (Id. Cendoj: 14021370022005100426), que indica que la referencia del artículo 61.1 LORPM a las normas del Código civil se refiere «no a la regulación general de los artículos 1902 y siguientes, sino a la formulación de los principios generales vistos de los artículos 1089 y 1092 del Código civil» (FJ 1.º).

⁴³ YZQUIERDO TOLSADA, M. (2018) *Responsabilidad civil extracontractual: parte general...* Op. cit., págs. 153 a 154.

⁴⁴ Debemos recalcar que la ausencia de responsabilidad por omisión en el caso de los menores compañeros de la víctima ha quedado en entredicho en el ámbito de la Comunidad de Madrid, donde ya ha entrado en vigor el Decreto 32/2019, de 9 de abril, del Consejo de Gobierno, por el que se establece el marco regulador de la convivencia en los centros docentes. Este Decreto tipifica en su artículo 36.1.1), como falta grave, la omisión del alumno de comunicar al personal del centro la existencia de conductas de acoso escolar, pudiendo ser sancionado por ello, entre otras medidas, con la expulsión del centro durante cinco días [art. 36.2.e)].

⁴⁵ PÉREZ VALLEJO, A. M. y PÉREZ FERRER, F. (2016) *Bullying, cyberbullying...* Op. cit., 216.

⁴⁶ SAP de Asturias de 22 de julio de 2013. Id. Cendoj: 33044370052013100242. En esta sentencia se condena a la menor acosadora y a los padres de la misma a abonar las cantidades dejadas de percibir por el padre de la víctima con ocasión del tiempo que estuvo sin trabajar para cuidarla después de que se produjera el acoso.

⁴⁷ SAP de Barcelona de 7 de diciembre de 2018. Id. Cendoj: 08019370162018100508. Una parte de la indemnización que impuso la sentencia al centro docente trae causa de daños patrimoniales: en concreto, se incluyen en la misma el importe equivalente a los años de servicio de comedor escolar durante los que la niña dejó de asistir al comedor (sin que el centro se diera cuenta), aun estando apuntada al mismo, como consecuencia de los insultos que le proferían sus compañeros en relación con su aspecto físico. Los padres de la menor también pretendieron la inclusión en la indemnización del tratamiento psicológico que recibió la menor como consecuencia del trastorno alimenticio que sufrió a partir del momento del acoso, pero la sentencia lo desestimó al entender que el trastorno no era imputable a la conducta de los acosadores.

⁴⁸ SAP de Palencia de 18 de marzo de 2016. Id. Cendoj: 34120370012016100048.

⁴⁹ SAP de Madrid de 18 de diciembre de 2017. Id. Cendoj: 28079370182017100412. En el FJ 3.º de la sentencia se indica cómo el baremo es aplicable, de manera orientativa y no vinculante, en supuestos distintos a los accidentes de vehículos a motor. En este caso, sirvió para calcular la indemnización correspondiente a unas lesiones causadas por los acusadores que habían provocado en el menor una situación de incapacidad permanente.

⁵⁰ SAP de Valencia de 13 de octubre de 2006. Id. Cendoj: 46250370072006100557

⁵¹ SAP de Valencia de 14 de marzo de 2014. Id. Cendoj: 46250370072014100109. En este caso, el baremo se utiliza para calcular la indemnización correspondiente a las lesiones físicas en el rostro de la víctima causadas por los acosadores y en el estrés postraumático que dicha agresión causó en la víctima.

⁵² STS (Sala Primera) de 8 de abril de 2016. Id. Cendoj: 28079110012016100208. Esta doctrina se recoge, concretamente, en el apartado cuarto del FJ 3.º, afirmándose que «La utilización de las reglas del Baremo como criterios orientadores, es decir, para cuantificar las indemnizaciones por los perjuicios causados a las personas como consecuencia del daño corporal no ocasionado por un hecho de la circulación (de un vehículo de motor), no excluye la indemnización por separado de los daños morales que no sean consecuencia del referido daño corporal».

⁵³ STC de 29 de junio de 2000 («BOE» núm. 180, de 28 de julio de 2000, páginas 68 a 96). Citada en COLÁS ESCANDÓN, A. M. *Acoso y ciberacoso escolar: la doble responsabilidad...* *Op. cit.*, 397.

⁵⁴ Citado en PÉREZ VALLEJO, A. M. y PÉREZ FERRER, F. (2016) *Bullying, cyberbullying...* *Op. cit.*, 218.

⁵⁵ Sin perjuicio de que, posteriormente, el hospital público pueda reclamar el coste del tratamiento a la aseguradora que, en su caso, cubra los daños causados al menor (por ejemplo, la aseguradora del centro docente en el que se han producido los daños). En este sentido se pronuncia la STS de 13 de enero de 2017 (Id. Cendoj: 28079110012017100012), que además establece la obligación de la aseguradora de cubrir los gastos médicos y farmacéuticos no solo hasta la sanación de las secuelas, sino también hasta los gastos de asistencia sanitaria futura.

⁵⁶ STS (Sala Primera) de 22 de febrero de 2001. Id. Cendoj: 28079120012001105580

⁵⁷ STS (Sala Segunda) de 11 de febrero de 2014. Id. Cendoj: 28079120012014100030

⁵⁸ PÉREZ VALLEJO, A. M. y PÉREZ FERRER, F. (2016) *Bullying, cyberbullying...* *Op. cit.*, 222.

⁵⁹ SAP de Madrid de 11 de mayo de 2012. Id. Cendoj: 28079370252012100215.

⁶⁰ SAP de Madrid de 16 de septiembre de 2014. Id. Cendoj: 28079370082014100047

⁶¹ YZQUIERDO TOLSADA, M. (2018) *Responsabilidad civil extracontractual: Parte general...* *Op. cit.*, 210.

⁶² YZQUIERDO TOLSADA, M. (2018) *Responsabilidad civil extracontractual: Parte general...* *Op. cit.*, 211.

⁶³ SAP de Girona de 21 de noviembre de 2017. Id. Cendoj: 17079370012017100286. Dicha sentencia enjuiciaba el presunto acoso, principalmente indirecto (exclusión del grupo de clase, de los juegos del recreo, menosprecio en el trato personal...), dirigido contra una alumna, aquejada posteriormente de un cuadro de ansiedad.

⁶⁴ SAP de Bilbao de 15 de marzo de 2018. Id. Cendoj: 48020370032018100114. Esta sentencia enjuicia un supuesto caso de acoso en el que la parte demandante alegaba la causación por parte del presunto acosador de una serie de lesiones físicas. La sentencia consideró que no quedaba acreditado que dichas lesiones fueran imputables a la conducta del presunto acosador.

⁶⁵ Es el caso, por ejemplo, de Francia, donde un importante sector doctrinal opina que los menores son imputables civilmente, con arreglo al artículo 1240 del Code Civil (antiguo artículo 1382, antes de la reforma del Code Civil en 2016), con independencia de

su capacidad de discernimiento (ATIENZA NAVARRO, M. L. (2000). *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos...* Op. cit., 513).

⁶⁶ PÉREZ VALLEJO, A. M. y PÉREZ FERRER, F. (2016). *Bullying, cyberbullying...* Op. cit., 162.

⁶⁷ Incluso en las Partidas (Partida 7.º, Título I, Ley IX) se establecía que no podía existir responsabilidad alguna del menor antes de los diez años (ATIENZA NAVARRO, M. L. (2000). *La responsabilidad civil por los hechos dañosos...* Op. cit., 527). Parece ilógico, por tanto, que entendamos que el menor pueda responder desde los siete años.

⁶⁸ La edad de doce años como indicativa de madurez del menor fue introducida en esta Ley por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Aunque en el artículo 9.2 se configura como una presunción *iuris et de iure* de madurez, entendemos que, de considerarla aplicable en el ámbito de la responsabilidad civil del menor, operaría como presunción *iuris tantum*, puesto que no podemos prescindir, a la hora de exigir responsabilidad al menor, del análisis caso por caso.

⁶⁹ Por otra parte, una parte de la doctrina llegó incluso a plantearse la responsabilidad subsidiaria del menor con respecto a sus padres, lo cual carece de toda lógica. Además, teniendo en cuenta los antecedentes históricos, debemos decir que en el proyecto de Código civil de 1851 elaborado por García Goyena, el artículo 1901 del Código civil contemplaba una responsabilidad subsidiaria de los padres con respecto al menor, y no a la inversa (ATIENZA NAVARRO, M. L. (2000) *La responsabilidad civil por los hechos dañosos...* Op. cit., 531).

⁷⁰ Debemos destacar que la responsabilidad del menor *ex* artículo 1902 del Código civil exige una reparación integral del daño causado, sin que quepa una moderación de la responsabilidad por su condición de menor (GÓMEZ CALLE, E. (1995) La responsabilidad civil del menor. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 7, 105-106).

⁷¹ *Vid.* Nota 42. Esta sentencia civil determina la responsabilidad civil derivada de un ilícito penal, al haberse reservado la víctima la acción civil para la jurisdicción civil. La menor acosadora reconoció en vía penal los hechos y las consecuencias de los mismos («episodios de angustia y ansiedad, con manifestaciones de temor, falta de concentración y apatía»).

⁷² Entre otras, las ya citadas SAP de Girona de 21 de noviembre de 2017 (FJ 4.º) y SAP de Bilbao de 15 de marzo de 2018 (FJ 2.º), señalan, en relación con la exclusión social como una forma de acoso escolar, que «No cabe duda que esta modalidad de acoso es mucho más difícil de valorar, por un lado, porque resulta más difícil de probar el grado que ha tenido y, por otro lado, porque el rechazo que unos niños puedan mostrar a otro u otros no necesariamente debe calificarse como acoso, pues no deja de ser comprensible que se pueda rechazar a un niño a que juegue dentro del grupo de otros niños, por los motivos que sean [...] Es necesario un plus, esto es, que además de ese rechazo exista una actuación encaminada a que ese niño quede excluido y marginado de todo el grupo social (la clase o la mayoría de los niños de la clase), pues si un niño es rechazado de un determinado grupo, no impide que busque amistades en otro u otros grupos o en otros niños».

⁷³ Debemos recordar, no obstante, lo dispuesto en relación a esta cuestión en la Nota 44.

⁷⁴ COLÁS ESCANDÓN, A. M. (2015). *Acoso y ciberacoso escolar: la doble responsabilidad...* Op. cit., 336.

⁷⁵ COLÁS ESCANDÓN, A. M. (2015). *Acoso y ciberacoso escolar: la doble responsabilidad...* Op. cit., 333.

⁷⁶ Esta postura doctrinal hiende sus raíces en el artículo del profesor ROGEL VIDE en su obra *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español* (Editorial Civitas. Madrid, 1977, 140), y continúa hasta nuestros días de la mano de autores como VEIGA COPO y NAVARRO MENDÍZABAL en su obra *Derecho de daños* (Editorial Civitas-Aranzadi. Cizur Menor, 2013, 285).

- ⁷⁷ STS (Sala Primera) de 30 de junio de 1995. Id. Cendoj: 28079110011995103990
- ⁷⁸ STS (Sala Primera) de 10 de noviembre de 2006. Id. Cendoj: 28079110012006101127
- ⁷⁹ PÉREZ VALLEJO, A. M. (2015) El complejo régimen que disciplina la responsabilidad civil por daños derivados del acoso escolar. *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVIII, fasc. IV, 1429.
- ⁸⁰ SAP de Castellón de 8 de marzo de 2011. Id. Cendoj: 12040370012011100119
- ⁸¹ SAP de Guipúzcoa de 27 de mayo de 2016. Id. Cendoj: 20069370022016100150
- ⁸² La propia SAP de Sevilla de 29 de octubre de 1997 (vid. Nota 83) cita la STS de 30 de junio de 1995 (de la que hemos hablado antes), que señala que «la responsabilidad dimana de culpa propia del guardador por omisión del deber de vigilancia».
- ⁸³ SAP de Sevilla de 29 de octubre de 1997. Id. Cendoj: 41091370051997100191
- ⁸⁴ COLÁS ESCANDÓN, A. M. (2015) *Acoso y ciberacoso escolar: la doble responsabilidad...* Op. cit., 338.
- ⁸⁵ YZQUIERDO TOLSADA, M. (2018) *Responsabilidad civil extracontractual: Parte general...* Op. cit., 381.
- ⁸⁶ COLÁS ESCANDÓN, A. M. (2015) *Acoso y ciberacoso escolar: la doble responsabilidad...* Op. cit., 361.
- ⁸⁷ El concepto de responsabilidad por falta de diligencia en la organización de medios y de personal por parte del centro docente trae causa de la teoría de la «culpa de organización», que tiene su origen en Alemania (*organisationsverschulden*). [PÉREZ VALLEJO, A. M. y PÉREZ FERRER, F. (2016) *Bullying, cyberbullying...* Op. cit., 171]. Algunos autores han destacado que, habiéndose trasladado la responsabilidad de los maestros a los centros docentes, cobra más sentido que estos últimos respondan por las deficiencias de organización que por la falta de diligencia en la vigilancia directa de los alumnos [DÍAZ-ALABART, S. y ASÚA GONZÁLEZ, C. (2000) *Responsabilidad de la Administración en la sanidad y en la enseñanza*. Madrid: Montecorvo S.A., 85].
- ⁸⁸ Esta es la expresión utilizada tanto por el profesor YZQUIERDO TOLSADA (*Responsabilidad civil extracontractual: parte general...* Op. cit, págs. 125 a 129) como por las profesoras GARCÍA PÉREZ, LECICENA IBARRA y MESTRE RODRÍGUEZ (*Los créditos con privilegios generales: supuestos y régimen jurídico*. Madrid: Reus, 2009, 143). En esta última obra, se indica que «en determinados contratos se halla implícita una obligación de seguridad respecto de los bienes y persona de la otra parte y en atención a los bienes especialmente protegidos (vida, integridad física y propiedad), de tal forma que se entiende que los daños causados provienen de un incumplimiento contractual».
- ⁸⁹ Este es el término utilizado por el profesor JORDANO FRAGA (*La responsabilidad contractual*. Madrid: Civitas, 1987, 141 a 145) El autor explica en esta obra que los deberes de protección tienen su origen en la doctrina civilista alemana, que distingue entre los *Leistungspflichten* («deberes de prestación»), que se refieren a la satisfacción del objetivo principal del acreedor y los *Schutzpflichten* («deberes de protección»), que traen causa de la idea de buena fe y que pretenden proteger a las partes contratantes de todo daño que pueda derivarse del cumplimiento de la obligación. La responsabilidad del deudor en el incumplimiento de estos últimos deberes debe considerarse, según JORDANO FRAGA, como responsabilidad contractual.
- ⁹⁰ De hecho, ni siquiera la totalidad de la doctrina reconoce la existencia de las obligaciones de seguridad (el profesor GARCÍA VALDECASAS, por ejemplo, las considera ficticias), y lo mismo ocurre con la jurisprudencia. Con todo, sí que existe jurisprudencia del Tribunal Supremo que reconoce, aunque sea implícitamente, la existencia de estas obligaciones de seguridad. Sirvan como ejemplo la SSTs de 20 de diciembre de 2004 y de 24 de noviembre de 2008, que condenan, en concepto de responsabilidad contractual, a las Compañías de Metro de Barcelona y Madrid, respectivamente, por agresiones cometidas contra usuarios del Metro dentro de las instalaciones del mismo (citadas en YZQUIERDO TOLSADA, M. (2018) *Responsabilidad civil extracontractual: parte general...* Op. cit., 129).

⁹¹ Entre otros, COLÁS ESCANDÓN, A. M. (2015). *Acoso y ciberacoso escolar: la doble responsabilidad...* *Op. cit.*, 350-354; y GÓMEZ CALLE, E. (2014). Responsabilidad de padres y centros docentes. En Reglero Campos, F. (Coord.) *Tratado de Responsabilidad Civil: Tomo II...* *Op. cit.*, 1299-1300.

⁹² Junto a ello, el hecho de que se limite dicha responsabilidad al tiempo en que los alumnos se encuentren bajo vigilancia de los profesores refuerza esta postura doctrinal, ya que de ello se puede inferir que la responsabilidad del centro dependerá de la diligencia que muestre el personal del mismo a la hora de vigilar a los alumnos durante este periodo (DÍAZ-ALABART, S. y ASÚA GONZÁLEZ, C. (2000) *Responsabilidad de la Administración...* *Op. cit.*, 85).

⁹³ No estamos de acuerdo, sin embargo, con el argumento de la profesora DÍAZ-ALABART (*Responsabilidad de la Administración...* *Op. cit.*, 86) para confrontar a quienes defienden el carácter objetivo de la responsabilidad: según dicha profesora, no hay en estos casos una actividad lucrativa que justifique el riesgo, puesto que la mayor parte de centros privados son de carácter religioso. Si bien es cierto que no es una actividad objetivamente peligrosa, no lo es que se trate de una actividad lucrativa, ni siquiera en los centros religiosos, que también tienen un interés económico. En este sentido estamos de acuerdo con la postura defendida por el profesor YZQUIERDO TOLSADA, que señala que «en los centros docentes privados estamos ante una empresa que se beneficia de una actividad» (*Responsabilidad civil extracontractual...* *Op. cit.*, 379).

⁹⁴ PÉREZ VALLEJO, A. M. y PÉREZ FERRER, F. (2016) *Bullying, cyberbullying...* *Op. cit.*, 171. Aunque en esta obra se equipara la diligencia a la de un buen padre de familia, se citan algunas sentencias que defienden la existencia de un grado adicional de exigencia para los centros docentes, sin llegar a ser una responsabilidad objetiva (en concreto, cita el FJ 3.º de la SAP de Madrid de 11 de mayo de 2012).

⁹⁵ Citadas en GÓMEZ CALLE, E. (2014) Responsabilidad de padres y centros docentes. En Reglero Campos, Fernando (Coord.). *Tratado de responsabilidad civil: Tomo II...* *Op. cit.*, 1300.

⁹⁶ STS (Sala Primera) de 10 de marzo de 1997. Id. Cendoj: 28079110011997101329. Esta sentencia enjuicia la responsabilidad del centro en el daño causado por un menor a otro al introducirle el primero un lápiz en el ojo durante la clase de dibujo.

⁹⁷ SAP de Barcelona de 1 de marzo de 2017. Id. Cendoj: 08019370112017100114

⁹⁸ SAP de Ourense de 21 de abril de 2017. Id. Cendoj: 32054370012017100136

⁹⁹ SAP de Barcelona de 26 de octubre de 2017. Id. Cendoj: 08019370042017100601

¹⁰⁰ DÍAZ-ALABART, S. y ASÚA GONZÁLEZ, C. (2000) *Responsabilidad de la Administración...* *Op. cit.*, 106.

¹⁰¹ GÓMEZ CALLE, E. (2014) Responsabilidad de padres y centros docentes. En Reglero Campos, F. (Coord.). *Tratado de responsabilidad civil: Tomo II...* *Op. cit.*, págs. 1306-1307. Cuestión distinta sería, sin embargo, que los alumnos de otros centros escolares participaran en esa actividad conjunta acompañados de sus propios profesores. En tal caso, cada centro docente se responsabilizaría de los hechos cometidos por sus alumnos.

¹⁰² GÓMEZ CALLE, E. (2014) Responsabilidad de padres y centros docentes. En Reglero Campos, Fernando (Coord.). *Tratado de responsabilidad civil: Tomo II...* *Op. cit.*, 1306-1307. Entre otras sentencias que lo afirman, podemos citar las SSTs (Sala Primera) de 4 de junio de 1999 y de 29 de junio de 2000.

¹⁰³ COLÁS ESCANDÓN, A. M. (2015). *Acoso y ciberacoso escolar: doble responsabilidad...* *Op. cit.*, 372.

¹⁰⁴ STS (Sala Primera) de 3 de diciembre de 1991. Id. Cendoj: 28079110011991101056. Cabe destacar que el centro docente objeto de este proceso es público, puesto que, en el momento de dictarse esta sentencia, aún era frecuente que los tribunales del orden civil conocieran de demandas por daños imputables a centros públicos. Tras la promulgación de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la competencia para conocer de estos procesos corresponde exclusivamente, en virtud del

artículo 9.4 LJCA, a los tribunales del orden contencioso-administrativo, competencia que se ha extendido, en virtud de la reforma de la LJCA por la Ley 19/2003, de 23 de diciembre, a la determinación de la responsabilidad civil de las aseguradoras que sean codemandadas con la Administración.

¹⁰⁵ Diario de Sesiones del Senado del día 27 de noviembre de 1990. Disponible en: <http://www.senado.es/legis4/publicaciones/pdf/senado/ds/CS0056.PDF>

¹⁰⁶ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (1991) Comentario al artículo 1904 del Código civil. En VV.AA (1991). *Comentarios al Código civil: Tomo II*. Madrid: Ministerio de Justicia, 2036.

¹⁰⁷ MORENO MARTÍNEZ, J. A. (1996) *Responsabilidad de los centros docentes y profesorado por los daños causados por sus alumnos*. Madrid: McGraw Hill-España, 239.

¹⁰⁸ DÍAZ-ALABART, S. y ASÚA GONZÁLEZ, C. (2000) *Responsabilidad de la Administración...* *Op. cit.*, 163.

¹⁰⁹ En caso de centros concertados, el régimen de responsabilidad civil aplicable es el previsto en el Código civil, al tratarse, en definitiva, de centros que no son titularidad del Estado, aunque controlados en la práctica por la Administración pública a través del Consejo Escolar (YZQUIERDO TOLSADA, M. (2018). *Responsabilidad civil extracontractual: parte general...* *Op. cit.*, 381).

¹¹⁰ FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2016). *Sistema de Derecho Administrativo. Tomo II*. Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters-Aranzadi, 447.

¹¹¹ Vid. Nota 104.

¹¹² STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso, sede de Sevilla) de 15 de abril de 2010. Id. Cendoj: 41091330032010100060

¹¹³ STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso) de 24 de febrero de 2016. Id. Cendoj: 28079330102016100109

¹¹⁴ MONTERO, Rosa. «Jokin, Carla, Arancha, Diego, Lucía». *El País*, 23 de septiembre de 2018.

*(Trabajo recibido el 5-7-2019 y aceptado
para su publicación el 7-11-2019)*

DICTÁMENES Y NOTAS

Los efectos de diez años de crisis en las comunidades de propietarios

The effects of ten years of crisis in condominiums

por

SERGIO NASARRE AZNAR

*Catedrático de Derecho Civil. Cátedra UNESCO de Vivienda
Universidad Rovira i Virgili*

HÉCTOR SIMÓN MORENO

*Profesor Lector de Derecho Civil. Cátedra UNESCO de Vivienda
Universidad Rovira i Virgili*

RESUMEN: El presente trabajo trata de los efectos de diez años de crisis económica en las comunidades de propietarios a través de los datos recopilados de 1202 encuestas realizadas en España a propietarios residentes en régimen de propiedad horizontal. La finalidad de esta encuesta era determinar el estado del parque de viviendas residenciales en España e identificar en consecuencia las actuaciones que son necesarias llevar a cabo, analizar los conflictos y problemas más habituales en las comunidades y detectar los elementos que puedan ayudar en el futuro a mejorar su economía y su gestión. Los resultados demuestran que diez años de crisis económica han afectado al mantenimiento de las comunidades de propietarios, con una especial incidencia en el incremento de la morosidad, al tiempo que ha favorecido la generalización de una serie de problemas de convivencia. Los problemas detectados deberían hacer replantear al legislador cuestiones clave sobre el régimen de propiedad horizontal, como conceder personalidad jurídica a las comunidades o el impulso de mecanismos alternativos de resolución

de conflictos. En este sentido, se formulan una serie de recomendaciones para mejorar la gestión, administración y financiación de las comunidades de propietarios, así como sobre la manera de afrontar los problemas y los conflictos entre sus miembros, las actuaciones en materia de accesibilidad universal y eficiencia energética y el régimen de tenencia de las viviendas.

ABSTRACT: The present work deals with the effects of ten years of economic crisis in condominiums through the data collected from 1,202 surveys conducted in Spain to units' owners residing there. The purpose of this survey was to determine the state of the residential housing stock in Spain and as a consequence to identify the actions that are necessary to carry out, to analyze the most common conflicts and problems within the condominiums and to detect the elements that may help in the future to improve their economy and management. The results show that ten years of economic crisis have affected the maintenance of condominiums, with a special incidence in the increase of the delinquency, at the time that has favored the origination of problems of cohabitation. The problems detected should make the legislator rethink key questions about the legal framework of condominiums, such as granting them legal personality or the promotion of alternative mechanisms of conflict solving. In this sense, a series of recommendations are formulated to improve the management, administration and finance of condominiums, as well as about the way to face the problems and the conflicts among residents, the actions in the field of universal accessibility and energy efficiency and the regime of housing tenures.

PALABRAS CLAVE: Comunidades de propietarios. Propiedad horizontal. Crisis financiera. Organización. Morosidad. Accesibilidad universal. Eficiencia energética. Tenencias de la vivienda.

KEY WORDS: *Condominiums. Financial crisis. Organization. Delinquency. Universal accessibility. Energy efficiency. Housing tenures.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA SITUACIÓN DE LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS EN ESPAÑA: 1. LA ANTIGÜEDAD Y EL ESTADO DE CONSERVACIÓN DEL PARQUE DE VIVIENDAS. 2. LOS CONFLICTOS EN EL SENO DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS. 3. LAS PREOCUPACIONES DE LAS COMUNIDADES DE CARA AL FUTURO. 4. LA ADMINISTRACIÓN PROFESIONAL DE LA COMUNIDAD. 5. LA ACCESIBILIDAD Y LA MEJORA ENERGÉTICA DE LOS EDIFICIOS. 6. LA CONVOCATORIA DE LAS JUNTAS DE PROPIETARIOS Y LA PARTICIPACIÓN EN LAS MISMAS.—III. RECOMENDACIONES DE *LEGE FERENDA* PARA

ADECUAR EL MARCO LEGAL A LAS NECESIDADES SOCIO-ECONÓMICAS DE LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS: 1. MEDIDAS PARA AYUDAR ECONÓMICAMENTE A LAS COMUNIDADES. 2. MEJORAS EN LA GESTIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS. 3. MEJORAS PARA AFRONTAR LOS PROBLEMAS Y LOS CONFLICTOS ENTRE LOS PROPIETARIOS DE LA COMUNIDAD. 4. ACTUACIONES EN MATERIA DE ACCESIBILIDAD Y DE EFICIENCIA ENERGÉTICA. 5. ACTUACIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE TENENCIA DE LA VIVIENDA.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

No es habitual desarrollar una investigación en Ciencias Jurídicas basada en datos empíricos obtenidos en un trabajo de campo, especialmente de carácter cuantitativo. En muchas ocasiones, el investigador en Derecho ha acabado comentando con cierta monotonía artículos de normas y sentencias que otros antes que él ya habían comentado y, en el mejor de los casos, ha contribuido involuntaria y desinteresadamente a que algún jurista práctico haya conseguido resolver el caso que este tenía encima de la mesa¹.

Pero todo investigador público, también el que lo hace en Derecho, debe ser responsable con la investigación que lleva a cabo, e intentar con ella generar un impacto social con el fin de mejorar la vida de las personas (NASARRE AZNAR y CABALLÉ FABRA, 2018, 11). Y, para ello, es necesario que primero conozca cuál es la realidad y la problemática del ámbito que desea estudiar. Con este fin, la Cátedra UNESCO de Vivienda de la Universidad Rovira i Virgili² elaboró, a propuesta de Mutua de Propietarios³, el estudio «Efectos de la crisis en las comunidades de propietarios» (mayo de 2017), cuya finalidad era analizar los efectos de diez años de crisis económica en las comunidades de propietarios y, en particular, determinar el estado de los edificios y las actuaciones que se necesitaban llevar a cabo, el impacto en su funcionamiento, analizar los conflictos y los problemas más habituales que se presentan y detectar sus preocupaciones presentes y futuras.

Para ello se llevaron a cabo 1202 entrevistas a propietarios de viviendas organizadas en propiedad horizontal (de diferente edad, nivel de estudios, ocupación y localización geográfica en las diferentes comunidades autónomas) mediante el sistema C.A.W.I (entrevista auto-administrada online). Los resultados constatan empíricamente los problemas y las inquietudes actuales de las comunidades de propietarios en España, al tiempo que indican el camino para una reforma legislativa que adecúe la normativa de la propiedad horizontal a la realidad socio-económica.

La elección de las comunidades de propietarios como objeto de estudio se debe a que el 70% de los españoles viven en pisos (EUROSTAT, 2016) (el mayor porcentaje de los países miembros de la UE), la mayoría de los cuales están organizados en régimen de propiedad horizontal, que se sigue rigiendo por la Ley 49/1960, de 21 de julio⁴ (en adelante, LPH), excepto en Cataluña que lo hace por la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales⁵ (en adelante, CCC). No es de extrañar, por lo tanto, que el 55% de los encuestados vivan en comunidades de propietarios con más de 20 unidades, lo que necesariamente debe tener un impacto en todo aquello relacionado con las relaciones de vecindad, como los ruidos, las relaciones personales, la toma de decisiones, los límites de usos en los elementos privativos y comunes, el mantenimiento de los mismos o la necesidad de una mejor organización.

De esta forma, el presente artículo analiza los principales problemas de las comunidades de propietarios en España y formula de *lege ferenda* una serie de propuestas para adecuar la LPH en vigor a sus necesidades socio-económicas actuales.

II. LA SITUACIÓN DE LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS EN ESPAÑA

1. LA ANTIGÜEDAD Y EL ESTADO DE CONSERVACIÓN DEL PARQUE DE VIVIENDAS

Conforme al Instituto Nacional de Estadística (INE) y la Exposición de Motivos de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas (en adelante, Ley 8/2013)⁶, aproximadamente el 55% (13.759.266 viviendas) del parque residencial total (25.208.622 viviendas) es anterior al año 1980, y casi el 21% de las viviendas cuentan con más de 50 años. Estos datos concuerdan con los ofrecidos por el Ministerio de Fomento, que cifra en 11,9 millones los inmuebles de uso residencial anteriores al año 1980, lo que supone el 50,1% del total (MINISTERIO DE FOMENTO, 2018, 75). Además, prácticamente el 58% de los edificios se construyeron con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 2429/1979, de 6 de julio⁷ (la norma básica de la edificación NBE-CT-79, sobre condiciones térmicas en los edificios), que fue el primero en exigir unos criterios mínimos de eficiencia energética. A ello cabe añadir que se estima que 1,2 millones de edificios de viviendas construidos antes de 1981 carecen de ascensor⁸. Todo ello afecta decisivamente, como se analizará más adelante, a la accesibilidad universal del edificio y a la necesidad de acometer obras de rehabilitación.

Los edificios residenciales de más de 50 años de antigüedad, como regla general, salvo normativa más restrictiva en comunidades autónomas o municipios, tenían cinco años para pasar la Inspección Técnica de Edificios (ITE) conforme a la disposición transitoria 1.^a de la Ley 8/2013 y la disposición transitoria 2.^a del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (en adelante, RDL 7/2015)⁹. Por ejemplo, según el Observatorio ITE¹⁰, Madrid la requiere a los edificios más antiguos de 30 años, Palma de Mallorca a los más antiguos de 25 años o Sevilla a los más antiguos de 20. Sin embargo, según la misma fuente, solamente hasta el momento el 68% de las ITE han sido favorables. Estos datos concuerdan sustancialmente con los resultados del estudio: entre los edificios de más de 50 años, solamente un 66% han pasado satisfactoriamente la ITE. Además, el 40% de las personas consultadas, que viven en estas comunidades, desconocía este hecho.

En cuanto al estado de conservación del parque de viviendas, según los datos ofrecidos por el Ministerio de Fomento (MINISTERIO DE FOMENTO, 2014, 75), el 5,52% de viviendas principales, el 6,80% de viviendas secundarias y el 14,93% de viviendas vacías se encontraban en un estado ruinoso, malo o deficiente en 2011. Y según la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ORGANIZACIONES EMPRESARIALES, 2014, 18), del total de parque de vivienda español (25 millones de viviendas), unos 2 millones se encontraban en mal estado y deberían rehabilitarse en 2014. La poca relevancia de la rehabilitación de viviendas en España, que solo representa el 28,7% de la industria de la construcción (mientras que representa el 41% como media en la UE y un 56% en Alemania) puede explicar el deficiente estado del parque residencial español (MINISTERIO DE FOMENTO, 2013, 15).

En este sentido, el estudio corrobora la correlación entre la antigüedad del edificio y la percepción de los vecinos de la necesidad de acometer algunas mejoras (a mayor antigüedad del edificio, mayor necesidad). De los resultados del estudio se desprende, además, lo siguiente:

a) Que el 4% de los propietarios de viviendas en edificios construidos desde 2008 (tienen apenas 10 años y, en teoría, han sido construidos con las reglas del CTE de 2006) afirman que las zonas comunes del mismo están ya deterioradas y el 32% que necesitan alguna mejora. Ya pueden verse, pues, los primeros efectos del interés de los arquitectos y arquitectos técnicos en obtener las licencias de obra antes de la entrada en vigor del CTE. Así, por lo que respecta a la calidad de la construcción, la primera regulación completa en España no aparece hasta el 29 de marzo de 2006, momento en que entró en vigor el CTE, lo que significa que todo el *boom*

de la construcción (1995-2007) se llevó a cabo, exceptuando los últimos meses, sin unas normas claras en cuestiones técnicas sobre cómo debían construirse los edificios. Incluso cuando el CTE estaba a punto de entrar en vigor (abril 2006), el número de licencias para empezar una construcción cayó abruptamente en relación al mes anterior¹¹.

b) Que en los edificios de entre 50 y 70 años (obligados todos ya a pasar la ITE) el deterioro asciende al 5,1% y las necesidades de hacer mejoras al 53,5%. Donde ello es más evidente es en los edificios de más de 70 años y hasta el año 1900, donde se encuentran deterioradas el 20% de las zonas comunes y necesitan mejoras otro 60%, encontrándose en buenas condiciones únicamente el 20% del parque de vivienda residencial.

c) De estos dos últimos grupos (ambos, en términos generales, obligados a llevar a cabo la ITE; es decir, todas las viviendas construidas hasta 1967), el 12% (serían, aproximadamente, 660.000 viviendas) reconocen que no la han pasado (y un 21% de los propietarios ignoran si lo ha hecho) y el 9,6% (serían 528.000 viviendas; el 6% lo ignora) no han llevado a cabo las actuaciones recomendadas. Sorprende, de nuevo, la alta cifra de propietarios que ignoran si su edificio ha pasado la ITE, lo que ahonda en el problema de la gobernanza de las comunidades.

El mal estado de un edificio afecta no solo a la calidad de vida de los que allí residen, sino que puede afectar a su convivencia con el consiguiente aumento de las discusiones y conflictos, al tiempo que aumenta el riesgo de daños a copropietarios y a terceros y su consiguiente responsabilidad civil (art. 1907 CC) y sanciones administrativas (ej. arts. 30 y 123 y sigs. de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda¹²; y artículo 4 del Decreto Ley 1/2015, de 24 de marzo, de medidas extraordinarias y urgentes para la movilización de las viviendas provenientes de procesos de ejecución hipotecaria¹³, sobre ejecución forzosa de obras de habitabilidad o, incluso, expropiación temporal del usufructo hasta 10 años de viviendas resultantes de ejecución hipotecaria que se mantengan desocupadas por falta de habitabilidad) por posibles desprendimientos, accidentes, derrumbes parciales, así como un mayor gasto en mantenimiento (especialmente si se demoran las actuaciones) y energético.

En este sentido, el 88% de los propietarios encuestados prefiere llevar a cabo la actuación cuando es necesaria para evitar males mayores en un futuro, pero el 40% de las comunidades ha tenido que demorar su realización por problemas económicos (las mejoras que más se han demorado son las relativas a la fachada, la azotea/cubierta, el portal y la escalera y el ascensor), que es el principal problema en el 50% de los casos. De hecho, solamente en el 24% de las comunidades todos los propietarios contribuyen a los gastos

comunes. Estos datos superan a los ofrecidos por el Consejo General de Colegios de Administradores de Fincas de España (en adelante, CGCAFE) (CGCAFE, 2017, 2)¹⁴: en el 38,43% de las comunidades existían propietarios morosos en 2017, que adeudaban 1600 millones de euros en total a las comunidades de propietarios, de los cuales 317 correspondían a entidades bancarias. La mera existencia de estos niveles de morosidad evidencia que los recursos legales para la evitación de la morosidad son insuficientes. El aumento de la morosidad en las comunidades es clara consecuencia de la crisis financiera (al igual que las 31.000 ejecuciones hipotecarias y los 34.600 desahucios arrendaticios de media por año de primera residencia en el período 2010-2017), lo que implica mayor deterioro de zonas comunes, actuaciones más caras a medio plazo y revela que la propiedad absoluta (art. 348.1 CC) puede no ser sostenible para todo el mundo a medio y largo plazo.

Finalmente, los subsidios públicos para la rehabilitación de los edificios y la mejora de la eficiencia energética son escasos: el 50% de las comunidades no ha solicitado ninguna ayuda pública o subvención de acuerdo con el estudio; y de los que lo han hecho, solo el 4% lo relaciona con la eficiencia energética.

2. LOS CONFLICTOS EN EL SENO DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS

Visto lo anterior, no es de extrañar que el 43% de los propietarios consultados considere que ha habido problemas en su comunidad. Dicha percepción se acentúa de forma significativa entre los más jóvenes y en los edificios que tienen una mayor cantidad de vecinos.

Los principales problemas detectados son la mala convivencia entre los vecinos y las deudas y/o la morosidad, pero es relevante la aparición de problemas que solo afectan de manera significativa a determinadas CCAA, como el turismo (que afecta principalmente a las Islas Baleares, Galicia, Comunidad Valenciana o Cataluña), la ocupación ilegal de inmuebles y el acoso inmobiliario, así como la manera de resolverlos: la mayoría de los conflictos se soluciona internamente por los propios vecinos (la solución amistosa del problema en la junta de propietarios o el buen hacer del administrador profesional podrían explicar este hecho), si bien cuando los problemas se originan por deudas y/o morosidad, la vía judicial fue el principal método utilizado.

De ello puede concluirse que los vecinos son capaces de solucionar por ellos mismos, especialmente, aquellos problemas que no tienen un origen económico, a pesar de que el estudio refleja que más del 20% de los problemas todavía estaban pendientes de resolver. En el caso de la morosidad,

por lo tanto, no es suficiente la buena voluntad del propietario, es decir, el respeto y la educación (las principales cualidades para una buena convivencia entre los vecinos según refleja el estudio), sino que es necesaria una situación económica personal que le permita hacer frente a sus deudas personales con la comunidad. Los resultados del estudio revelan asimismo que un porcentaje muy escaso de los conflictos se resuelven a través del arbitraje o la mediación: solo el 7% en el caso de morosidad y un 5,9% cuando existe mala convivencia.

Los problemas de índole económico de las comunidades de propietarios tienen que ver, primero, con el pago regular de las cuotas: solamente una cuarta parte de las comunidades afirman que todos sus vecinos están al corriente de los pagos. Y, segundo, con las insuficientes vías de financiación de las que disponen. En este sentido, las ayudas previstas en el Plan Estatal de Vivienda 2013-2016¹⁵ (que se prorrogó durante 2017) destinadas a la rehabilitación edificatoria, regeneración y renovación urbanas no han tenido el éxito esperado: como ya se ha comentado, la mitad de los propietarios encuestados confirma que su comunidad no solicitó ningún tipo de ayuda pública. Está por ver, además, el éxito del Plan Estatal de Vivienda 2018-2021¹⁶ que prevé, como se explicará más adelante, que las comunidades de propietarios puedan pedir ayudas específicas.

El legislador tampoco ha afrontado las dificultades de las comunidades a la hora de obtener financiación para llevar a cabo obras de rehabilitación, como por ejemplo la ausencia de personalidad jurídica de la comunidad de propietarios, lo que lleva a las entidades bancarias a exigir en la práctica el compromiso solidario de todos los copropietarios con el pago de la deuda del préstamo que la comunidad eventualmente podría solicitar con el fin de rehabilitar.

3. LAS PREOCUPACIONES DE LAS COMUNIDADES DE CARA AL FUTURO

Seis de cada diez propietarios consideran la conservación y el mantenimiento del edificio como el aspecto que más les preocupa de cara al futuro de su vivienda; aspecto estrechamente ligado, en muchos casos, a la antigüedad del parque residencial español.

Muy vinculado a la necesidad de rehabilitar y reparar el edificio para su conservación son las preocupaciones que tienen los propietarios de tener que afrontar derramas futuras (al 36,8% de propietarios) y las situaciones de morosidad (al 31,8%) que ello puede acarrear; de hecho, el 51% de los propietarios morosos lo son por problemas económicos. De aquí la importancia de estar al día de las ayudas públicas que puedan convocarse para sufragar parte del gasto de la rehabilitación.

Las ocupaciones ilegales y vandálicas podrían agravar el aumento de los gastos comunitarios, por ejemplo, debido a conexiones fraudulentas a los servicios comunes, aunque ello solo lo menciona un 11,4% de los encuestados. La existencia de pisos turísticos en la comunidad no es un problema que preocupe de manera generalizada, aunque, como ya se ha comentado, se da más preocupación en las comunidades autónomas tradicionalmente más turísticas.

4. LA ADMINISTRACIÓN PROFESIONAL DE LA COMUNIDAD

De conformidad con el Consejo Europeo de las Profesiones Inmobiliarias¹⁷, el administrador de fincas es una persona física o jurídica que se encarga de gestionar un bien inmobiliario o sus zonas comunes en nombre de un propietario o comunidad de propietarios. Actualmente en España hay 15.367 administradores de fincas colegiados en los Colegios oficiales de administradores de fincas. No obstante, no todas las comunidades de propietarios disponen de un administrador de fincas profesional.

Los resultados del estudio muestran que la mayoría de las comunidades de propietarios dispone de un administrador de fincas profesional (un 78%). No obstante, cabe puntualizar, primero, que el porcentaje es mayor en los edificios construidos después de 2008 (un 90%); y, segundo, que la figura del administrador tiene una mayor presencia en los edificios con más de 50 vecinos (está presente en el 94% de los casos), mientras que casi el 40% de las comunidades con menos de 20 vecinos no tiene un administrador profesional (representan a un 45% del total).

La ausencia de un administrador de fincas en las comunidades con edificios más antiguos y en las comunidades con menos propietarios puede afectar a la obtención de financiación, al acceso a las ayudas públicas y al uso de herramientas digitales, gracias al valor añadido que ofrece (o debería ofrecer) en estas cuestiones un administrador de fincas diligente y debidamente formado.

5. LA ACCESIBILIDAD Y LA MEJORA ENERGÉTICA DE LOS EDIFICIOS

El informe «La accesibilidad de las viviendas en España» de marzo de 2018¹⁸, que analizaba la accesibilidad universal en las comunidades de propietarios españolas, ponía de manifiesto que solo el 0,6% de las viviendas españolas eran universalmente accesibles, a pesar de que todos los edificios residenciales existentes a diciembre de 2017 debían cumplir obligatoriamente con las condiciones básicas de accesibilidad previstas en el CTE. Puestas en

contexto europeo, la situación de las comunidades de propietarios españolas en materia de accesibilidad tampoco queda en mejor situación¹⁹.

El informe analizaba el «acceso universal» a la vivienda siguiendo un *iter* geográfico, es decir, desde el momento en que la persona con movilidad reducida o alguna discapacidad abandona la vía pública hasta que finalmente se encuentra ante la puerta de entrada a su vivienda, pasando por zonas comunes (exteriores e interiores) y servicios comunes, así como el acceso al garaje²⁰.

Encontramos una situación parecida en el ámbito específico de la energía, en el que ya existen requisitos mínimos de calidad del edificio desde 1999 (art. 3.1.c.3) Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación²¹) y 2006 (art. 15 CTE), que incluye varias disposiciones para edificios nuevos (por ejemplo, un porcentaje de agua caliente de las unidades debe ser a través de energía solar). El Real Decreto 1890/2008, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Eficiencia Energética en instalaciones de alumbrado exterior y sus instrucciones técnicas complementarias²², por su parte, contempla la certificación energética de las instalaciones.

Con todo, solo el 7% del total de viviendas se ha construido bajo condiciones de eficiencia energética y uso de energías renovables que exige el CTE, obligatorio desde 2007 (GALERA RODRIGO y GÓMEZ ZAMORA, 2018, 440).

Además, es obligatorio desde 2013 entregar el certificado energético a posibles compradores e inquilinos de las viviendas sujetas al régimen de propiedad horizontal (Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios, en adelante, RD 235/2013)²³. El incumplimiento de esta obligación puede derivar en una sanción administrativa (art. 18 RD 235/2013) o tener incluso efectos civiles, como por ejemplo la anulación del contrato por la existencia de error o dolo en el consentimiento prestado por el comprador o inquilino (arts. 1265 y sigs. CC). También es necesario contar con el certificado para la renovación de todo el edificio con +1.000 m² y si se renueva el 25% de los cerramientos, así como para obtener subsidios públicos.

6. LA CONVOCATORIA DE LAS JUNTAS DE PROPIETARIOS Y LA PARTICIPACIÓN EN LAS MISMAS

A pesar de todas las carencias y problemas mencionados, los resultados del estudio muestran que el 44% de las comunidades solo se reúne en junta de propietarios una vez al año, que es la periodicidad obligatoria que requiere el artículo 16.1 LPH.

Por otra parte, es relevante que un 15% de los propietarios reconozca que nunca asiste a las juntas de propietarios, independientemente del número de reuniones convocadas. Además, el estudio refleja una clara relación entre la asistencia a las reuniones y el número de reuniones convocadas: a un mayor número de reuniones, mayor porcentaje de propietarios que no asiste.

Así, en aquellas comunidades donde parece existir algún problema importante o se debe debatir algún tema de rehabilitación relevante (se convocan en estos casos tres o más reuniones al año, el 24,3%) es donde existe un menor porcentaje de participación (solamente el 60% van a todas si son tres reuniones y únicamente el 29% si son más de tres; en cambio, si solo se convoca una, van el 87,6% de los encuestados).

A nuestro juicio, la escasa participación de los copropietarios en las juntas debería hacer replantear al legislador estatal algunas cuestiones clave de nuestro sistema de propiedad horizontal para mejorar la gobernanza y la gestión de las comunidades.

III. RECOMENDACIONES DE *LEGE FERENDA* PARA ADECUAR EL MARCO LEGAL A LAS NECESIDADES SOCIO-ECONÓMICAS DE LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS

La situación descrita con base en los resultados del estudio, pone de relieve la necesidad de acometer reformas legislativas o de funcionamiento de las comunidades de propietarios que puedan contribuir a resolver la problemática surgida, especialmente, a raíz de la crisis inmobiliaria de 2007. A continuación, pasamos a formular algunas recomendaciones.

1. MEDIDAS PARA AYUDAR ECONÓMICAMENTE A LAS COMUNIDADES

En relación a las medidas que podrían adoptarse para mejorar la situación económica de las comunidades de propietarios, destaca en los resultados del estudio la necesidad de estar mejor informados de las ayudas públicas disponibles (con un 52,8%) y el conseguir una mayor rentabilidad del fondo de reserva de la comunidad (con un 28,2%). Otras posibles medidas a tener en consideración para el 32,6% de los encuestados implican un aumento de las cuotas (por ejemplo, por el uso específico de la zonas comunes), lo que a nuestro entender no es una solución óptima, en tanto que la morosidad es la segunda fuente de conflictos entre los vecinos (para el 41,9%), lo que indica que un aumento de las cuotas podría llegar a provocar precisamente un incremento de los impagos y de la morosidad.

Por lo tanto, a nuestro juicio, las comunidades deberían intentar hallar fuentes de financiación por otras vías, y para ello se proponen las siguientes recomendaciones:

a) Dotar de personalidad jurídica a la comunidad de propietarios para facilitar el acceso a financiación externa. La comunidad se concibe por el legislador como un ente sin personalidad jurídica que, sin embargo, está legitimado para llevar a cabo determinados actos jurídicos. En efecto, la comunidad es un ente «personificado» solo cuando conviene al legislador gracias, a menudo, a la figura del presidente (art. 13.3 LPH); por ejemplo para el pago de impuestos y tasas, para la asistencia a juicio en representación de los intereses de la comunidad una vez exista un acuerdo previo de la junta de propietarios (STS de 10 de octubre de 2010²⁴), para la celebración de contratos laborales (ej. conserjes) o de otra índole (ej. servicio de mantenimiento de ascensores o los administradores de la comunidad, que luego son ratificados por la comunidad, Sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante, SAP) de Las Palmas de 27 de mayo de 2005²⁵), o para suscribir una póliza de seguro de responsabilidad civil (STS de 3 de mayo de 2012²⁶). También se ha admitido la personalidad jurídica de la comunidad a efectos de responsabilidad civil —art. 22 LPH— y para que la comunidad pueda inscribir transitoriamente en el Registro de la Propiedad los bienes adjudicados una vez reclamadas judicialmente las deudas pendientes de los propietarios integrantes de la comunidad, si bien esta inscripción *«debe reputarse como una situación de tránsito a su posterior transmisión, a su atribución a los copropietarios en proporción a sus cuotas o a su conversión en elemento común»* (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado —DGRN— de 12 de febrero de 2016 y 26 de julio de 2017²⁷). Con todo, y no sin resultar paradójico, las comunidades no pueden ser propietarias de bienes con carácter general (RDGRN de 4 de octubre de 2013²⁸).

La ausencia de personalidad jurídica de las comunidades de propietarios implica que la comunidad no pueda ser declarada en concurso de acreedores (BAREA MARTÍNEZ y MARQUÉS MOSQUERA, 2016, 166), por lo que sus acreedores deben demandar por la vía civil primero a la comunidad y, posteriormente, a cada uno de los propietarios siguiendo el artículo 22.1 LPH. Los propietarios tendrán respecto a las deudas de la comunidad una responsabilidad subsidiaria, mancomunada y proporcional a su cuota de participación en el régimen de propiedad horizontal (HERRERO DE EGAÑA OCTAVIO DE TOLEDO, 2009, 438 y sigs.). Este hecho puede explicar las reticencias de las entidades bancarias a conceder financiación a las comunidades de propietarios²⁹ (ya se ha comentado que, en este caso, las entidades bancarias exigen en la práctica el compromiso solidario de todos

los copropietarios con el pago de la deuda del préstamo), por ejemplo, para contraer préstamos para rehabilitar o para acometer mejoras energéticas o de accesibilidad, y ello a pesar de que los artículos 9.4 y 9.5 RDL 7/2015 les habilitan (a la persona de su presidente si cuenta con el consentimiento de la junta de propietarios, sin que sea necesaria la firma de todos los propietarios) a solicitar créditos para obtener financiación para llevar a cabo las obras de conservación y las actuaciones que prevé esta norma.

Por lo tanto, la ausencia de personalidad de las comunidades afecta decisivamente al acceso a financiación, que no es suficiente en la actualidad: por un lado, porque las ayudas a la rehabilitación no se conocen lo suficiente (y cuya preparación puede ser muy gravosa para el presidente de la comunidad); y, por otro, porque la cuantía del fondo de reserva puede resultar insuficiente, especialmente en las comunidades más pequeñas. En este sentido, debe valorarse positivamente que el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler (en adelante, RDL 7/2019³⁰) haya incrementado la dotación del fondo de reserva a, como mínimo, el 10 por ciento del último presupuesto ordinario de la comunidad, y que sea posible suscribir a su cargo un contrato de seguro que cubra los daños causados en la finca o bien concluir un contrato de mantenimiento permanente del inmueble y sus instalaciones generales (art. 9.1.f LPH).

b) Promover vías alternativas de financiación, como el alquiler de las zonas comunes (que solo es una medida citada por el 10,6% de los encuestados), para lo que habrá que tener en cuenta si tienen o no asignado un uso específico (en cuyo caso se necesitará la unanimidad de los propietarios para modificarlo, por ejemplo la vivienda del portero, un local o un espacio del parking, artículo 17.1 LPH; otros ejemplos serían el alquiler de la sala de reuniones para actos extracomunitarios o marcar unas plazas de motocicletas de un garaje para su posterior alquiler —es posible incluso desafectar unos pocos metros y vender dicha plazas a terceros—), la instalación de publicidad en la fachada o de antenas de telefonía móvil y placas fotovoltaicas en la azotea.

Otras medidas serían la mejor gestión de los servicios comunes, como por ejemplo la instalación de sensores de movimiento para consumir menos electricidad o la distribución de la red *wifi* desde un punto centralizado a todos los vecinos.

c) Mejorar los mecanismos actuales de cobro de las comunidades. Las comunidades deben contar con las herramientas necesarias para cobrar los gastos de la comunidad pendientes de pago más allá del crédito preferencial que regula la LPH por los gastos generales correspondientes a la anualidad en curso y los tres años anteriores (art. 9.1 LPH). De este modo, por ejemplo, en el CCC (arts. 553-4 y 5), el privilegio de los créditos de la

comunidad por gastos ordinarios y extraordinarios y por las aportaciones debidas al fondo de reserva se ha ampliado a la anualidad vigente y a los cuatro años anteriores, así como también el plazo por el que responde la afección real del inmueble titularidad del moroso. En el mismo sentido se posiciona el CGCAFE (PÉREZ MIRALLES, 2017, 11). En otros sistemas comparados hallamos mecanismos más expeditivos. En Portugal, por ejemplo, el órgano de gobierno de la comunidad puede imponer una sanción al propietario moroso de hasta el 25% de las cantidades anuales debidas. En Italia, el administrador de fincas profesional está legitimado para cortarles los suministros. En Estonia, incluso, el órgano de gobierno de la comunidad puede obligar al propietario moroso que debe al menos nueve meses a vender su piso y, de no hacerlo, puede solicitar que el juez lo venda forzosamente. Noruega, Eslovenia y Polonia prevén mecanismos parecidos. Lo mismo le pueden requerir en Suecia, que solo requiere el retraso de una semana en el pago (VAN DER MERWE, 2015, 319-320).

d) Incrementar los subsidios públicos para la rehabilitación de viviendas y para mejorar la eficiencia energética. Las comunidades de propietarios se incluyen en el programa de fomento de la mejora de la eficiencia energética y sostenibilidad y de la accesibilidad del edificio o las viviendas que lo integran del Plan Estatal de Vivienda 2018-2021 siempre que al menos el 50% de las viviendas constituyan el domicilio habitual de sus propietarios y exista un acuerdo de la junta de propietarios (arts. 34.1.b, 35.2.c y e, 41.2 y 42.2.c). Con todo, existen una serie de limitaciones a la plena eficacia de estas ayudas³¹: los edificios deben haber sido construidos preferiblemente antes de 1996, el 50% de los pisos deben destinarse a uso residencial, la ayuda se limita hasta un máximo de 8.000 euros por vivienda y la ayuda no debe exceder con carácter general del 40% del coste de las obras planificadas. Las comunidades autónomas y los gobiernos locales, no obstante, pueden aumentar estos subsidios con sus propios recursos. También a nivel municipal se podrían contemplar tipos reducidos en el Impuesto de Bienes Inmuebles o bien deducciones en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (ya sean en la cuota anual, en las ganancias del capital inmobiliario o en las rentas del mismo).

2. MEJORAS EN LA GESTIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS

En estos aspectos se sugieren las siguientes mejoras:

a) La potenciación de la creación de subcomunidades (art. 2.d LPH) y agrupaciones de comunidades (art. 24.2.b LPH) para acercar las decisiones de las comunidades a los propietarios que las integran.

b) Arbitrar vías ágiles para llevar a cabo las convocatorias y la toma de decisiones, así como facilitar la participación en las reuniones. Por ejemplo, la última reforma de la regulación de la propiedad horizontal en el CCC (por la Ley 5/2015, de 13 de mayo³²) permitió una sola convocatoria en las reuniones (sin necesidad de que haya una segunda convocatoria con menos requisitos, que habitualmente provoca que los convocados obvien la primera). Los que no atienden, si no reaccionan, se suman a la decisión de la mayoría, y si el presidente, el vice-presidente o el secretario no atienden a la reunión, cualquiera de los asistentes puede asumir dichas responsabilidades. Contrástese ello con el régimen de la LPH³³. La potenciación de las vías telemáticas (por ejemplo, para enviar las convocatorias y sus actas o ver el estado de las cuentas) también puede contribuir a alcanzar este objetivo, como comentamos a continuación.

c) La potenciación del uso de herramientas digitales en el día a día de las comunidades de propietarios. La digitalización está ya instalada en la sociedad y puede contribuir a agilizar la gestión de la comunidad, teniendo en consideración, además, que es común que se celebren anualmente más reuniones de junta que las establecidas legalmente (mínimo de una al año, de acuerdo con el artículo 16 LPH). Sería conveniente que el legislador estatal implementase estas posibilidades, puesto que así lo desean los encuestados del estudio³⁴ especialmente para las siguientes funciones: para ver el estado de cuentas (46,1%), para dar de alta incidencias (43,5%), para exponer quejas y dudas (40%), actas y oposición telemática a los acuerdos (37,2%), poder ser convocados (29,9%) y asistir (21%) a las reuniones por vía telemática, llevar a cabo vídeo-peritaciones (14%) o reservar espacios comunitarios telemáticamente (7,3%). Así:

1. La posibilidad de ver el estado de cuentas, presupuestos y proyectos de la comunidad. La rendición de cuentas es un derecho reconocido a todos los comuneros en virtud del artículo 20 LPH y del artículo 1720 del Código civil. De hecho, el administrador actúa como mandatario de la comunidad (ver la SAP de Alicante de 15 de diciembre de 2014³⁵). La LPH no limita ni especifica la forma de acceso a dicha información, por lo que, en aras a una máxima transparencia y control de las cuentas en tiempo real, podría promoverse e, incluso, compeler a los administradores, a facilitar el acceso telemático y en tiempo real a las mismas a los propietarios de las unidades.

2. Dar de alta de incidencias, enviar fotos de desperfectos, reservar espacios comunes telemáticamente y hacer vídeo-peritaciones. Su implementación depende, hoy por hoy, del interés que tenga la administración de la comunidad (o incluso las compañías de seguros, algunas de las cuales ya admiten vídeo-peritaciones) por esta cuestión, es decir, si quiere aligerar o no la resolución de problemas y la gestión del día a día de la comunidad.

El legislador debería disponer que, en aras a facilitar estos tediosos aspectos a los propietarios de las unidades que, recordemos, son propietarios y no necesariamente profesionales en la gestión de inmuebles, todo ello se pudiese hacer de manera ágil y sin excesiva burocratización y dilaciones, lo que, a nuestro juicio, incrementaría el dinamismo de nuestras comunidades y el compromiso de los propietarios con las mismas.

3. Notificar la convocatoria por vía telemática. La LPH no prevé expresamente, en el artículo 9.h, la posibilidad de convocar por vía telemática, sino que establece que se llevará a cabo en el domicilio o, en su defecto, mediante colocación de la comunicación en el tablón de anuncios. No obstante, la STS de 19 de septiembre de 2007³⁶ admite que se puede usar el correo electrónico como medio de citación a las juntas, siempre que sea un sistema habitual de comunicación entre la comunidad y los propietarios; el requisito de «habitualidad», naturalmente, puede generar serias dudas interpretativas tanto por exceso (puede haber algún vecino que no disponga o no consulte su correo electrónico con la regularidad necesaria para suponer un medio efectivo) como por defecto (es posible que *apps* de mensajería instantánea como *Whastapp* o incluso grupos en *Facebook* que, con base en la economía colaborativa, ayudan a organizar la vida en una comunidad o en un barrio, puedan llegar a ser más efectivas que el correo electrónico, que muchos pueden tener pero pocos usan o reaccionan a él con tanta regularidad como estos otros mecanismos). La convocatoria mediante correo electrónico está prevista expresamente en el artículo 553-21 CCC, siempre que se garantice la autenticidad de la comunicación y de su contenido. En Dinamarca y Portugal (VAN DER MERWE, 2015, 431 y sigs.) también se prevé la convocatoria por vía telemática (aunque debe ser aprobado por todos los que tienen derecho a asistir a la junta). En Austria, cualquier propietario puede requerir que se haga por correo electrónico.

4. Asistir y votar a las reuniones por videoconferencia. De acuerdo con el artículo 14 LPH, la asistencia a las reuniones de la junta debe ser personal o por representación. Es decir, no se prevé expresamente la posibilidad ni de asistir ni de votar de forma telemática, lo que contrasta no solo con el importante número de segundas residencias que existe en nuestro país, sino por el más moderno fenómeno de una sociedad que, o bien desea viajar con asiduidad o bien está compelida a ello por motivos profesionales o familiares, hasta el punto de que, hoy por hoy, el concepto de «hogar» queda ya alejado para muchos de un determinado lugar físico³⁷. Si se quiere que estas realidades no dificulten o impidan la implicación de los propietarios de unidades en la marcha de la comunidad³⁸, debería facilitarse por ley la participación telemática de aquellos que lo desearan. De este modo, la normativa de propiedad horizontal de Cataluña establece expresamente la posibilidad de asistir por videoconferencia, siempre que se

prevea en los estatutos (art. 556-22 CCC), aunque no prevé que se pueda ejercitar el derecho de voto por medios telemáticos (art. 556-24.2 CCC). En este sentido, en los Países Bajos (VAN DER MERWE, 2015, 436) no solo se permite que los acuerdos se tomen por escrito (con la firma del documento), sino también que, en este caso, se tomen decisiones por fax o por correo electrónico.

5. Comunicación de actas de reuniones y oposición telemática. Aunque no está previsto legalmente en la LPH, algunos tribunales admiten la comunicación telemática de las decisiones tomadas en las reuniones de junta (SAP de A Coruña de 24 de julio de 2014³⁹), siempre que sea un medio habitual de comunicación en esa comunidad (con la misma problemática interpretativa y de caso a caso que ya hemos comentado *supra*). La comunicación telemática también es posible en Cataluña, ya que se regula expresamente en el 553-27.4 CCC. Asimismo, el artículo 553-26 CCC establece que los propietarios que no han asistido a la reunión se pueden oponer a los acuerdos adoptados con un escrito de oposición enviado al secretario/a por cualquier medio fehaciente. Aunque no establece qué debe entenderse por medio fehaciente, si se interpreta la normativa desde un punto de vista sistemático, los correos electrónicos deben estar incluidos, ya que se admiten como medios fehacientes para las comunicaciones de actas y las citaciones a las juntas.

d) Administradores de fincas debidamente formados. De acuerdo con los resultados del estudio de campo, las comunidades que cuentan con dichos profesionales recurren con mayor frecuencia a las convocatorias públicas de rehabilitación y mejoras energéticas, lo que, eventualmente, puede repercutir en modernizar nuestro parque inmobiliario. No obstante, estas cifras y su impacto real, son manifiestamente mejorables. Por lo tanto, es un tema crucial que en las comunidades que opten por un administrador de fincas profesional, este garantice aportar un valor añadido a su buena marcha, lo que necesariamente debe pasar por que estos profesionales estén debidamente formados. De hecho, la cuestión sobre si los administradores de fincas deben tener una formación académica específica y, por lo tanto, si debe ser obligatoria su colegiación como garantía de calidad de los servicios que ofrecen, ha sido objeto de análisis por parte de los órganos judiciales, dado que el artículo 13.6 LPH no lo deja claro. Recientemente, la SAP de Cantabria de 14 de abril de 2016⁴⁰ declaró nulo el nombramiento de un administrador de fincas no colegiado por parte de una comunidad de propietarios, por entender que este no reunía la calificación académica suficiente para desempeñar la profesión. El Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de noviembre de 2016⁴¹, se pronunció sobre la denominación «administradores de fincas» afirmando que únicamente podían utilizar tal calificación los profesionales colegiados en el respectivo colegio oficial de administradores de fincas. A nuestro juicio, pues, es necesaria una formación integral *ad hoc*

y universitaria de los administradores de fincas, que debería extenderse al resto de profesionales del sector inmobiliario, especialmente a aquellos cuyo objeto de trabajo sean viviendas, es decir, un derecho humano⁴².

3. MEJORAS PARA AFRONTAR LOS PROBLEMAS Y LOS CONFLICTOS ENTRE LOS PROPIETARIOS DE LA COMUNIDAD

En el régimen de propiedad horizontal cada propietario de cada unidad tiene un derecho de propiedad en exclusiva sobre dicha unidad en tanto que elemento privativo de la comunidad (ej. la vivienda) y solo una cuota de participación sobre los elementos comunes de la misma (como la entrada, ascensores, escalera, rellanos, etc.) (art. 3 LPH). A pesar de ello, sus facultades como propietario en la comunidad no son absolutas: ni puede hacer lo que desee en la vivienda (ej. realizar obras que alteren la configuración del edificio, llevar a cabo actividades ilícitas o dejar que se deteriore sin conservarla en buen estado, arts. 7 y 9.1 LPH) ni en los elementos o servicios comunes [ej. ocuparlos sin permiso expreso de la comunidad de propietarios, cambiarles su uso, etc., arts. 6 y 9.1.a) LPH]. Además, cada propietario está obligado a participar en las cargas por razón de la comunidad en función de su cuota (art. 3 LPH).

En este sentido, la LPH contempla tres instrumentos para regular las relaciones entre los propietarios: los estatutos de la comunidad —que obligan a los propietarios actuales y futuros, y también a otros ocupantes y visitantes del edificio— (art 6 LPH); el reglamento de régimen interior (art. 6 LPH), que contiene las reglas internas referentes a las relaciones de convivencia y buena vecindad entre los propietarios y a la utilización de los elementos de uso común y de las instalaciones; y c) la junta de propietarios, donde se adoptan las decisiones más importantes sobre la comunidad (art. 14 LPH). Sin embargo, lo cierto es que no todos los vecinos respetan todas las reglas provenientes de estas fuentes, tal y como ha quedado patente en el estudio. Partiendo de este contexto, se recomiendan las siguientes actuaciones:

a) La potenciación de los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos (en adelante, ADR), como el arbitraje y la mediación. Los problemas relacionados con las comunidades de propietarios dieron lugar al inicio de 80.000 procesos judiciales solamente en el año 2015 (NASARRE AZNAR, 2016, 165 y sigs.), mientras que según un informe de la Unión Europea de 2014 (PARLAMENTO EUROPEO, 2014, 162), la mediación estuvo presente en un escaso 1% de los litigios civiles y mercantiles en Europa en 2013, por lo que es recomendable que los poderes públicos lleven a cabo campañas de concienciación. El uso de los ADR por las comunidades revelado en el estudio es también muy limitado.

El CGCAFE (PÉREZ MIRALLES, 2017, 13-14) propone la concreción en la LPH del *quorum* necesario para acordar en la junta de propietarios tanto el sometimiento a un procedimiento de mediación cuando esté implicada la comunidad (se requeriría mayoría simple) como la adopción del acuerdo que ponga fin al conflicto (se requeriría la mayoría exigida según la cuestión de fondo). En este sentido, el artículo 553-11.2.f CCC establece que los estatutos de la comunidad pueden prever que los conflictos puedan resolverse mediante arbitraje o mediación, y los conflictos relacionales en el ámbito de la propiedad horizontal y en la organización de la vida ordinaria de las urbanizaciones se prevén como un conflicto civil susceptible de ser objeto de mediación en la Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado⁴³.

Y, si bien el procedimiento tiene una naturaleza voluntaria de acuerdo con el artículo 6 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁴⁴, creemos que podría tener un carácter obligatorio el tener que asistir a una primera reunión para aquellos conflictos que no son de índole económica (y que, como acredita el presente estudio, a menudo no suelen judicializarse). Así, los procedimientos de mediación de carácter imperativo previos a la vía jurisdiccional han sido avalados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las Sentencias de 18 de marzo de 2010⁴⁵ (en relación a las controversias relacionadas con las comunicaciones electrónicas) y de 14 de junio de 2017⁴⁶ (en relación a las controversias relacionadas con los contratos de seguros, bancarios y financieros) sobre la base de las Directivas 2008/52⁴⁷ (art. 5.2) y 2013/11 (art. 1)⁴⁸, siempre que el procedimiento tenga una naturaleza voluntaria, no afecte a la posibilidad de acudir a la vía judicial, no implique un retraso sustancial del ejercicio de la vía judicial, se interrumpa la prescripción de derechos y que los costes del procedimiento no sean significativos. De hecho, la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo⁴⁹, preveía que, en los casos de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual, las partes, antes de interponer cualquier reclamación administrativa o demanda judicial, debían acudir a la mediación o podían acordar someterse al arbitraje (art. 132-4). Parte de esta disposición, no obstante, fue, a nuestro juicio inadecuadamente, declarada inconstitucional por STC de 24 de mayo de 2018⁵⁰ por invadir la competencia estatal en materia de legislación procesal (art. 149.1.6 CE), de manera que ya no es obligatorio someterse a este procedimiento antes de interponer una demanda judicial.

b) Tratar la problemática específica de los pisos turísticos y la «okupación» de viviendas. En cuanto a los pisos turísticos, la LPH exigía, antes

de la reforma operada por el RDL 7/2019, la unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representasen el total de las cuotas de participación, para la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad (art. 17.6 LPH). Por lo tanto, la modificación de los estatutos para prohibir el uso de los elementos privativos con finalidades turísticas devenía inviable en la práctica, dado que el propietario interesado en alquilar su unidad a turistas podía siempre votar en contra de este acuerdo. El RDL 7/2019 trata específicamente esta problemática y ahora se exige solamente el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, para la limitación del ejercicio de la actividad turística en una determinada comunidad.

Esta medida puede afectar decisivamente al derecho de propiedad sobre las unidades, y, en particular, al contenido esencial de este derecho (art. 33.1 CE⁵¹). En efecto, es cierto que el propietario que se ve imposibilitado de alquilar la unidad a turistas sigue disfrutando de las facultades de uso (puede decidir si residir o no en la vivienda) y disposición (puede enajenar o donar la vivienda a terceros o constituir derechos reales de garantía sobre la vivienda), pero ve mermada su facultad de disfrute (obtención de pingües rentas derivadas de alquilar la vivienda a turistas en períodos relativamente cortos). Por lo tanto, cabe plantearnos si es admisible que los estatutos de la comunidad de propietarios puedan coartar la libertad de propietario de destinar la vivienda a finalidades turísticas.

Sobre este particular, la STC de 26 de marzo de 1987⁵² establece que «*la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae*». Sin aventurarnos a responder si existe un modelo de propiedad distinto y específico para la vivienda (sujeta o no a un régimen de propiedad horizontal), lo que requeriría un trabajo más exhaustivo⁵³, sí que podemos afirmar que el régimen de propiedad horizontal modula y limita el ejercicio de las facultades de los propietarios que la integran⁵⁴.

En este sentido, las SSTC de 21 de octubre de 1993⁵⁵ y de 8 de marzo de 1999⁵⁶ establecieron que «*la necesidad de compaginar los derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios y ocupantes de los pisos en el régimen de propiedad horizontal justificaba la fijación, legal o estatutaria, de específicas restricciones o límites a los derechos de uso y disfrute de los inmuebles por parte de sus respectivos titulares*», sin que la previsión del ya derogado artículo 19.1 LPH (que permitía en última instancia a la autoridad judicial privar del uso del piso o local a aquel y a quienes con él convivan que desarrollaran actividades no permitidas en los estatutos, dañosas para

la finca, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres) pudiese afectar al artículo 33 CE, en particular al apartado tercero referente a la expropiación forzosa. También el Tribunal Supremo ha mantenido que resulta posible el establecimiento de limitaciones o prohibiciones en el régimen de propiedad horizontal que, en general, atiendan al interés general de la comunidad (STS de 3 de diciembre de 2014⁵⁷). Y, específicamente, respecto a los pisos turísticos, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 de septiembre de 2018⁵⁸ (en adelante, STSJC) y la SAP de Barcelona de 27 de diciembre de 2017⁵⁹ (referidas al CCC) han aceptado la modificación de los estatutos de una comunidad de propietarios para prohibir el desarrollo de la actividad de alquiler de viviendas para uso turístico, si bien remarcan que esta modificación no puede ser oponible al propietario que lleva a cabo esta actividad si en el momento de adquisición de la vivienda no constaba inscrita la indicada limitación en el Registro de la Propiedad (lo que también había remarcado la STSJC de 20 de febrero de 2012⁶⁰). Tampoco ha prosperado la alegación de abuso del derecho en la SAP de Barcelona de 5 de julio de 2017⁶¹ respecto al acuerdo de modificación de los estatutos para la limitación de las actividades que pueden realizarse en los elementos privativos, enjuiciando apartamentos turísticos.

Es relevante que, precisamente en esta sentencia, se afirmase que el desarrollo de una actividad turística provoca una suerte de mutación en cuanto al uso de la vivienda, pasando de ser una «vivienda» a una «vivienda de uso turístico». De hecho, la SAP de Barcelona de 20 de marzo de 2018⁶² resuelve la acción de cesación de una comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal sobre la base del artículo 553-40.2 CCC (ya que la promotora de la construcción del edificio dedicaba hasta 9 de las 23 viviendas que integraban la comunidad a viviendas de uso turístico). En los estatutos se preveía que *«Los propietarios y ocupantes de los elementos privativos no pueden realizar en los mismos actividades contrarias a la convivencia normal en la Comunidad o que dañen o hagan peligrar el edificio. Tampoco podrán realizar las siguientes actividades: c) Las relacionadas con el sector de la hostelería, restauración, discotecas y espectáculos»* (art. 2.3.c.)). La sentencia, con base en la STSJC de 20 de febrero de 2012, considera que cabe entender la existencia de una «explotación hotelera» en el inmueble, lo que implica un cambio de destino sustancial. Esta última sentencia concluía que *«Por tanto, se trata de una explotación hotelera en una parte considerable del inmueble destinado mayoritariamente a un uso residencial privado»*. El hecho de que la vivienda de uso turístico alterara el destino ordinario de la vivienda (es decir, el de residir en ella) concuerda por ejemplo con la normativa catalana (Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico⁶³, en adelante, Decreto 159/2012), en virtud de la cual *«la vivienda de uso turístico se configura como un ejercicio*

o actividad económica de la vivienda diferente de la residencial» (exposición de motivos). Además, el artículo 68.6 Decreto 159/2012 establece que «*El destino de una vivienda al uso turístico no es posible si está prohibido por la ordenación de usos del sector donde se encuentre o está prohibida por los estatutos de la comunidad debidamente inscritos en el Registro de la propiedad en edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal*».

En definitiva, la jurisprudencia citada admite la limitación de las facultades de los propietarios con base al carácter vinculante de los estatutos (como un conjunto de reglas plasmadas por escrito y con fuerza de ley establecidas de común acuerdo por los propietarios) y en el hecho de que la vivienda de uso turístico altere el uso ordinario de la vivienda, es decir, el servir de residencia. Al tiempo, la comunidad también estaría habilitada para hacer cesar aquellas actividades excluidas de forma expresa por la normativa urbanística y de usos del sector, las que vayan contra las disposiciones generales sobre actividades que molestan, insalubres, nocivas o peligrosas, y las que sin estar comprendidas en las anteriores, sean contrarias a la convivencia normal en la comunidad o que dañen o hagan peligrar el edificio. No obstante, debe tenerse en cuenta que no puede concluirse que la existencia de viviendas de uso turístico suponga, en abstracto, siempre y en todo caso una actividad contraria a la convivencia normal en la comunidad, sino que es necesario un análisis caso por caso, como destacan las sentencias TSJC de 13 de septiembre de 2018 y 19 de mayo de 2016⁶⁴. Por lo tanto, existen diferentes vías al alcance de la comunidad para limitar las actividades de los propietarios en las distintas unidades.

Así, la prohibición de destinar la vivienda a finalidades turísticas que amparan las diversas resoluciones de los tribunales va más allá de que pueda considerarse o no una actividad molesta o nociva (dado que este es un requisito que puede o no concurrir y, de hecho, es una vía que puede funcionar de manera autónoma), enmarcándose en un debate más profundo que no puede analizarse en el presente trabajo: ¿en qué medida y con qué alcance la normativa y la propia configuración de la propiedad horizontal —en la que se apoyan las sentencias citadas para apoyar sus argumentos— debería habilitar a la comunidad de propietarios para limitar —por vía estatutaria— las facultades de los propietarios que la integran sin conculcar el artículo 33.1 CE? ¿qué sucedería si algunos vecinos deciden prohibir videntes, salas de masajes o cualquier otra actividad que, sin ser objetivamente y en abstracto *per se* perjudicial para la convivencia —como han declarado las SSTC citadas—, no sea de su agrado? ¿estamos dispuestos a que el ámbito de libertad que supone ser propietario de una unidad de una PH se restrinja de manera que se asemeje cada vez más a la escasa libertad que puedan tener los titulares de derechos de uso sobre unidades en las cooperativas de uso de vivienda?

Y en el segundo aspecto, el caso de la «okupación» de viviendas, es un problema que afecta a las comunidades de propietarios en tanto que son las que mayoritariamente sufren los efectos perjudiciales de las ocupaciones ilegales, ya que los ocupantes ni suelen cuidar los elementos comunes del edificio ni contribuyen a los costes de su mantenimiento, al tiempo que pueden generar malestar y mala convivencia en el seno de la comunidad al no respetar el reglamento de régimen interno⁶⁵. Las legislaciones catalana (art. 553-40.1 CCC) y estatal (art. 7 LPH) prevén la posibilidad de que las comunidades de propietarios puedan interponer una acción de cesación de las actividades de los propietarios y ocupantes del bien inmueble que sean contrarias a la convivencia o dañen el bien inmueble, con la posibilidad de adoptar medidas cautelares y de privar del uso y disfrute al propietario por un período máximo de dos o tres años o a extinguir el contrato de arrendamiento o cualquier otro que atribuya a los ocupantes el derecho a poseerlo. En este sentido, la referencia del texto legal a los «ocupantes» permitiría incluir a los ocupantes sin título del bien inmueble, quienes podrían ser desalojados como medida cautelar si así lo reclamase la comunidad. En este sentido, una Proposición de Ley Orgánica⁶⁶ presentada en el Congreso de los Diputados el 31 de enero de 2019, siguiendo la estela de la Proposición de Ley presentada en el Congreso de los Diputados el 20 de marzo de 2018⁶⁷, incluía expresamente la ocupación ilegal de viviendas en el marco de la acción de cesación del artículo 7.2 LPH. Sin embargo, las medidas propuestas no van encaminadas especialmente a agilizar el proceso (más allá de que no sea preceptivo el apercibimiento previo a los ocupantes de la vivienda por parte del presidente de la comunidad).

Una solución para mejorar la protección de la comunidad de propietarios es que esta tuviera legitimación activa para pedir medidas cautelares con el fin de expulsar a los ocupantes del bien inmueble *ex* artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (MAGRO SERVET, 2017). Otra vía sería la posibilidad de que las comunidades pudieran ejercitar subsidiariamente el interdicto posesorio regulado en la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁶⁸, que adecúa y actualiza el tradicional interdicto de recobrar la posesión para una recuperación inmediata de la vivienda ocupada ilegalmente, es decir, siempre que el propietario del elemento privativo de la comunidad afectado se mantenga inactivo. Todo ello a pesar de que estas medidas hayan tenido, de hecho, un impacto limitado hasta el momento para mejorar la situación⁶⁹.

4. ACTUACIONES EN MATERIA DE ACCESIBILIDAD Y DE EFICIENCIA ENERGÉTICA

El «*Informe sobre la accesibilidad de la vivienda en Europa. Comparativa España, Alemania y Suecia*» (noviembre de 2018)⁷⁰ puso de relieve que

España, a pesar tener un peor porcentaje (0,6%) de accesibilidad universal que Alemania (1,5%) o Suecia (2,5%), destaca positivamente a) en la obligatoriedad de todos los edificios de cumplir con la normativa sobre accesibilidad, b) en la posibilidad de obligar unilateralmente a la comunidad —con ciertos requisitos— a llevar a cabo las obras de accesibilidad por parte del comunero necesitado [art. 10.1 b) LPH] y c) en la normativa técnica, aunque el legislador español debería centrar sus esfuerzos en mejorar las vías de financiación de las comunidades para llevar a cabo estas obras. En ello parece querer contribuir el Plan Estatal de Vivienda 2018-2021 que, como ya se ha comentado, prevé un programa de fomento de la conservación, de la mejora de la seguridad de utilización y de la accesibilidad en viviendas (arts. 40 y sigs.), y también el RDL 7/2019, que incrementa hasta el 10% del último presupuesto ordinario de la comunidad la cuantía del fondo de reserva de las comunidades de propietarios. Con todo, todavía está por ver la efectividad real y el alcance de estas medidas.

En cuanto a la mejora de la eficiencia energética, las mayorías requeridas para la renovación energética difieren entre el CCC y la LPH: mientras que la LPH española exige el 60% de votos y cuotas (art. 17.3), la legislación catalana requiere solo una mayoría simple (51%) de los votos y cuotas actuales, incluso si esas medidas implican la modificación de los estatutos de la comunidad (553-25 CCC). En el mismo sentido, el artículo 556-36.3 CCC permite a los propietarios instalar puntos de recarga individuales para vehículos eléctricos. El único requisito es dar aviso a la comunidad o al administrador, sin que sea necesario el acuerdo de la junta de propietarios a no ser que se alteren elementos comunes.

Por lo tanto, se recomienda lo siguiente:

- a) Reducir la mayoría necesaria en las comunidades para tomar decisiones sobre mejoras energéticas a mayoría simple de propietarios y cuotas.
- b) Permitir acciones unilaterales específicas (ej. instalación de enchufes para recarga de vehículos eléctricos) para fomentar mejoras energéticas (con el único requisito de informar a la junta de propietarios).
- c) Incluir en la revisión obligatoria de los edificios la calificación energética y vincularla con los subsidios públicos (ej. para obtener una mejora de una letra, de E a D).
- d) Incentivar el uso del incremento de los fondos de reserva de las propiedades horizontales para mejorar la eficiencia energética.
- e) Incorporar nuevos valores (como el medio ambiente y la conciencia social) en la industria de la construcción (ej. a través de promotoras de lucro limitado o de cooperativas), en busca de promotores, constructores y financiadores sostenibles y verdes incentivando las denominadas «hipotecas verdes». En este sentido, la *Climate Bonds Initiative*⁷¹ es una organización

internacional que promueve la inversión en proyectos y activos necesarios para una transición rápida hacia una economía con baja emisión de carbono y resiliente al clima. En el ámbito de los edificios residenciales, la obtención de una «Certificación de Bonos Climáticos» implica que el uso de los fondos será para proyectos verdes, por ejemplo, en la inversión en edificios de bajas o de cero emisiones.

A nivel español, el Senado introdujo durante la tramitación del Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario⁷² una disposición adicional decimotercera sobre el crédito verde, como medida de apoyo y fomento en eficiencia energética y uso de fuentes de energía renovable en edificios. El crédito verde se definía como la garantía real establecida sobre un bien susceptible de ser inscrito en un Registro de la Propiedad que se otorgue en garantía para el repago de una financiación que tuviera por finalidad, básicamente, la mejora permanente de un inmueble que sirve para reducir el consumo o la demanda de agua o energía, y gozaba de los privilegios del crédito refaccionario con la posibilidad de anotarse preventivamente en el Registro de la Propiedad sin necesidad del otorgamiento de escritura pública. Esta medida no se incluyó finalmente en el texto articulado de la Ley 5/2019⁷³, pero podría ser un punto de partida para que los préstamos o créditos concedidos con criterios de sostenibilidad ayudaran necesariamente a mejorar la eficiencia energética de los edificios residenciales.

5. ACTUACIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE TENENCIA DE LA VIVIENDA

La crisis ha evidenciado la inasequibilidad de la vivienda en propiedad para muchas familias. Tampoco se está hallando en el alquiler una solución, en tanto que en 2017 esta forma de tenencia era más asequible que comprar con hipoteca solamente en tres provincias (Lugo, Orense y San Sebastián)⁷⁴. De hecho, hasta 2007 y de nuevo desde 2012, alquilar representa un esfuerzo mayor para las familias españolas que comprar y devolver el préstamo hipotecario. Dos tercios de los desahucios practicados en el primer trimestre de 2019⁷⁵ fueron de arrendatarios. Hay que tener en cuenta que la importante dedicación familiar al pago de la vivienda (por ejemplo, conforme Eurostat, en 2018, el 8,9 de los españoles dedicaban más del 40% de su renta disponible a ella⁷⁶), tiene necesariamente repercusiones negativas en el aumento de la morosidad y en el mantenimiento y actualización de las comunidades de propietarios [art. 9.1 e) LPH].

La reforma de los arrendamientos urbanos por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas⁷⁷, no ha contribuido, pues, ni a aumentar la estabilidad ni la

asequibilidad de esta forma de tenencia, lo que queda corroborado porque únicamente al 20% de los actuales inquilinos les gustaría seguir siéndolo si pudiesen comprar, el 51% cree que la compra es una buena inversión y que, para un 33%, alquilar suponga «tirar» el dinero⁷⁸.

Por lo tanto, el alquiler no es, hoy por hoy en España, una alternativa ni real ni estructural a la propiedad⁷⁹. Tampoco prevemos que lo llegue a ser con la última reforma operada por el RDL 7/2019⁸⁰, que si bien recoge algunas iniciativas que protegen la asequibilidad y estabilidad del arrendatario (como la oponibilidad del contrato con independencia de su inscripción en el Registro de la Propiedad o la limitación de la fianza y otras garantías que pueda prestar el arrendatario a dos mensualidades), no son suficientes atendiendo a estándares europeos: la aplicación de la prórroga forzosa de los contratos hasta los cinco años (o siete años si el arrendador fuese persona jurídica) no es comparable a la estabilidad de los contratos de alquiler indefinidos que se regulan en países como Alemania, Austria o Suiza, donde el arrendamiento sí es una alternativa real a la propiedad⁸¹; tampoco el RDL 7/2019 recoge otras medidas tendentes a aumentar la flexibilidad (ej. subarrendamientos unilaterales por parte del arrendatario) ni la asequibilidad del arrendamiento (ej. sistemas de renta referenciada modernos), siempre en busca de un equilibrio entre los intereses de arrendador y arrendatario (en definitiva, un balance entre el derecho a la vivienda y el derecho de propiedad), pero sin que el sistema (como ha sucedido en las últimas décadas) favorezca de manera preponderante el interés de una sola de las partes⁸².

A ello cabe añadir que el acceso a la vivienda en propiedad también se ha complicado recientemente. Hay que tener en cuenta que la apetencia por la propiedad de la vivienda queda en evidencia en los resultados del estudio que aquí analizamos, puesto que un 67% de los propietarios encuestados volvería a comprar, mientras que solo un 20% viviría voluntariamente de alquiler. El 9% señala que no tiene más remedio que alquilar, aunque compraría si pudiese. Pero cabe también destacar que el 4,2% de los encuestados se plantea que, en caso de tenerse que mudar, irían a una forma de tenencia alternativa, como la propiedad compartida o la propiedad temporal catalanas, descritas más abajo.

Así, cada vez es más común la necesidad de tener un 20% ahorrado para poder comprar una vivienda tomando un préstamo hipotecario, al tiempo que existe una mayor precaución en la concesión de préstamos hipotecarios a raíz de la Ley 5/2019, la cual ya ha producido un aumento de tipos de interés⁸³. Además, todavía arrastramos un 14% de desempleo y un 32% de desempleo juvenil en 2019 y, entre los que trabajan, el sueldo más frecuente es de 17.500 euros⁸⁴.

De esta manera, ante una propiedad cada vez más inasequible y unos alquileres en ascenso en las ciudades donde las personas tienen que vivir,

que implican una dedicación importante de los ingresos familiares al pago de la vivienda, en un contexto de comunidades de propietarios con alta morosidad y con necesidades de rehabilitación y de actualización, proponemos al menos estas dos recomendaciones:

1.^a. La extensión de las tenencias intermedias catalanas al resto del Estado. La Ley 19/2015, de 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida al libro quinto del Código civil de Cataluña⁸⁵ reguló las conocidas como «tenencias intermedias» (la propiedad compartida y la propiedad temporal), que permiten acceder a la propiedad de una vivienda con la debida asequibilidad, seguridad y estabilidad (algo que, como hemos visto, los encuestados desean) y evitando al mismo tiempo que los gastos dedicados a la vivienda impliquen una morosidad en la comunidad. La implementación de un *continuum* de tenencias inmobiliarias (desde el alquiler social, pasando por el alquiler privado y las tenencias intermedias hasta la vivienda en propiedad) ayuda a que cada unidad familiar pueda optar por la tenencia inmobiliaria que más se adecue a su capacidad económica y a sus circunstancias familiares o personales, sin que necesariamente deban verse forzadas a una de ellas. Este es, de hecho, uno de los objetivos que se plasmó en la nueva Agenda Urbana, aprobada en el Congreso Habitat III de Naciones Unidas (Quito, octubre de 2016)⁸⁶.

No es obstáculo para la implementación de estas tenencias el carácter perpetuo que se predica del derecho de propiedad (art. 348 CC) (NASARRE AZNAR y SIMÓN MORENO, 2013, 3063 y sigs.), pues la temporalidad del derecho de propiedad también está presente en otras instituciones jurídicas y sería congruente con el objetivo de proveer vivienda asequible que se deriva del derecho a la vivienda regulado en el artículo 47 CE. De hecho, la STC de 6 de julio de 2017⁸⁷, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 2465-2016 interpuesto contra la propiedad temporal regulada en la Ley catalana 19/2015, añade un matiz extrajurídico para valorar la constitucionalidad de la propiedad temporal. Así, el Tribunal Constitucional defiende que su regulación constituye «una actualización a las necesidades presentes de acceso a la vivienda de un principio preexistente en dicho ordenamiento, cual es la utilización de fórmulas de dominio dividido para facilitar el acceso a la propiedad».

2.^a. Una reforma de la LAU en materia de obras y mejoras. Además de las reformas ya comentadas para que el arrendamiento sea una alternativa real a la vivienda en propiedad, una eventual reforma debería abordar las mejoras energéticas en el ámbito del arrendamiento urbano. El artículo 18 LAU deja libertad a las partes para pactar la renta inicial del contrato y las potenciales actualizaciones con carácter anual. El propietario debe llevar a cabo todas las reparaciones que sean necesarias para conservar la vivienda en las condiciones de habitabilidad para servir al uso convenido (art. 21.1

LAU), incluso durante la vigencia del contrato, y puede realizar trabajos de mejora si no se pueden diferir hasta del contrato. En este sentido, el arrendador solo puede aumentar la renta si realiza mejoras al finalizar los primeros 5 o 7 años del contrato y *«en la cuantía que resulte de aplicar al capital invertido en la mejora, el tipo de interés legal del dinero en el momento de la terminación de las obras incrementado en tres puntos, sin que pueda exceder el aumento del veinte por ciento de la renta vigente en aquel momento»*. El tipo interés legal del dinero fue del 3% en 2020, si a este le sumamos 3 puntos y aplicamos el porcentaje resultante (6%) al capital invertido en la mejora (por ejemplo, 10.000 euros), el resultado, 600 euros, sería el aumento anual de la renta que el arrendador podría repercutir al arrendatario. Esta cantidad se repartiría entre las doce mensualidades, por lo que la renta mensual se incrementaría en 50 euros. De este modo, no se excedería el 20% anual de límite que prevé la ley en un alquiler actual de 500 euros al mes, es decir, 6000 euros anuales (en el ejemplo, el incremento supone un 10% anual). El arrendador no recuperaría la inversión hasta pasados 15 años desde la finalización de los primeros cinco o siete años de contrato.

Con todo, se propone fomentar la rehabilitación de las viviendas con la adopción de un sistema en el que el arrendador pueda llevar a cabo obras útiles o de mejora sin tener que esperar a la conclusión del contrato de arrendamiento, siempre y cuando, siguiendo el ejemplo alemán (arts. 555.b y 559 del Código civil alemán *-Bürgerliches Gesetzbuch*)⁸⁸, las obras supongan una mejora en relación a los medios tecnológicos o en la eficiencia energética o de consumo de agua, que la intervención implique un aumento del valor de utilidad de la vivienda arrendada con efecto duradero, que se incrementen las condiciones generales de habitabilidad de manera permanente o que se cree nuevo espacio residencial. Las obras no podrían llevarse a cabo si suponen un grave perjuicio para el arrendatario, de acuerdo a sus circunstancias personales. Si se cumplen las circunstancias anteriores, el arrendador tendría derecho a aumentar la renta un 8% del gasto total de la mejora⁸⁹, descontadas las prestaciones públicas obtenidas para llevarlas a cabo y los gastos imprescindibles que se hubieran derivado del mantenimiento y conservación de la vivienda.

IV. CONCLUSIONES

I. Tras diez años de crisis, las comunidades de propietarios se encuentran con un parque de viviendas envejecido, en el que es necesario llevar a cabo reformas y mejoras, que no es ni eficiente energéticamente ni accesible universalmente (lo es solo en el 0,6% de los casos) y en los que de manera ordinaria se plantean importantes conflictos de morosidad

(solo en el 25% de las comunidades todos sus propietarios están al corriente de pago) y de convivencia y a las que debería podersele ofrecer unos profesionales debidamente formados que las administrasen con todas las garantías y con proactividad. Tampoco cuentan con los mecanismos de última tecnología que podrían facilitar la mayor participación e implicación de los propietarios en la toma de decisiones de las comunidades: el 44% de las comunidades se reúne solo una vez al año a pesar de los numerosos problemas mencionados y un 15% de los propietarios reconoce que nunca asiste a las juntas.

II. Ante este panorama, más complejo aún si cabe al tratarse España del país europeo en el que más personas viven en edificios plurifamiliares, hemos aportado una serie de medidas que puedan contribuir a aliviar esta situación. Estas medidas están relacionadas con:

— La mejora de la situación económica de las comunidades para acometer reformas, dotándolas de personalidad jurídica, explotando las zonas comunes, mejorando el sistema de cobro de cuotas e incrementando los subsidios públicos y sus solicitudes.

— La mejora de su gestión y administración, potenciando la creación de subcomunidades, agilizando las convocatorias y la toma de decisiones, la promoción del uso de las nuevas tecnologías en la vida y la marcha de la comunidad y creando el marco legal para tener administradores de fincas profesionales debidamente formados.

— Su mejora para afrontar los conflictos intracomunitarios a través de los ADR, acabando de establecer el marco legal de los pisos turísticos y de la «okupación» de viviendas.

— El impulso de la accesibilidad universal y de la eficiencia energética, exigiendo mayorías menos onerosas, permitiendo acciones unilaterales específicas, reforzando el fondo de reserva, incorporando nuevos valores y reformando la LAU en materia de obras y mejoras.

— Y diversificando las tenencias de las viviendas organizadas en PH para evitar el sobreendeudamiento familiar, a través de la generalización de la propiedad compartida y de la propiedad temporal catalanas al resto de España.

III. En fin, este trabajo es resultado de un estudio empírico cuantitativo (y no basado en casos de laboratorio, anécdotas, elucubraciones o asunciones apriorísticas), de los relativamente escasos que existen en el ámbito de la investigación del Derecho, que quiere contribuir a convertirla en una investigación basada en la problemática y necesidad sociales, que contribuya a darles respuesta y que genere impacto social, mejorando de este modo la vida de las personas.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC de 24 de mayo de 2018
- STC de 6 de julio de 2017
- STC de 8 de marzo de 1999
- STC de 21 de octubre de 1993
- STC de 14 de abril de 1987
- STC de 26 de marzo de 1987

- STJUE de 14 de junio de 2017
- STJUE de 18 de marzo de 2010

- STSJC de 13 de septiembre de 2018
- STSJC de 19 de mayo de 2016
- STSJC de 20 de febrero de 2012

- STS de 8 de noviembre de 2016
- STS de 3 de diciembre de 2014
- STS de 3 de mayo de 2012
- STS de 10 de octubre de 2010
- STS de 19 de setiembre de 2007

- SAP Barcelona de 20 de marzo de 2018
- SAP Barcelona de 27 de diciembre de 2017
- SAP Barcelona de 5 de julio de 2017
- SAP Cantabria de 14 de abril de 2016
- SAP Alicante de 15 de diciembre de 2014
- SAP A Coruña de 24 de julio de 2014
- SAP Las Palmas de 27 de mayo de 2005

- RDGRN de 26 de julio de 2017
- RDGRN de 12 de febrero de 2016
- RDGRN de 4 de octubre de 2013

BIBLIOGRAFÍA

- ANDERSON, M. (2018). ¿Un modelo distinto de propiedad para la vivienda? Perspectiva europea, española y catalana, a partir de la situación del deudor hipotecario. En J. Tarabal Bosch y E. Lauroba Lacasa (Coords.), *El derecho de propiedad en la construcción del derecho privado europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch (389-413).

- BAREA MARTÍNEZ, M. T. y MARQUÉS MOSQUERA, C. (2016). El concursado y la administración concursal: capacidad y ámbito de actuación respectivo, con especial referencia a los actos de disposición. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. extraordinario 1, 159-220.
- CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ORGANIZACIONES EMPRESARIALES (2014). *La rehabilitación de edificios como motor de crecimiento y empleo* [En línea], 1-146, disponible en <http://www.arquitectodelacasa.com/docs/Rehabilitaciondeedificios.pdf> (visitado 26 de mayo de 2019).
- CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS DE ADMINISTRADORES DE FINCAS DE ESPAÑA (2017). *Estudio Global sobre la morosidad en Comunidades de Propietarios* [En línea], 1-2, nota de prensa disponible en <https://www.cgcafe.org/wp-content/uploads/2018/06/comunicado-de-prensa-informe-morosidad-2017.pdf> (visitado 26 de mayo de 2019).
- EUROSTAT (2016). *Distribution of population by dwelling type* [En línea], disponible en https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Housing_statistics#Type_of_dwelling (última visita 26 de mayo de 2019).
- FOTOCASA (2019). *Experiencia en alquiler en 2017-2018* [En línea], 1-34, disponible en <https://prensa.fotocasa.es/wp-content/uploads/2019/01/InformeAlquiler2018-Web.pdf> (visitado 26 de mayo de 2019).
- FUENTES-LOJO RIUS, A. (2019). La reforma fallida de la LAU: panorama actual y perspectivas de futuro. *Diario La Ley*, 1-8.
- GALERÍA RODRIGO, S. y GÓMEZ ZAMORA, M. (2018). *Políticas Locales de Clima y Energía: Teoría y Práctica*. Madrid: Dykinson.
- GARCÍA GARCÍA, J. A. (2019). *Destino y uso de los bienes inmuebles. Régimen sustantivo y registral*. Pamplona: Aranzadi.
- GERMANN MOLZ, J. (2008). Global abode: home and mobility in narratives of round-the-world travel. *Space and Culture* [En línea], vol. 11, núm. 4, 325-342, disponible en <https://doi.org/10.1177/1206331207308333> (visitado 10 de julio de 2019).
- GURREA MARTÍNEZ, A. (2018). La sociedad por acciones simplificada como paradigma de innovación jurídica: Una reflexión a propósito de la función social de los investigadores de Derecho a partir de la SAS colombiana. *Working Paper Series* [En línea], 2/2018, Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas (IIDF), 1-32, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3097775 (visitado 10 de julio de 2019).
- HERRERO DE EGAÑA OCTAVIO DE TOLEDO, F. (2009). La responsabilidad por deudas de la comunidad de propietarios. En S. San Cristóbal Reales (Coord.), *Estudios sobre la propiedad horizontal*. Madrid: La Ley, 2009 (713-744).
- MAGRO SERVET, V. (2017). Actuación de las comunidades de propietarios ante el fenómeno de la ocupación ilegal de bienes inmuebles por ajenos a la comunidad. *El Derecho*, 11 de agosto de 2017, disponible en <https://elderecho.com/actuacion-de-las-comunidades-de-propietarios-ante-el-fenomeno-de-la-ocupacion-ilegal-de-bienes-inmuebles-por-ajenos-a-la-comunidad> (visitado 26 de mayo de 2019).
- MINISTERIO DE FOMENTO, DG de Arquitectura, Vivienda y Suelo, Observatorio de Vivienda y Suelo (2018). *Boletín especial, Alquiler Residencial* [En

- línea], 1-154, disponible en <https://apps.fomento.gob.es/CVP/handlers/pdfhandler.ashx?idpub=BAW056> (visitado 26 de mayo de 2019).
- (2014). *Boletín Especial Censo 2011 - Parque edificatorio* [En línea], 1-81, disponible en <https://apps.fomento.gob.es/CVP/handlers/pdfhandler.ashx?idpub=BAW021> (visitado 26 de mayo de 2019).
- MINISTERIO DE FOMENTO, S. E. de Infraestructuras, Transporte y Vivienda (2013). *Boletín Especial Plan de Infraestructuras, Transporte y Vivienda PITVI (2012-2024)* [En línea], 1-43, disponible en https://www.fomento.gob.es/recursos_mfom/pdf/E5389C54-BA5B-4CFA-9416-103C3C968A8F/122304/PITVI_Bloque_III_Vivienda.pdf (visitado 26 de mayo de 2019).
- MOLINA ROIG, E. (2018). Capítol 10. El règim d'obres i reparacions necessàries. En S. Nasarre Aznar, H. Simón Moreno y E. Molina Roig (Dirs.), *Un nou dret d'arrendaments urbans per a afavorir l'accés a l'habitatge*. Barcelona: Atelier, 2018 (139-156).
- NASARRE AZNAR, S. (dir.) (2017). *La Propiedad Compartida y la Propiedad Temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- *et al.* (2018). Tenancies as an alternative to homeownership in Spain, Portugal and Malta? The legal drivers in a European context. En C. Schmid (ed.), *Tenancy Law and Housing Policy in Europe*, Elgar Land and Housing Law and Policy series. Cheltenham: Elgar Law Publishing (67-116).
- (2016). New trends in condominium law and access to housing in post-crisis Spain. En A. Lehavi (coord.), *Private Communities and Urban Governance*. Nueva York: Springer (165-190).
- NASARRE AZNAR, S. y CABALLÉ FABRA, G. (2018), El impacto social de la investigación en materia de vivienda. El caso de la Cátedra UNESCO de vivienda de la Universidad Rovira i Virgili. *Revista Internacional de las Organizaciones*, núm. 21, 11-41.
- NASARRE AZNAR, S. y SIMÓN MORENO, H. (en prensa). Housing not for all: the lack of universal accessibility to housing in multi-unit buildings in Spain, Sweden and Germany, *Journal of Property, Planning and Environmental Law*.
- (2013). Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, 3063-3122.
- NASARRE AZNAR, S., SIMÓN MORENO, H. y MOLINA ROIG, E. (Dirs.) (2018), *Un nou dret d'arrendaments urbans per a afavorir l'accés a l'habitatge*. Atelier: Barcelona.
- NASARRE AZNAR, S. y MOLINA ROIG, E. (2017). A legal perspective of current challenges of the Spanish residential rental market. *International Journal of Law in the Built Environment*, vol. 9, núm. 2, 108-122.
- PARLAMENTO EUROPEO (2014). *Reinicializar la directiva de mediación: evaluando el limitado impacto de su implementación y proponiendo medidas para incrementar el número de mediaciones en la Unión Europea* [En línea], 1-231, disponible en inglés en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf) (visitado 26 de mayo de 2019).
- PÉREZ MIRALLES, J. A. (2017). Hacia una nueva Ley de Propiedad Horizontal. El proyecto del consejo general de colegios de administradores de fincas de

- España desde la perspectiva de la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. *Revista Consumo y Empresa*, núm. 4, 1-14.
- VAN DER MERWE, C. (2015). Common Core of Condominiums in Europe. En C. van der Merwe (ed.), *European Condominium Law*. Cambridge: Cambridge University Press (317-369).
- VENDRELL SANTIVERI, E. (2016). Por una nueva regulación de la Propiedad Horizontal. *Revista del Consejo General de Colegios de Administradores de Fincas* [En línea], núm. 177, 22-27, disponible en http://www.cgcafe.org/wp-content/uploads/2016/11/revista_aaff_177.pdf (visitado 10 de julio de 2019).

NOTAS

¹ Ver una crítica de la investigación en Derecho en España vista desde una perspectiva internacional en GURREA MARTÍNEZ, 2018, 3 y sigs.

² <http://housing.urv.cat/es/> (visitada 10 de julio de 2019).

³ <https://www.mutuaadepropietarios.es> (visitada 10 de julio de 2019).

⁴ BOE de 12 de agosto de 1960, núm. 176, 10299 a 10303. El Boletín Oficial del Estado (BOE) se puede consultar gratuitamente en www.boe.es.

⁵ BOE de 22 de junio de 2006, núm. 4640, 23543 a 23595.

⁶ BOE de 27 de junio de 2013, núm. 153, 47964 a 48023.

⁷ Esta norma, que ya se encuentra derogada, está disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-24866> (visitada 26 de mayo de 2019).

⁸ De acuerdo con José Manuel Rodríguez, presidente de la Comisión de Comunicación y Estadística de la Federación Empresarial Española de Ascensores, cuyas declaraciones recoge Sandra López, Diario El País, *La accesibilidad universal se topa con los vecinos*, 15 de noviembre de 2017 (https://elpais.com/economia/2017/11/10/actualidad/1510324841_846587.html, visitada 10 de julio de 2019).

⁹ BOE de 31 de octubre de 2015, núm. 261, 103232 a 103290.

¹⁰ www.iteweb.es (visitada 10 de julio de 2019)

¹¹ En ese mes se otorgaron 5.200 menos que en marzo del mismo año, lo cual evidencia el poco interés de los promotores y constructores en cumplir con la nueva normativa. Todo ello según el Ministerio de Fomento y el Colegio de Aparejadores. Disponible en <http://www.fomento.gob.es/BE/?nivel=2&orden=09000000> (visitada 10 de julio de 2019).

¹² BOE de 27 de febrero de 2008, núm. 50, 11653 a 11696.

¹³ BOE de 1 de junio de 2015, núm. 130, 46459 a 46466.

¹⁴ Es una estimación sobre 1.500.000 comunidades de propietarios.

¹⁵ Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016 (BOE de 10 de abril de 2013, núm. 86, 26623 a 26684).

¹⁶ Real Decreto 106/2018, de 9 de marzo, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda 2018-2021 (BOE de 10 de marzo de 2018, núm. 61, 28868 a 28916).

¹⁷ <http://www.cepi.eu/index.php?page=home&hl=en> (visitado 10 de julio de 2019).

¹⁸ Este informe fue elaborado por la Cátedra UNESCO de Vivienda a petición de la Fundación Mutua de Propietarios, y puede hallarse en abierto en https://www.fundacionmdp.org/wp-content/uploads/2018/04/201803-Accesibilidad-viviendas-espana_FundacionMdP-min.pdf (visitado 10 de julio de 2019).

¹⁹ Una comparativa entre España, Suecia y Alemania puede hallarse en NASARRE AZNAR S. y SIMÓN MORENO, H. *Not housing for all: the lack of universal accessibility to housing in multi-unit buildings in Spain, Sweden and Germany*, en prensa.

²⁰ Los resultados mostraban en este sentido algunos datos de interés, como el hecho de que el 63% de los edificios no eran accesibles de la calle al portal, que en un 64% de los casos no puede accederse a los buzones en silla de ruedas y que en un 71% no existen barandillas a ambos lados de la escalera. Además, un 22% de los edificios de las personas encuestadas carecía de ascensor, y únicamente el 18% de los garajes son plenamente accesibles, con la mitad (50%) de las plazas de aparcamiento no adecuadas para una persona con movilidad reducida.

²¹ BOE de 6 de noviembre de 1999, núm. 266, 38925 a 38934.

²² BOE de 19 de noviembre de 2008, núm. 279, 45988 a 46057.

²³ BOE de 14 de abril de 2013, núm. 89, 27548 a 27562.

²⁴ ECLI:ES:TS:2011:6992. El identificador europeo de jurisprudencia (ECLI) puede consultarse gratuitamente en <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>.

²⁵ Referencia base de datos jurídica Westlaw-Aranzadi: *JUR* 2005, 162410.

²⁶ ECLI:ES:TS:2012:2873.

²⁷ BOE de 10 de marzo de 2016, núm. 60, 19281 a 19286 y BOE de 14 de agosto de 2017, núm. 193, 81810 a 81816, respectivamente.

²⁸ BOE de 7 de noviembre de 2013, núm. 267, 89849 a 89855.

²⁹ Esta es una de las razones por las que se defiende que las comunidades de propietarios tengan personalidad jurídica (VENDRELL SANTIVERI, 2016, 26).

³⁰ BOE de 5 de marzo de 2019, núm. 55, 21007 a 21024.

³¹ Un resumen puede encontrarse en: <https://www.fomento.gob.es/arquitectura-vivienda-y-suelo/programas-de-ayudas-a-la-vivienda/programa-de-fomento-de-eficiencia-energetica-y-sostenibilidad-en-viviendas> (visitado 10 de julio de 2019).

³² BOE de 1 de junio de 2015, núm. 130, 46417 a 4644.

³³ Del mismo modo, el CGCAFE defiende que el voto de los abstencionistas se compute en el mismo sentido que la mayoría o unanimidad conseguida (PÉREZ MIRALLES, 2017, 13).

³⁴ También el CGCAFE defiende el uso de las nuevas tecnologías en las comunicaciones, y en la asistencia a Juntas y remisión de actas (PÉREZ MIRALLES, 2017, 7).

³⁵ ECLI:ES:APA:2014:4191.

³⁶ Referencia base de datos jurídica Westlaw-Aranzadi: *RJ* 2007, 6265.

³⁷ GERMANN MOLZ, (2008, 337) afirma que con pequeños actos, la incorporación de prácticas y rutinas familiares, los viajeros se sienten en su hogar cuando van de viaje o en el mundo entero. Ello, naturalmente, es independientemente de si, por cualquier motivo, son propietarios de un piso en PH en alguna parte.

³⁸ Lo que, a menudo, no está tan claro porque al administrador o a los responsables de la comunidad de turno les puede convenir una baja asistencia o participación en alguna ocasión para ahorrarse discusiones, debates o tiempo.

³⁹ Referencia base de datos jurídica Westlaw-Aranzadi: *AC* 2014, 1501.

⁴⁰ ECLI:ES:APS:2016:381.

⁴¹ Referencia base de datos jurídica Westlaw-Aranzadi: *RJ* 2016, 5816.

⁴² Así lo recomiendan NASARRE AZNAR y CABALLÉ FABRA, 2018, 37-38.

⁴³ BOE de 17 de agosto de 2009, núm. 198, 70785 a 70801.

⁴⁴ BOE de 27 de julio de 2012, núm. 162, 49224 a 49242.

⁴⁵ Asuntos acumulados C-317/08, C-318/08, C-319/08 y C-320/08. TJCE/2010/78. Caso Rosalba Alassini contra Telecom Italia SpA. Apartados 54 y siguientes.

⁴⁶ Asunto C-75/16. Caso Livio Menini y Maria Antonia Rampanelli contra Banco Popolare Società Cooperativa. TJCE 2017/95. Apartado 63.

⁴⁷ Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (OJ L 136, 24 de mayo de 2008, 3-8).

⁴⁸ Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (OJ L 165, 18 de junio de 2013, 63-79).

⁴⁹ BOE de 21 de enero de 2015, núm. 18, 4343 a 4362.

⁵⁰ ECLI:ES:TC:2018:54.

⁵¹ Sobre ello ver NASARRE AZNAR y SIMÓN MORENO, 2013, 3094 y sigs.

⁵² BOE de 14 de abril de 1987, núm. 89, 6 a 22.

⁵³ En este sentido, Miriam ANDERSON niega que se esté configurando la propiedad sobre la vivienda como un modelo distinto a la propiedad ordinaria en las últimas reformas legislativas que tienden a proteger a los deudores hipotecarios (ANDERSON, 2018).

⁵⁴ «Son fundamentalmente el acto de división horizontal y/o el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal los instrumentos que fijan de manera inderogable para el propietario el destino o uso del bien [...] En estos casos, el ejercicio de las facultades inherentes al derecho de propiedad debe, pues, acomodarse al régimen de uso y al “destino de la cosa” marcado por una fuente externa la voluntad del propietario (aunque a su conformación puede haber contribuido también, de alguna forma, este propietario, p. ej., mediante su participación en la mayoría necesaria para otorgar el título constitutivo o los estatutos de la propiedad horizontal)», así se pronuncia GARCÍA GARCÍA, 2019, 56.

⁵⁵ BOE de 9 de noviembre de 1993, núm. 268, 65 a 70.

⁵⁶ ECLI:ES:TC:1999:28.

⁵⁷ ECLI:ES:TS:2014:5403.

⁵⁸ ECLI:ES:TSJCAT:2018:5827.

⁵⁹ ECLI:ES:APB:2017:11838.

⁶⁰ ECLI:ES:TSJCAT:2012:2002.

⁶¹ ECLI:ES:APB:2017:7254.

⁶² ECLI:ES:APB:2018:2059.

⁶³ DOGC 5 diciembre 2012, núm. 6268, 60793.

⁶⁴ ECLI:ES:TSJCAT:2016:3181.

⁶⁵ De acuerdo con E. Vendrell Santiveri, presidente del Consejo de Colegios de Administradores de Fincas de Barcelona-Lleida, en la comparecencia en relación con la proposición de ley de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, por la que se regula un procedimiento específico para garantizar la posesión de viviendas titularidad de propietarios personas físicas y para asegurar a las entidades sociales y a las administraciones públicas la disponibilidad de las viviendas en su haber destinadas a alquiler social. Por acuerdo de la Comisión de Justicia (Número de expediente 122/000061), 29 y sigs. disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/DS/CO/DSCD-12-CO-267.PDF (visitado 10 de julio de 2019).

⁶⁶ 122/000319 Proposición de Ley Orgánica contra la ocupación ilegal y para la convivencia vecinal y la protección de la seguridad de las personas y cosas en las comunidades de propietarios. Presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso. Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-369-1.PDF (visitado 10 de julio de 2019).

⁶⁷ 122/000213 Proposición de Ley de garantía de la seguridad y convivencia ciudadanas frente a la ocupación ilegal de viviendas. Presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos. Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-242-1.PDF (visitado 10 de julio de 2019).

⁶⁸ BOE de 12 de junio de 2018, núm. 142, 60209 a 60213.

⁶⁹ Por ejemplo, las «okupaciones» de viviendas se han triplicado en Tarragona entre 2012 y 2018 (<https://www.diaridetarragona.com/tarragona/Radiografia-de-la-okupacion-de-pisos-el-delito-se-triplica-y-hay-dos-al-dia-en-Tarragona-20190711-0077.html>). También a finales de 2018 y en 2019 han aumentado tanto en Barcelona (<https://www.libremercado.com/2019-01-22/la-plaga-okupa-se-dispara-se-apropian-del-23-de-los-pisos-de-bancos-en-algunos-barrios-de-barcelona-1276631712/>) como en Madrid (https://www.abc.es/espana/madrid/abci-okupaciones-pisos-madrid-crecen-234-por-cien-to-201809230030_noticia.html) (todos visitados el 13 de julio de 2019).

⁷⁰ Este informe fue elaborado por la Cátedra UNESCO de Vivienda a petición de la Fundación Mutua de Propietarios, que buscaba contextualizar los resultados del informe ya reseñado sobre «La accesibilidad de las viviendas en España» (marzo de 2018) en el ámbito europeo.

⁷¹ <https://www.climatebonds.net> (visitado 12 de julio de 2019).

⁷² BO de las Cortes Generales, 14 de febrero de 2019, núm. 12-7, 1.

⁷³ Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2019, 26329).

⁷⁴ E. SANZ, El Confidencial, 29/1/2017, http://www.elconfidencial.com/vivienda/2017-01-29/si-pagases-lo-mismo-de-alquiler-que-de-hipoteca-comprarias-ca-sa_1315309/ (visitado 12 de julio de 2019).

⁷⁵ De ello se hace eco J. L. Aranda, El País, 10/6/2019, https://elpais.com/economia/2019/06/10/vivienda/1560161537_029284.html.

⁷⁶ <https://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do?tab=table&init=1&language=en&pcode=tespm140&plugin=1> (visitado 18 de julio de 2019).

⁷⁷ BOE de 5 de junio de 2013, núm. 134, 42244 a 42256.

⁷⁸ El estudio llevado a cabo por FOTOCASA llega a la conclusión de que «el porcentaje de los que se plantean adquirir un inmueble en los próximos 5 años se mantiene en el mismo 43% que registró en 2017, mientras que hay otro 40% que no prevé comprar a medio plazo aunque no descarta hacerlo en el futuro. Solo un 17% de ellos no tiene previsto comprar vivienda ni a medio ni a largo plazo» (FOTOCASA, 2019, 31).

⁷⁹ Más detalles sobre esta discusión en NASARRE AZNAR y MOLINA ROIG, 2017, 108 y sigs.

⁸⁰ En el mismo sentido se posiciona FUENTES-LOJO RIUS, 2019.

⁸¹ Ver sobre ello NASARRE AZNAR., 2018, 67 y sigs.

⁸² Ver sobre los principios que deberían inspirar una regulación de arrendamientos urbanos NASARRE AZNAR, SIMÓN MORENO y MOLINA ROIG, 2018.

⁸³ <https://www.elblogsalmon.com/sectores/tipos-interes-hipotecas-suben-cambio-ley-hipotecaria> (visitado 18 de julio de 2019).

⁸⁴ https://elpais.com/economia/2019/06/21/actualidad/1561105583_765818.html (visitado 18 de julio de 2019).

⁸⁵ BOE de 8 de septiembre de 2015, núm. 215, 79039 a 79048. Sobre ellas ver NASARRE AZNAR, 2017.

⁸⁶ El párrafo 33 establece que «Nos comprometemos a estimular la provisión de diversas opciones de vivienda adecuada que sean seguras, asequibles y accesibles para los miembros de diferentes grupos de ingresos de la sociedad, teniendo en cuenta la integración socioeconómica y cultural de las comunidades marginadas, las personas sin hogar y las personas en situaciones de vulnerabilidad y evitando la segregación. Adoptaremos medidas positivas para mejorar las condiciones de vida de las personas sin hogar, con miras a facilitar su plena participación en la sociedad, y para prevenir y eliminar la falta de hogar, así como para combatir y eliminar su penalización». Disponible en: <http://habitat3.org/wp-content/uploads/NUA-Spanish.pdf> (visitado 13 de julio de 2019).

⁸⁷ ECLI:ES:TC:2017:95.

⁸⁸ Disponible en: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html>. Ver al respecto MOLINA ROIG, 2018, 145 y sigs.

⁸⁹ Con anterioridad a la entrada en vigor el 1 de enero de 2019, Vom 18. Dezember 2018 (disponible en <https://www.mietgerichtstag.de/2018/12/27/mietrechtsanpassungs-gesetz-im-bgb-l-veroeffentlicht/>, visitado 13 de julio de 2019, el porcentaje era del 11%).

*(Trabajo recibido el 18-7-2019 y aceptado
para su publicación el 7-11-2019)*

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Coordinado por Juan José JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 14-11-2019
BOE 3-12-2019
Registro de la Propiedad de Altea.

TÍTULO FORMAL INSCRIBIBLE: AUTO DE HOMOLOGACIÓN DE TRANSACCIÓN JUDICIAL.

Se debate en este expediente la posibilidad inscribir un testimonio de un auto de homologación de una transacción judicial, en cuya virtud las partes acuerdan que una de ellas renuncia a la nuda propiedad que ostentaba sobre una determinada finca en favor de su hermana que era la usufructuaria.

Tal y como ya ha quedado resuelto en pronunciamientos previos, la transacción supone un acuerdo por el que las partes, dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa evitan la provocación de un pleito o ponen término al que hubiesen ya comenzado, adquiriendo tal acuerdo carácter de cosa juzgada entre ellos tal y como se prevé en los artículos 1809 y 1816 del Código civil; mientras que su homologación o aprobación judicial, según lo previsto en el artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, implica una revisión del organismo jurisdiccional en cuanto al poder de disposición de las partes en relación al objeto del pleito, pero no implica un verdadero análisis y comprobación del fondo del acuerdo que supone la transacción.

La transacción, aun homologada judicialmente no es una sentencia y por ello carece de su contenido y efectos por cuanto, al carecer de un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, nada impide su impugnación judicial en los términos previstos en la Ley (art. 1817 CC). El auto de homologación tampoco es una sentencia pues el juez se limita a comprobar la capacidad de los otorgantes para transigir y

la inexistencia de prohibiciones o limitaciones derivadas de la Ley (art. 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero sin que lleve a cabo ni una valoración de las pruebas ni un pronunciamiento sobre las pretensiones de las partes (art. 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por ello, y fuera de los supuestos en que hubiese habido oposición entre las partes y verdadera controversia, el acuerdo de los interesados que pone fin al procedimiento de división de un patrimonio no pierde su carácter de documento privado, que en atención al principio de titulación formal previsto en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, exige el previo otorgamiento de escritura pública notarial a los efectos de permitir su acceso al Registro de la Propiedad.

Resolución de 14-11-2019

BOE 3-12-2019

Registro de la Propiedad de Santa Cruz de Tenerife, número 4.

PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Como se ha reiterado por esta Dirección General (cfr., por todas, Resolución de 5 de diciembre de 2018) el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, contempla en su apartado b) la posibilidad de incorporar a la inscripción, como operación específica, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices. Según el citado artículo 9.b), para efectuar esta incorporación potestativa han de aplicarse con carácter general los requisitos establecidos en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria.

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. arts. 9, 199 y 201 LH). 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 caso pueden entenderse suficientemente justificadas las dudas del registrador en la nota de calificación en cuanto a la existencia de conflicto entre fincas colindantes, con posible invasión de las mismas. A tal efecto es determinante la existencia de pretensiones incompatibles de inscripción de representación gráfica tanto de uno como otro titular.

Resolución de 15-11-2019

BOE 3-12-2019

Registro de la Propiedad de Logroño, número 2.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: INEXISTENCIA DE DOBLE TÍTULO EN LOS CASOS DE DERECHO DE TRANSMISIÓN.

En el proceso de inmatriculación del 205 de la Ley Hipotecaria, en cuanto al momento temporal en que debía haberse producido la previa adquisición por

el ahora transmitente, no se exigía ninguna antelación mínima con respecto a la fecha del otorgamiento del título público traslativo y que opera como inmatriculador. Ahora, en cambio, con la nueva redacción legal, no se admite más forma documental de acreditar la previa adquisición que el título público, que es una especie concreta y especialmente cualificada dentro del amplio género de los documentos fehacientes, y, además, se exige que dicha adquisición previa se haya producido al menos un año antes del otorgamiento del título público traslativo que va a operar como título inmatriculador. Nótese que dicho lapso temporal mínimo de un año ha de computarse, no necesariamente entre las fechas de los respectivos otorgamientos documentales, esto es, el de título público previo y el del título público traslativo posterior, sino entre la fecha de la previa adquisición documentada en título público, y la fecha del otorgamiento del título traslativo posterior.

En los casos de aceptación de herencia y formalización en título público de la adjudicación y adquisición de la propiedad de los bienes hereditarios, el plazo de un año a que se refiere el artículo 205 de la Ley Hipotecaria se puede computar desde el fallecimiento del causante de la herencia, momento desde el cual se entiende adquirida por el heredero la posesión y por ende la propiedad de los bienes hereditarios, y no necesariamente desde el otorgamiento del título público de formalización de la aceptación y adjudicación de herencia. Esta afirmación no obsta la también reiterada doctrina de esta Dirección General según la cual no supone una extralimitación competencial, sino todo lo contrario, que el registrador califique si los títulos presentados para inmatricular una finca cumplen los requisitos legales o han sido elaborados «*ad hoc*» de manera artificiosa para eludir el cumplimiento de la finalidad y razón de ser esencial de tales preceptos.

Por tanto, lo que debe estudiarse en el presente caso, es si la escritura objeto de recurso recoge dos transmisiones, como entiende el recurrente al afirmar que hubo aceptación tácita de la herencia por parte de la viuda, o una sola transmisión, como parece entender el registrador al exigir que se aporte el título previo de adquisición del primer fallecido. En el ámbito registral la aceptación tácita no puede admitirse, siendo necesaria forma documental pública, tal y como exige el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, como se pronunció este Centro Directivo en resolución de 21 de enero de 1993 exigiendo que la aceptación conste en documento público, siendo solo admisible la aceptación tácita, cuando se trate de escritura pública que tenga por objeto otro acto que «*ex lege*» tenga valor equivalente, como ocurre en la disposición de un bien hereditario concreto (art. 999 CC); por lo que, no habiendo quedado acreditada la aceptación de la herencia en la forma señalada, opera el «*ius transmissionis*» del artículo 1006 del Código civil.

En relación con el derecho de transmisión, la doctrina de este Centro Directivo, siguiendo la del Tribunal Supremo, ha considerado que «los transmisarios suceden al primer causante de manera directa y no mediante una doble transmisión del causante al transmitente y de este a los transmisarios. Pero es indiscutible que la determinación de quiénes son los transmisarios y en qué porcentaje y modo adquieren los bienes, viene determinado por la sucesión del transmitente, no por la sucesión del primer causante».

El segundo defecto, relativo a la exigencia registral de aportación de los títulos de la sucesión hereditaria debe ser igualmente confirmado, pues el artículo 14 de la Ley Hipotecaria, acertadamente invocado por el registrador en su nota de calificación, señala que «el título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro, es el testamento, el contrato sucesorio, el acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato y la declaración administrativa de heredero

abintestato a favor del Estado, así como, en su caso, el certificado sucesorio europeo al que se refiere el capítulo VI del Reglamento (UE) núm. 650/2012».

Resolución de 20-11-2019

BOE 10-12-2019

Registro de la Propiedad de Madrid, número 38.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: SUPUESTOS EN LOS QUE EL TITULAR REGISTRAL HA FALLECIDO.

Como se ha señalado en resoluciones anteriores (*vid.* resoluciones citadas en los «Vistos») el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y de interdicción de la indefensión procesal, limita los efectos de la cosa juzgada a quienes hayan sido parte en el procedimiento. En este sentido, el principio registral de tracto sucesivo, que no es sino un trasunto de la proscripción de la indefensión, impide dar cabida en el Registro a resoluciones judiciales que pudieran entrañar una indefensión procesal patente del titular registral. Ese principio de interdicción de la indefensión procesal exige que el titular registral afectado por el acto inscribible, cuando no conste su consentimiento auténtico, haya sido parte o haya tenido, al menos, la posibilidad de intervención en el procedimiento determinante del asiento.

En cuanto a la aplicación de esta doctrina en el ámbito de la herencia yacente, es cierto que este Centro Directivo había exigido, para poder considerar cumplimentado el tracto sucesivo (cfr. art. 20 de la LH y 166.1 del Reglamento Hipotecario, por analogía), el nombramiento judicial de un administrador de la herencia yacente en procedimientos judiciales seguidos contra herederos indeterminados del titular registral. Sin embargo, con posterioridad se ha aclarado, para adecuar esa doctrina a los pronunciamientos jurisprudenciales en la materia (*vid.*, por todas, las Resoluciones de 27 de julio de 2010 y 10 de enero de 2011, citadas en los «Vistos»), que la exigencia de nombramiento de un defensor judicial de la herencia yacente no debe convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa, de manera que la suspensión de la inscripción por falta de tracto sucesivo cuando no se haya verificado tal nombramiento, y por ende no se haya dirigido contra él la demanda, debe limitarse a aquellos casos en que el llamamiento a los herederos indeterminados es puramente genérico, y obviarse cuando la demanda se ha dirigido contra personas determinadas como posibles herederos, y siempre que de los documentos presentados resulte que el juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente.

Cabe plantearse diferentes posibilidades: a) Para tomar anotación preventiva del embargo en caso de procesos ejecutivos por deudas del titular registral, fallecido durante el procedimiento, deberá acreditarse al registrador que se demandó al titular registral, que ha fallecido y que se ha seguido la tramitación con sus herederos, por sucesión procesal conforme al artículo 16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si se ha producido el fallecimiento del titular registral antes de iniciado el procedimiento, y este se sigue por deudas de aquel, además del fallecimiento deberá acreditarse al registrador, si los herederos fueran ciertos y determinados, que la demanda se ha dirigido contra estos indicando sus circunstancias personales (art. 166.1, párrafo primero, RH), sin que se precise en este caso aportar los títulos sucesorios. Si los herederos fueran indeterminados se abordará posteriormente la circunstancia relativa a la herencia yacente.

b) Si se ha producido el fallecimiento del titular registral antes de iniciado el procedimiento, y este se sigue por deudas de herederos ciertos y determinados, además del fallecimiento deberá acreditarse al registrador, que la demanda se ha dirigido contra estos indicando sus circunstancias personales y acompañando los títulos sucesorios y el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad (art. 166.1, párrafo segundo, RH). c) En caso de procesos ejecutivos por deudas del causante siendo sus herederos indeterminados, o por deudas de estos herederos indeterminados —herencia yacente—, será preciso, para poder considerarse cumplimentado el tracto sucesivo, bien que se acredite en el mandamiento que se ha emplazado a alguno de los posibles llamados a la herencia, bien que se ha procedido al nombramiento judicial de un administrador de la herencia yacente.

Resolución de 20-11-2019

BOE 10-12-2019

Registro de la Propiedad de Sueca.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

El artículo 199 regula las actuaciones para la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca y su coordinación con el Catastro. 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. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas, 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 resultan identificadas y fundamentadas las dudas de la registradora en la nota de calificación en cuanto a la existencia de conflicto entre fincas colindantes, con posible invasión de una de las mismas. Dudas que confirman los datos y documentos que obran en el expediente. No puede ser tenida en cuenta la alegación del recurrente de que el colindante dio su conformidad verbal a la representación gráfica cuya inscripción se solicita, pues tal y como resulta del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y de numerosas resoluciones de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 19 de mayo de 2010 y 29 de septiembre de 2016, entre otras) los medios de que se puede valer el registrador en el ejercicio de su función calificador se limitan, también con las matizaciones que resultan de las resoluciones citadas, a lo que resulte de los documentos presentados y del contenido del Registro.

Y finalmente, por lo que se refiere a la alegación de haberse logrado la usucapión de la mayor cabida que resulta de la representación gráfica aportada manifestada por el recurrente, siguiendo la resolución de esta Dirección General de 5 de diciembre de 2014, podemos afirmar que se ha reiterado en innumerables ocasiones (*vid.*, por todas, Resolución de 26 de abril de 2006), que la apreciación de la prescripción es tarea reservada a los órganos jurisdiccionales, doctrina que

inicialmente elaborada en el ámbito de la prescripción extintiva, ha sido extendida también a la adquisitiva (*vid.* Resolución de 7 de marzo de 2018).

Resolución de 20-11-2019

BOE 10-12-2019

Registro de la Propiedad de Benabarre.

REQUISITOS FISCALES: PRESUPUESTO PARA LA CALIFICACIÓN. PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No concurriendo circunstancias de realización de especial tarea de cooperación con la Administración de Justicia (Resolución de 21 de diciembre de 1987) ni resultando supuestos de expresa e indubitada no sujeción al impuesto (apartados 2 a 4 del artículo 104 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales) 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 —en este caso, de la comunidad autónoma y los municipales— los que podrán manifestarse al respecto. Por todo ello, no cabe sino confirmar la nota de calificación en cuanto a este extremo.

Ahora bien, en la calificación recurrida objeto de este expediente la registradora, a pesar de concurrir el supuesto de hecho previsto en el artículo 254 de la Ley Hipotecaria que, como se ha visto, determina una suspensión de la calificación, no obstante ello advierte de la existencia de un obstáculo de fondo para la práctica de la inscripción interesada, en los términos antes vistos, lo cual es posible y admisible, en vía de principios, por razones de economía procedimental.

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. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas, 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 la escritura calificada no resulta solicitud expresa relativa a la inscripción de la representación gráfica georreferenciada, si bien esta solicitud puede considerarse implícita en el documento, ya que según el criterio del apartado segundo letra a) de la Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015 se entiende solicitado el inicio del procedimiento cuando en el título presentado se

rectifique la descripción literaria de la finca para adaptarla a la resultante de la representación geográfica georreferenciada que se incorpore, circunstancia que concurre en el presente caso.

En el presente caso, resultan fundadas las dudas de la registradora, manifestadas con claridad en la nota de calificación, en cuanto a la existencia de posibles negocios no documentados.

Resolución de 20-11-2019

BOE 10-12-2019

Registro de la Propiedad de La Bañeza.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DOCUMENTOS EXIGIBLES PARA INICIARLO.

El artículo 199 regula las actuaciones para la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca y su coordinación con el Catastro. Del tenor literal del primer párrafo de este precepto se deduce que para iniciar este expediente basta aportar como único documento público la citada certificación catastral. La exigencia de un documento público adicional para iniciar este expediente registral carece de apoyo en el citado artículo 199 de la Ley Hipotecaria.

Finalmente, cabe recordar la doctrina de esta Dirección General (cfr. resoluciones de 13 de julio y 13 de octubre de 2009) que, ya antes de la reforma operada por la Ley 13/2015, señaló que la instancia privada no es el documento inscribible, sino que «la misma lo único que representa es la solicitud y la voluntad de varios copropietarios de cambiar la descripción de la finca, ya que el título de la rectificación debe entenderse que sería el documento notarial, judicial o administrativo en que fundara inmediatamente su derecho el solicitante de la rectificación (cfr. arts. 3 de la Ley y 33 de su Reglamento)», y por tanto, en el caso de este recurso, lo será la certificación catastral de la que resulta la representación gráfica y consecuente rectificación descriptiva que pretende inscribirse.

Resolución de 20-11-2019

BOE 10-12-2019

Registro de la Propiedad de Madrid, número 14.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO NO DIRIGIDO CONTRA EL TITULAR REGISTRAL.

Es la propia legislación hipotecaria la que regula y recoge, dentro de la normativa dedicada el recurso contra la calificación, las debidas notificaciones a efectuar por el registrador en su labor calificadora. Así establece el artículo 322 de la ley indicada: «La calificación negativa del documento o de concretas cláusulas del mismo deberá notificarse al presentante y al notario autorizante del título presentado y, en su caso, a la autoridad judicial o al funcionario que lo haya expedido».

Ha de partirse, una vez más, del principio de tracto sucesivo como garante de los intereses y derechos que ostentan los titulares registrales. Como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo, 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. arts. 20 y 40 LH), 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. art. 24 de la Constitución Española) y el propio principio registral de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. art. 1 LH).

En un caso como el ahora analizado, el control de la calificación registral ha puesto de manifiesto que dicha intervención no se ha producido, por lo que el defecto debe ser mantenido, en los términos apreciados por el registrador en su nota. Es de reseñar que no es suficiente, a los efectos de un eventual cumplimiento del principio de tracto sucesivo que el interesado declare o mencione que los títulos intermedios de adquisición existen y que justificarían el cumplimiento del mismo, sino que como transmisiones o alteraciones independientes deberán ser justificadas y constatadas que el procedimiento se ha seguido contra causahabientes de los titulares registrales, toda vez que debe señalarse que las resoluciones judiciales producen efectos entre las partes procesales, pero no frente a terceros (cfr. art. 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Resolución de 21-11-2019

BOE 24-12-2019

Registro de la Propiedad de Algete.

DIVISIÓN DE FINCAS: DIVISIÓN HORIZONTAL TUMBADA. DIVISIÓN DE FINCAS: GEORREFERENCIACIÓN.

Es conocido que las comunidades autónomas pueden asumir competencia exclusiva en las materias de «ordenación del territorio, urbanismo y vivienda» (Sentencias del Tribunal Constitucional números 61/1997, de 20 de marzo —fundamento jurídico 5— y 164/2001, de 11 de julio —fundamento jurídico 4—), lo que en el caso de la Comunidad de Madrid se plasma en el ejercicio de su potestad legislativa mediante la Ley 9/2001, de 17 de julio. En segundo lugar, debe afirmarse que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.8.a de la Constitución, es al Estado al que compete, en materia urbanística, establecer qué actos son inscribibles en el Registro de la Propiedad y sujetar su inscripción al previo cumplimiento de ciertos requisitos, en particular, el requisito de la previa intervención administrativa.

Bajo el calificativo de «tumbada» que se aplica a la propiedad horizontal suelen cobijarse situaciones que responden a ambos tipos, el de complejo inmobiliario con parcelas o edificaciones jurídica y físicamente independientes pero que participan en otros elementos en comunidad, o bien auténticas propiedades horizontales en que el suelo es elemento común y a las que se adjetivan como tumbadas tan solo en razón de la distribución de los elementos que la integran que no se superponen en planos horizontales sino que se sitúan en el mismo plano horizontal. Por el contrario, la propiedad horizontal propiamente tal, aunque sea tumbada, desde el momento en que mantiene la unidad jurídica de la finca —o derecho de vuelo— que le sirve de soporte no puede equipararse al supuesto anterior pues no hay división o fraccionamiento jurídico del terreno al que pueda calificarse como parcelación.

A la segregación y división de terrenos se refiere 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, que impone a notarios y registradores, en la autorización e inscripción de escrituras de segregación o división de fincas,

la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la división o segregación conforme a la legislación que le sea aplicable. El artículo 28 de la misma ley, por su parte, hace lo propio respecto a las escrituras de declaración de obra nueva, con la salvedad de permitir, en su apartado cuarto, un procedimiento especial de inscripción, sin acreditación de autorización administrativa previa, respecto a las «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».

La legislación de la Comunidad Autónoma de Madrid, a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones autonómicas (*vid. «ad exemplum»* artículo 66.2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, y disposición adicional segunda, apartado tercero, de la Ley 10/2004, de 9 de diciembre, del Suelo no Urbanizable, de la Comunidad Valenciana), no sujeta la división horizontal, como operación específica, a licencia de forma expresa. Sin embargo, en el ámbito de la legislación sustantiva madrileña, resulta exigible licencia a efectos de inscripción cuando la división horizontal de las edificaciones se configure de tal modo que pueda suponer un acto equiparado a parcelación o a «cualesquiera otros actos de división» de parcelas o terrenos, a tenor del referido artículo 151.

No tratándose de supuestos en los que se produzcan asignaciones de uso exclusivo de los elementos comunes de la finca, o de participaciones indivisas que den derecho a la utilización exclusiva de una porción concreta de finca, los cuales se encuentran recogidos en el apartado 2 de este mismo artículo, y que solo son posibles si reúnen las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística, ni dándose los supuestos de excepción previstos en la misma norma transcrita (superficies de la parcela calificadas de dominio público, adscritas a un uso público, etc.), no cabe, en principio, calificar la operación como acto de división, lo que permite excusar la exigencia de licencia municipal para su inscripción en el Registro de la Propiedad. Sin embargo, en línea con las resoluciones judiciales antes citadas, si la división horizontal se configura de tal modo que puede resultar equiparada a la división material de la finca hasta tal punto que sea incompatible con la unidad jurídica de la misma, a pesar de las estipulaciones de las partes, debe exigirse a efectos registrales la oportuna licencia urbanística, al amparo en este caso del artículo 151.1.a) de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid que se refiere a «cualesquiera otros actos de división de fincas o predios en cualquier clase de suelo».

Puede concluirse con base en las anteriores consideraciones que se crean nuevos espacios del suelo objeto de propiedad separada y se dota a los elementos independientes de tal autonomía (apreciación confirmada por las normas estatutarias previstas), que ha de entenderse que, no obstante la denominación y configuración jurídica empleadas por las partes, se trata, al menos a los efectos de la aplicación de la legislación urbanística, de una verdadera división de terrenos constitutiva de un fraccionamiento, de conformidad con el artículo 26, número 2, del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana y 151 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, por lo que es necesaria la obtención de la licencia correspondiente. Lo que ocurre es que, en contra de lo que concluye el registrador, en el presente caso —en que existe fraccionamiento de terreno que es una de las notas características de los conjuntos inmobiliarios privados— se ha obtenido autorización por parte de la Administración compe-

tente como instrumento de control de la legalidad urbanística; autorización que debe considerarse como título administrativo habilitante, entendido como acto administrativo de naturaleza reglada.

La aportación de la representación gráfica georreferenciada de la finca, ya sea a través de la certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, ya a través de representación gráfica georreferenciada complementaria o alternativa a la certificación catastral gráfica y descriptiva, como en el caso presente, resulta preceptiva en los casos en que se realicen operaciones de parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde que determinen una reordenación de los terrenos, y, por tanto, en casos como el presente en que la operación formalizada, según lo anteriormente expuesto, obedece a un acto equivalente a la parcelación de terrenos —cfr. artículos 9.1.b) y 10.3 de la Ley Hipotecaria—. Cabe rectificar la superficie registral atribuida a las fincas objeto de parcelación para adecuarla a la resultante de la representación gráfica georreferenciada aportada; pero, aun cuando sea deseable, lo cierto es que la Ley Hipotecaria no impone la total coincidencia descriptiva salvo en los supuestos de inmatriculación (cfr. arts. 203 y 205 Ley Hipotecaria), y así lo ha afirmado reiteradamente esta Dirección General (*vid.* Resoluciones de 8 de junio y 20 de diciembre de 2016 y 13 y 27 de julio y 19 de diciembre de 2017, entre otras). Por tanto, es suficiente que exista identidad de la finca y que resulte clara la voluntad de inscribir la representación gráfica, de manera que la descripción será, en definitiva, la que resulte de esta.

Resolución de 21-11-2019

BOE 24-12-2019

Registro de la Propiedad de Mahón.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN. RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

La negativa a la práctica del asiento de presentación es una calificación más y, como tal decisión, puede ser impugnada mediante mismo recurso que puede interponerse contra una calificación que deniegue o suspenda la inscripción del documento y, por tanto, debe tramitarse tal recurso a través del procedimiento previsto en los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria. Naturalmente, el objeto de recurso en estos casos es exclusivamente determinar si procede o no la práctica del asiento de presentación.

Por lo que se refiere a la calificación objeto de este recurso, el artículo 420.1 del Reglamento Hipotecario, en consonancia con el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, ordena a los registradores no extender asiento de presentación de los documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral. Este Centro Directivo ha reiterado que la negativa a la práctica de un asiento de presentación solo debe realizarse cuando el documento cuya constancia registral se solicita sea, palmaria e indudablemente, de imposible acceso al Registro. Por tanto, solo en aquellos casos en los que el propio presentante manifieste que su objetivo no es la práctica de un asiento en los libros del Registro, o en los que de una forma evidente resulte que el título nunca podría provocar dicho asiento, cabría denegar la presentación. Es indudable que en el presente expediente nos encontramos ante una instancia privada que no puede provocar asiento registral alguno, por lo que debe confirmarse la decisión del registrador.

Practicados los asientos, los mismos se hallan bajo la salvaguardia judicial y no es posible, en el concreto ámbito de este expediente, revisar, como se pretende, la legalidad en la práctica de dichos asientos ni la calificación positiva previa en que encuentran su fundamento los efectos de legitimación que dichos asientos generan; todo ello sin perjuicio de la posibilidad de su rectificación, bien mediante el consentimiento del titular del asiento inexacto en virtud de documento público, o bien mediante la oportuna sentencia firme dictada en juicio declarativo contra él entablado. El objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad es exclusivamente determinar si la calificación es o no ajustada a Derecho (cfr. arts. 18 y 19 bis LH).

Resolución de 21-11-2019

BOE 24-12-2019

Registro de la Propiedad de Madrid, número 20.

VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL: RÉGIMEN DE LA PROHIBICIÓN DE DISPONER RD 801/2005.

El artículo 13 del Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, por el que se aprueba el Plan Estatal 2005-2008, para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda, dispone que quedan sujetas a prohibición de disponer todas las compraventas acogidas al Real Decreto 801/2005, hayan o no obtenido ayudas financieras o préstamo acogido. Pero si además han obtenido ayudas financieras o préstamos la supresión de la prohibición de disponer exige la devolución de esas ayudas, en los términos que resultan de los apartados 3 a 5 del citado Real Decreto 801/2005.

Respecto a la circunstancia de que el adquirente sea la propia Empresa Municipal de Vivienda y Suelo de Madrid, S.A. plantea la cuestión de si a ella no le sería aplicable la prohibición porque en caso de venta no se le presume un ánimo lucrativo sino favorecer a personas que reúnan las condiciones exigidas legalmente a precio de Vivienda de Protección Oficial (VPO). Sin embargo, no es cancelable la nota marginal porque la prohibición tiene lugar sucesivamente en cada adquisición durante todo el tiempo del régimen de protección, dado que, por un lado, el artículo 13.2 utiliza la expresión «los compradores de viviendas acogidas a este Real Decreto, y por acogidas debe entenderse todo el tiempo del régimen de protección», y, por otro, el artículo 2.10 para las viviendas usadas considera acogidas las «adquisiciones segundas o posteriores (...) en siguientes transmisiones» por lo que afectaría también al posible futuro comprador a la Empresa Municipal de Vivienda y Suelo de Madrid, S.A., sin que le afecte evidentemente la prohibición de disponer a la propia Empresa Municipal de Vivienda y Suelo de Madrid, S.A.

Resolución de 21-11-2019

BOE 24-12-2019

Registro de la Propiedad de Estella-Lizarra, número 1.

REQUISITOS FISCALES: ACREDITACIÓN. SECRETARIO DE AYUNTAMIENTO: FUNCIÓN DE FEDATARIO PÚBLICO. SEGREGACIÓN DE FINCA: LICENCIA.

La doctrina mantenida por este Centro Directivo ha establecido que el registrador, ante cualquier operación jurídica cuya registración se solicite, no solo

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 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. 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 —en este caso, municipales— 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. art. 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.

De la literal dicción del apartado primero del artículo 104 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales se deduce con toda claridad que el hecho imponible está constituido por la transmisión de la propiedad o la constitución o transmisión de derechos reales, en los términos que resultan de ese precepto, por lo que una escritura de segregación, donación y agrupación es un claro supuesto de sujeción, en lo referente a la transmisión por donación, por lo que este defecto debe ser confirmado.

La segunda cuestión que se plantea en el presente expediente es la relativa a la necesidad de legitimación notarial de las firmas del secretario del ayuntamiento que certifica y la del alcalde que emite el visto bueno. Este defecto debe ser revocado pues ninguna norma exige las firmas del secretario y, en su caso, del visto bueno del alcalde.

La tercera cuestión discutida en el presente expediente se refiere a la posibilidad de practicar una segregación cuando tanto la licencia municipal como el preceptivo informe del Servicio de Riqueza Territorial se refiere a la finca matriz con la descripción que resulta del Catastro, si bien del propio título se desprenden diferencias de cabida con la descripción tabular. Dicha cuestión ha sido ya resuelta por la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras por la resolución de 12 de noviembre de 2013 citada tanto en la nota de calificación recurrida como en el propio recurso. De la misma se desprende que «se precisa adaptar la descripción autorizada, a la variación posterior por las partes de la superficie a segregar junto con la correspondiente al resto de finca matriz, a fin de lograr la plena coincidencia entre escritura pública, inscripción y licencia recabada, defecto que puede ser, por tanto, fácilmente subsanado».

Resolución de 21-11-2019

BOE 24-12-2019

Registro de la Propiedad de Madrid, número 53.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO NO DIRIGIDO CONTRA EL TITULAR REGISTRAL.

En primer lugar conviene recordar que es doctrina reiterada de este Centro Directivo que las exigencias del principio de tracto sucesivo confirman la postura del registrador toda vez que el procedimiento del que dimana el mandamiento calificado no aparece entablado contra los titulares registrales, sin que pudiera alegarse en contra la limitación del ámbito calificador respecto de los mandamientos judiciales, pues, el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos, impide extender las consecuencias de un proceso a quienes no han tenido parte en él ni han intervenido en manera alguna, exigencia esta que en el ámbito registral determina la imposibilidad de practicar asientos que comprometen una titularidad inscrita si, o bien consta el consentimiento de su titular, o que este haya sido parte en el procedimiento de que se trata; de ahí que el artículo 100 del Reglamento Hipotecario incluya los obstáculos que surjan del Registro.

La presunción *iuris tantum* de exactitud de los pronunciamientos del Registro, así como el reconocimiento de legitimación dispositiva del titular registral llevan consigo el cierre del Registro a los títulos otorgados por persona distinta de dicho titular o a los procedimientos no seguidos contra el titular registral (arts. 20 y 38 LH). Tal doctrina en nada queda modificada por el hecho de resultar el demandado titular catastral de dicha cuota, al tratarse de un Registro administrativo de carácter fiscal cuya función es ajena a la determinación y publicidad del dominio y demás derechos reales.

Resolución de 22-11-2019

BOE 24-12-2019

Registro de la Propiedad de Tudela, número 1.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN. RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

La negativa a la práctica del asiento de presentación es una calificación más y, como tal decisión, puede ser impugnada mediante mismo recurso que puede interponerse contra una calificación que deniegue o suspenda la inscripción del documento y, por tanto, debe tramitarse tal recurso a través del procedimiento previsto en los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria. Naturalmente, el objeto de recurso en estos casos es exclusivamente determinar si procede o no la práctica del asiento de presentación.

Por lo que se refiere a la calificación objeto de este recurso, el artículo 420.1 del Reglamento Hipotecario, en consonancia con el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, ordena a los registradores no extender asiento de presentación de los documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral. Este Centro Directivo ha reiterado que la negativa a la práctica de un asiento de presentación solo debe realizarse cuando el documento cuya constancia registral se solicita sea, palmaria e indudablemente,

de imposible acceso al Registro. Por tanto, solo en aquellos casos en los que el propio presentante manifieste que su objetivo no es la práctica de un asiento en los libros del Registro, o en los que de una forma evidente resulte que el título nunca podría provocar dicho asiento, cabría denegar la presentación. Es indudable que en el presente expediente nos encontramos ante una instancia privada que no puede provocar asiento registral alguno, por lo que debe confirmarse la decisión del registrador.

Practicados los asientos, los mismos se hallan bajo la salvaguardia judicial y no es posible, en el concreto ámbito de este expediente, revisar, como se pretende, la legalidad en la práctica de dichos asientos ni la calificación positiva previa en que encuentran su fundamento los efectos de legitimación que dichos asientos generan; todo ello sin perjuicio de la posibilidad de su rectificación, bien mediante el consentimiento del titular del asiento inexacto en virtud de documento público, o bien mediante la oportuna sentencia firme dictada en juicio declarativo contra él entablado. El objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad es exclusivamente determinar si la calificación es o no ajustada a Derecho (cfr. arts. 18 y 19 bis LH).

Resolución de 22-11-2019

BOE 24-12-2019

Registro de la Propiedad de Valdepeñas.

AGUAS PRIVADAS: INSCRIPCIÓN.

Como cuestión preliminar previa debe recordarse la reiteradísima doctrina de este Centro Directivo según la cual conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria no pueden tenerse en cuenta para la resolución del recurso documentos que no hayan sido presentados en tiempo y forma en el Registro, de forma que el registrador no pudo examinarlos a la hora de emitir su calificación.

En cuanto al primero de los defectos señalados por la registradora, la falta de identificación de la finca sobre la que ha de practicarse la inscripción, como señaló la Resolución de 13 de noviembre de 2018 es necesario que el documento judicial a inscribir contenga referencia certera respecto de la finca registral sobre la que se deben practicar los correspondientes asientos. La sentencia presentada a inscripción declara «el derecho del demandante a seguir aprovechando las aguas privadas subterráneas que se han venido usando antes del 1 de enero de 1986 con la captación ubicada en la parcela número 4 del polígono 81 del término municipal de Valdepeñas, con destino a riego de la citada parcela en una superficie de 2 hectáreas, 57 áreas y 27 centiáreas, y una dotación de 2271 metros cúbicos por hectárea y año». Se identifica por tanto la porción de terreno sobre la que recae dicho derecho únicamente por medio de la identificación de una parcela catastral y de su superficie, sin identificar la finca registral y sin que se contengan las demás circunstancias descriptivas de la finca que exige la legislación hipotecaria. La registradora no puede decidir de oficio cuál es la finca registral sobre la que ha practicarse la inscripción, como se desprende del principio hipotecario de rogación, sino que ha de quedar identificada por medio de la documentación presentada.

Existen varias posibilidades de reflejar en el Registro los derechos privados sobre el agua: a) agua inscrita como finca independiente, en propiedad; b) agua inscrita en propiedad, pero no como finca independiente sino como cualidad de

la finca de que forme parte o en la que esté situada; c) derecho a beneficiarse (cualidad del predio dominante) de aguas de propiedad ajena, situadas en otra finca o inscritas ellas mismas como finca independiente (predios sirvientes en ambos casos); d) agua inscrita en propiedad en favor de una comunidad especial considerada como entidad con personalidad propia; e) cuota de agua en una comunidad especial, inscrita en propiedad como finca independiente, y f) cuota de agua en una comunidad especial, inscrita en propiedad, pero no como finca independiente sino como cualidad de la finca a que se destina (que debe pertenecer al titular de la cuota).

En el supuesto al que se refiere el presente recurso se trata de un derecho de aprovechamiento de aguas privadas subterráneas preexistente a la Ley de Aguas de 1985, que entró en vigor el 1 de enero de 1986, con captación en una determinada finca y con destino al riego de la misma —y cuya vigencia ha sido declarada mediante sentencia—, al que era aplicable la disposición transitoria tercera de la Ley de Aguas de 1985. Esta propiedad privada existente al entrar en vigor dicha ley podrá ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad, tanto si ya había tenido acceso al Registro antes de dicha vigencia como si se pretendiera inmatricularla. Sin embargo, tanto en el supuesto de primeras como de segundas inscripciones, 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. art. 33 RH), 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. La presentación, en su caso, de la certificación de inclusión en el Catálogo de Aprovechamientos de Aguas Privadas es necesaria para la inscripción en el Registro de la Propiedad.

La naturaleza y contenido del derecho del titular será diferente en función de si en su día el interesado optó o no por acreditar su derecho para inscribirlo en el Registro de Aguas en el plazo de tres años legalmente establecido. De ahí que lo que haya que acreditar para la inscripción en el Registro de la Propiedad sea no tanto la inscripción en el Registro de Aguas, sino precisamente la falta de inscripción en el mismo en dicho plazo, pues es determinante para precisar el alcance y contenido del derecho a inscribir. Junto a ello ha de acreditarse también en este caso, como ya se ha expuesto antes y han establecido las Resoluciones de esta Dirección General de 23 de abril de 2005 y 18 de julio de 2018, la inscripción en el Catálogo de Aguas Privadas, como resulta de la disposición transitoria cuarta del texto refundido de la Ley de Aguas de 2001 y de los artículos 84 y 85 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico.

Resolución de 22-11-2019

BOE 24-12-2019

Registro de la Propiedad de Nules, número 1.

ANOTACIÓN DE EMBARGO PRORROGADA ANTES DE LA LEC: POSIBLE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 210 DE LA LEY HIPOTECARIA.

Con la interpretación sentada por la Instrucción de este Centro Directivo de 12 de diciembre de 2000 reiterada en numerosas ocasiones (cfr. resoluciones

citadas en los «Vistos» de la presente) quedó claro que, para las anotaciones preventivas prorrogadas antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2000, no era necesario ordenar nuevas prórrogas, según el párrafo segundo del artículo 199 del Reglamento Hipotecario, por lo que no cabe su cancelación por caducidad. En definitiva, con la interpretación sentada por la Instrucción de 12 de diciembre de 2000, aclarada por la resolución 30 de noviembre de 2005, quedó claro que, para las anotaciones preventivas prorrogadas antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2000, no era necesario ordenar nuevas prórrogas y que no cabe su cancelación por caducidad.

Finalmente cabe señalar que en última instancia será aplicable el artículo 210 de la Ley Hipotecaria cuando dice: «Las inscripciones de hipotecas, condiciones resolutorias y cualesquiera otras formas de garantía con efectos reales, cuando no conste en el Registro la fecha en que debió producirse el pago íntegro de la obligación garantizada, podrán igualmente cancelarse a instancia de cualquier interesado cuando hayan transcurrido veinte años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación de la obligación garantizada o, en su defecto, cuarenta años desde el último asiento relativo a la titularidad de la propia garantía». Al tratarse el embargo de una traba de bienes para garantizar el pago de una obligación y tener eficacia real a través de la anotación de embargo, le podría ser de aplicación este precepto, aunque no se ha justificado que sea aplicable en el supuesto de hecho de este expediente.

Resolución de 22-11-2019

BOE 24-12-2019

Registro de la Propiedad de Madrid, número 5.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: EL DERECHO HA DE ESTAR INSCRITO A NOMBRE DEL DISPONENTE.

Como ha afirmado con reiteración esta Dirección General (*vid.*, por todas, la Resolución de 10 de abril de 2017) 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 (art. 20 LH). En consecuencia, estando las fincas transmitidas, inscritas 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, que resulte de los correspondientes títulos traslativos con causa adecuada (cfr. arts. 2 y 17 LH).

En el presente caso, según resulta del historial registral de las fincas, el vendedor que suscribió el contrato privado con el causante ya no ostenta titularidad registral alguna sobre la finca referida, por haber realizado ya otras ventas inscritas. Por ello, el recurso no puede prosperar habida cuenta del referido principio de tracto sucesivo, y también del principio de prioridad, pues inscritos en el Registro varios títulos traslativos de porciones indivisas de un local, no puede inscribirse un documento, aunque sea de anterior fecha, que afecta a los derechos inscritos sin consentimiento de sus titulares (cfr. art. 17 LH).

Resolución de 26-11-2019

BOE 27-12-2019

Registro de la Propiedad de Santa María de Guía.

PROHIBICIONES DE DISPONER: INSCRIPCIÓN.

La calificación debe confirmarse. La posibilidad de constituir un derecho de usufructo con carácter personalísimo, intransmisible e indisponible resulta totalmente incontrovertible pues, con base en el criterio de «*numerus apertus*» que rige en nuestro ordenamiento, se permite no solo la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador, incluyendo cualquier acto o contrato innominado de transcendencia real que modifique alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales (cfr. arts. 2.2.o LH y 7 RH), sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos (cfr. arts. 392, 467, 470 —estos dos últimos relativos al usufructo—, 523, 594 y 1648.2.o CC) y, por ejemplo, sujetarlos a condición, término o modo (cfr. arts. 11, 23 y 37 LH). No obstante, el ejercicio de esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes.

Con carácter general, cabe recordar la doctrina sobre la configuración registral de las prohibiciones de disponer que este Centro Directivo ha establecido en diversas ocasiones desde la clásica resolución de 20 de diciembre de 1929 hasta la más reciente de 27 de febrero de 2019. Conforme a esta doctrina, las prohibiciones de disponer no son verdaderos derechos reales cuya inscripción perjudique a terceros adquirentes, sino restricciones que, sin atribuir un correlativo derecho al beneficiado por ellas, limitan el ejercicio de la facultad dispositiva («*ius disponendi*») de su titular (cfr. Resolución de 13 de octubre de 2005). Tales restricciones no impiden la realización de actos dispositivos forzosos, sino tan solo los actos voluntarios de transmisión «inter vivos», por lo que un bien gravado con una prohibición de disponer es susceptible de ser transmitido *mortis causa* o en virtud de los citados actos dispositivos de carácter forzoso.

Vista esta doctrina general perfectamente asentada y establecida, el caso concreto objeto de este expediente no plantea problemas en cuanto a la identificación de la naturaleza voluntaria y onerosa del acto en el que se estableció la prohibición (compraventa del derecho real de usufructo), y, en consecuencia, respecto de la imposibilidad de que las prohibiciones de disponer pactadas puedan acceder al Registro de la Propiedad, pues la interpretación de los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria es clara: se admite la posibilidad de registrar las prohibiciones de disponer cuando tengan su origen en actos a título gratuito, pero no si derivan en actos onerosos.

Resolución de 27-11-2019

BOE 27-12-2019

Registro de la Propiedad de Arganda del Rey, número 2.

PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Como se ha reiterado por esta Dirección General (cfr., por todas, la resolución de 5 de diciembre de 2018) el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, contempla

en su apartado b) la posibilidad de incorporar a la inscripción, como operación específica, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices.

En todo caso, será objeto de calificación por el registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca. Las dudas pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o en parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 199 y 201 LH y Resoluciones de 22 de abril, 8 de junio y 10 de octubre de 2016, entre otras). 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.

En cuanto a la protección registral del dominio público, tal y como ha reiterado esta Dirección General (cfr. «Vistos»), esta protección que la Ley otorga al mismo no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción.

Por todo lo expuesto, resulta correcta la actuación de la registradora a la vista del informe de la Administración, pues dados los términos del pronunciamiento no puede procederse a la inscripción, sin perjuicio de que por el interesado se ejerciten los recursos o actuaciones correspondientes ante dicha autoridad administrativa.

Resolución de 27-11-2019

BOE 27-12-2019

Registro de la Propiedad de Arganda del Rey, número 2.

PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Como se ha reiterado por esta Dirección General (cfr., por todas, la Resolución de 5 de diciembre de 2018) el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, contempla en su apartado b) la posibilidad de incorporar a la inscripción, como operación específica, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices.

En todo caso, será objeto de calificación por el registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca. Las dudas 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 se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 199 y 201 LH y Resoluciones de 22 de abril, 8 de junio y 10 de octubre de 2016, entre otras). 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.

En cuanto a la protección registral del dominio público, tal y como ha reiterado esta Dirección General (cfr. «Vistos»), esta protección que la Ley otorga al

mismo no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción.

Por todo lo expuesto, resulta correcta la actuación de la registradora a la vista del informe de la Administración, pues dados los términos del pronunciamiento no puede procederse a la inscripción, sin perjuicio de que por el interesado se ejerciten los recursos o actuaciones correspondientes ante dicha autoridad administrativa.

Resolución de 28-11-2019

BOE 27-12-2019

Registro de la Propiedad de Estella-Lizarra.

CONDICIÓN RESOLUTORIA: DISTRIBUCIÓN DEL PRECIO ENTRE VARIAS FINCAS.

Es doctrina de esta Dirección General (cfr., por todas, la Resolución de 28 de febrero de 1994) que cuando al impago del precio aplazado de varias fincas vendidas se liga la facultad resolutoria del contrato por la parte vendedora, tal pacto no es inscribible sin distribuir o determinar cuál es la parte del precio pendiente del que ha de responder cada una de las fincas vendidas, pues la exigencia del artículo 11 de la Ley Hipotecaria, como una manifestación del conocido como principio de determinación, consecuencia a su vez del de especialidad que la llevanza del Registro por fincas impone, no deja lugar a dudas sobre su necesidad.

Con independencia de las diferencias que, en abstracto puedan apreciarse entre los conceptos de valor y precio, lo cierto es que en el presente caso se fija en el mismo acto el valor concreto que se atribuye a cada una de las dos fincas vendidas, por lo que resulta inequívocamente que dicho valor es equivalente al precio que por cada finca se debe pagar. Por ello, el registrador puede tomar tales valores para reflejar en el asiento registral la distribución del precio entre las dos fincas vendidas, y ello sin necesidad de acudir a presunción alguna pero sí mediante una correcta interpretación de las distintas cláusulas del título, no solo literal, sino también teleológica y sistemática.

Resolución de 28-11-2019

BOE 27-12-2019

Registro de la Propiedad de Alcorcón, número 2.

ESCRITURA DE ELEVACIÓN A PÚBLICO DE CONTRATO PRIVADO: *RENOVATIO CONTRACTUS*. DERECHO DE SUPERFICIE: SOBRE PARTE DE UNA FINCA.

La elevación a público de un documento privado no solo tiene eficacia meramente reconocitiva, sino que también puede tener una eficacia complementadora del negocio, a modo de «*renovatio contractus*». Y de lo que no cabe duda es que es título inscribible, siempre que cumpla con los principios estructurales del sistema registral, entre ellos el principio de tracto sucesivo,

como ocurre en el caso de este expediente en el que se acompaña la escritura de cesión contractual entre quien eleva a escritura pública y quien otorgó el documento privado.

De los términos de la escritura de elevación a público de documento privado complementada por diligencia de la misma fecha (en la que las partes definen la ubicación concreta del derecho de superficie), e incluso de la escritura de constitución de la hipoteca sobre la finca, de la que resulta que no se extiende la hipoteca al derecho de superficie, resultan todos los elementos necesarios para la inscripción de este derecho de superficie: voluntad actual de constituir un derecho real de superficie sobre finca ajena, su duración (99 años a partir del día del otorgamiento de la escritura —que será la de elevación a público—), ubicación exacta del derecho de superficie constituido y precio pagado por los derechos de superficie, así como del de la cesión posterior de los mismos en favor de quien formaliza el derecho.

Tan solo la referencia a la obligación de realizar la segregación futura de la parcela afectada por el derecho de superficie carece de trascendencia real y debe ser objeto de denegación (arts. 2 y 98 LH y 9 RH). Mientras tanto el derecho de superficie puede ser inscrito sin llevar a cabo la segregación del terreno. Al respecto tiene declarado este Centro Directivo (Resoluciones de 16 de diciembre de 1994, 3 de abril de 2002 y 16 de junio de 2012, entre otras) que en nuestro ordenamiento jurídico es perfectamente factible constituir un derecho de uso sobre alguna de las partes materiales susceptible de aprovechamiento independiente de un inmueble y que lo anterior 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.

Finalmente, en cuanto a la necesidad de georreferenciación obligatoria del derecho de superficie debe también estimarse el recurso, pues esto solo es obligatorio para determinados supuestos, como ocurrirá en el caso de la segregación de la finca (cfr. art. 9 LH) que como vemos no es exigible en este momento, o en los casos de declaración de obra nueva finalizada.

Resolución de 28-11-2019

BOE 27-12-2019

Registro de la Propiedad de Hoyos.

PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Como se ha reiterado por esta Dirección General (cfr., por todas, la resolución de 5 de diciembre de 2018) el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, contempla en su apartado b) la posibilidad de incorporar a la inscripción, como operación específica, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices.

En todo caso, será objeto de calificación por el registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca. Las dudas 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 se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modifi-

cación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 199 y 201 LH y Resoluciones de 22 de abril, 8 de junio y 10 de octubre de 2016, entre otras). 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.

En cuanto a la protección registral del dominio público, tal y como ha reiterado esta Dirección General (cfr. «Vistos»), esta protección que la Ley otorga al mismo no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción.

En el caso de este recurso, el registrador expone fundadamente una serie de circunstancias que pueden motivar dudas de identidad, según ha quedado expuesto en los hechos y se reseña en el fundamento primero de esta resolución. Sin embargo, del análisis de tales circunstancias resulta que el recurso debe estimarse en cuanto a la posibilidad de tramitar el expediente. En efecto, en primer lugar, la magnitud de la diferencia de superficie no puede impedir la tramitación del expediente salvo que concurra una desproporción tal que impida identificar el recinto a que se refiere la finca registral con la representación gráfica (cfr., entre otras, Resoluciones de 1 de agosto de 2018 o 17 de octubre de 2019), lo cual no sucede en este expediente, ni tampoco la nota de calificación se pronuncia en este sentido. En segundo lugar, en cuanto al cambio de naturaleza de parte de la finca, tampoco puede considerarse como circunstancia determinante de la existencia de dudas de identidad, toda vez que se aporta un certificado municipal relativo a la correspondencia de las fincas registrales que se agrupan con tres parcelas catastrales, dos de las cuales constan como urbanas en Catastro, siendo la superficie de estas coincidente con la parte de finca que figura como urbana en el título. En tercer y último lugar, procede recordar que, en cuanto a la circunstancia de proceder la finca de una operación de segregación, en diversas resoluciones de este Centro Directivo que invoca el recurrente (cfr. «Vistos»), ya se afirmó que «aun constando ya inscrita una segregación conforme a una licencia o autorización administrativa concedida, no puede negarse la posibilidad de rectificar con posterioridad la descripción de las fincas resultantes, sin necesidad de nueva licencia o autorización, siempre y cuando se cumplan los requisitos y procedimientos contemplados para ello en la Ley Hipotecaria y, ante todo, siempre que las rectificaciones pretendidas no impliquen una nueva reordenación de terrenos diferente a la resultante de la modificación hipotecaria para la que se concedió la licencia».

Como ya ha señalado esta Dirección General (cfr. Resolución de 18 de octubre de 2018), el mero indicio o sospecha del registrador acerca de la titularidad pública no puede ser determinante para mantener la calificación sin que la Administración y los titulares de fincas colindantes hayan tenido la oportunidad de pronunciarse en el expediente correspondiente. En definitiva, tal y como se ha indicado, será una vez tramitado el expediente cuando, a la vista de la intervención de la Administración supuestamente titular de lo que a juicio del registrador constituye dominio público y de los titulares de fincas colindantes que pudieran resultar perjudicados, pueda calificarse si efectivamente existe invasión de dicho presunto dominio público o de fincas colindantes o eventuales negocios jurídicos no documentados.

Resolución de 28-11-2019

BOE 27-12-2019

Registro de la Propiedad de Arganda del Rey, número 1.

CALIFICACIÓN REGISTRAL: SENTIDO DEL CARÁCTER DE UNITARIA. SEGREGACIÓN: NECESARIA APORTACIÓN DE BASE GRÁFICA.

En todo caso debe destacarse que la realización de una nueva calificación, aun bajo el mismo asiento de presentación, está plenamente justificada cuando se aportan nuevos documentos complementarios que suponen, por tanto, alteración del contenido documental que se tuvo a la vista al realizar una primera calificación (cfr. Resolución de 4 de octubre de 2017). A pesar de las alegaciones del recurrente que afirman que los defectos de la nueva calificación no se refieren a la escritura complementaria, lo cierto es que dicha escritura se refiere a una nueva descripción de las fincas, lo que es precisamente objeto de la calificación al exigirse en esta la georreferenciación de las fincas en formato GML. A ello cabe añadir que en el presente caso la segunda nota de calificación no está dictada por el mismo registrador que la primera, sino por otro distinto, que actúa como registrador accidental, por lo que, dado que cada registrador califica bajo su responsabilidad, conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, un registrador no está vinculado por sus propias notas de calificación previas, pero menos aún lo está por las de otros registradores distintos.

Como ya se afirmó en la Resolución de 2 de septiembre de 2016, el artículo 9 de la Ley Hipotecaria debe ser interpretado en el sentido de incluir en su ámbito de aplicación cualquier supuesto de modificación de entidad hipotecaria que conlleve el nacimiento de una nueva finca registral, afectando tanto a la finca de resultado como al posible resto resultante de tal modificación. No cabe sino confirmar el defecto señalado en la calificación registral consistente en la falta de aportación de la georreferenciación de las fincas resultantes, tanto segregadas como resto, en el formato GML exigido por la Resolución Conjunta de 26 de octubre de 2015, sin que a tales efectos sea suficiente la aportación de las coordenadas UTM en soporte papel, como sostiene el recurrente.

En cambio, respecto del último defecto recurrido, el recurso sí ha de prosperar. Este defecto consiste, según el registrador, en que «constando diversas parcelas catastradas a nombre de persona distinta de la titular registral, debe aportarse el impreso de solicitud al Catastro de rectificación de la titularidad catastral». El registrador no cita ningún precepto normativo en el que fundamentar tal defecto. Además, lo cierto es que para la inscripción de la georreferenciación de las fincas registrales no hay precepto alguno que imponga como requisito la coincidencia entre el titular registral y el titular catastral del inmueble. Y es que la posible divergencia de titulares no afecta ni condiciona el objetivo legal de la coordinación gráfica entre el Registro y el Catastro perseguido por la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015.

Resolución de 29-11-2019

BOE 8-1-2020

Registro de la Propiedad de Fuengirola, número 1.

HIPOTECA: NO PUEDE EL REGISTRADOR EXIGIR QUE SE HAGA CONSTAR DE FORMA EXPRESA LA COINCIDENCIA DE LA ESCRITURA CON LA FEIN.

Son varios datos que, de forma reiterada y cumulativa, presuponen y por tanto implican necesariamente que si el notario ha autorizado la escritura de

préstamo hipotecario, ello es porque previamente ha controlado la coincidencia de las condiciones del mismo con las comunicadas por la entidad a efectos informativos mediante la Ficha Europea de Información Normalizada: a) El notario, en el acta, ha debido informar y asesorar individualizadamente sobre las cláusulas específicas recogidas en la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y en la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE), con referencia expresa a cada una —artículo 15.2.c)—. b) De acuerdo con el mismo artículo 15.2, el notario solo procederá a la autorización del acta previa a la formalización del préstamo hipotecario cuando haya verificado la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 14.1, entre los cuáles se encuentra la FEIN del préstamo, junto a otros elementos imprescindibles. c) Si no se acredita que se han cumplido todas esas obligaciones a las que se refiere el artículo 14.1, no podrá autorizarse la escritura pública de préstamo, por prohibirlo expresamente el artículo 15.5. d) Al reseñar el acta en la escritura se debe hacer constar de forma expresa, como se ha indicado, «la afirmación del notario bajo su responsabilidad, de acuerdo con el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en este artículo». Esa afirmación se contrae, entre otras cosas, al hecho de que el prestatario haya recibido la FEIN, y, de nuevo, ello solo puede hacer referencia a la FEIN del préstamo que se formaliza en dicha escritura, no a otra diferente.

Sin duda, la buena técnica notarial exige que se motive expresa y adecuadamente la decisión de proceder a la autorización de la escritura de préstamo, reseñando, al menos de forma genérica pero clara, los controles sobre la transparencia material que el notario ha realizado con carácter previo a dicha autorización. Ahora bien, ello no significa que se deba exigir, como si de fórmulas rituales se tratara, la mención expresa del cumplimiento de cada uno de los detalles que en su conjunto configuran esa imprescindible transparencia, entre ellos la coincidencia de las condiciones del préstamo con las comunicadas en la FEIN.

Por otra parte, de la referida normativa resulta inequívocamente que no es el registrador sino el notario a quien corresponde comprobar el cumplimiento del principio de transparencia material mediante la verificación de la documentación acreditativa de que se han observado los requisitos previstos en el artículo 14.1, lo que hará constar en la referida acta notarial previa a la formalización de la escritura; y la función del registrador es calificar la existencia de la reseña de dicha acta (con el contenido expresamente establecido en la ley —número de protocolo, notario autorizante y su fecha de autorización—), así como la afirmación del notario bajo su responsabilidad, de acuerdo con el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en el artículo 15 de la ley. Este control notarial del cumplimiento del principio de transparencia material no puede ser revisado por el registrador.

Resolución de 29-11-2019

BOE 8-1-2020

Registro de la Propiedad de Logroño, número 2.

HIPOTECA: NO PUEDE EL REGISTRADOR EXIGIR QUE SE HAGA CONSTAR DE FORMA EXPRESA LA COINCIDENCIA DE LA ESCRITURA CON LA FEIN.

Son varios datos que, de forma reiterada y cumulativa, presuponen y por tanto implican necesariamente que si el notario ha autorizado la escritura de

préstamo hipotecario, ello es porque previamente ha controlado la coincidencia de las condiciones del mismo con las comunicadas por la entidad a efectos informativos mediante la Ficha Europea de Información Normalizada: a) El notario, en el acta, ha debido informar y asesorar individualizadamente sobre las cláusulas específicas recogidas en la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y en la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE), con referencia expresa a cada una —artículo 15.2.c)—. b) De acuerdo con el mismo artículo 15.2, el notario solo procederá a la autorización del acta previa a la formalización del préstamo hipotecario cuando haya verificado la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 14.1, entre los cuáles se encuentra la FEIN del préstamo, junto a otros elementos imprescindibles. c) Si no se acredita que se han cumplido todas esas obligaciones a las que se refiere el artículo 14.1, no podrá autorizarse la escritura pública de préstamo, por prohibirlo expresamente el artículo 15.5. d) Al reseñar el acta en la escritura se debe hacer constar de forma expresa, como se ha indicado, «la afirmación del notario bajo su responsabilidad, de acuerdo con el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en este artículo». Esa afirmación se contrae, entre otras cosas, al hecho de que el prestatario haya recibido la FEIN, y, de nuevo, ello solo puede hacer referencia a la FEIN del préstamo que se formaliza en dicha escritura, no a otra diferente.

Sin duda, la buena técnica notarial exige que se motive expresa y adecuadamente la decisión de proceder a la autorización de la escritura de préstamo, reseñando, al menos de forma genérica pero clara, los controles sobre la transparencia material que el notario ha realizado con carácter previo a dicha autorización. Ahora bien, ello no significa que se deba exigir, como si de fórmulas rituales se tratara, la mención expresa del cumplimiento de cada uno de los detalles que en su conjunto configuran esa imprescindible transparencia, entre ellos la coincidencia de las condiciones del préstamo con las comunicadas en la FEIN.

Por otra parte, de la referida normativa resulta inequívocamente que no es el registrador sino el notario a quien corresponde comprobar el cumplimiento del principio de transparencia material mediante la verificación de la documentación acreditativa de que se han observado los requisitos previstos en el artículo 14.1, lo que hará constar en la referida acta notarial previa a la formalización de la escritura; y la función del registrador es calificar la existencia de la reseña de dicha acta (con el contenido expresamente establecido en la ley —número de protocolo, notario autorizante y su fecha de autorización—), así como la afirmación del notario bajo su responsabilidad, de acuerdo con el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en el artículo 15 de la ley. Este control notarial del cumplimiento del principio de transparencia material no puede ser revisado por el registrador.

Resolución de 29-11-2019

BOE 8-1-2020

Registro de la Propiedad de Lavecilla-Cistierna.

INSTANCIA PRIVADA: NECESIDAD DE LEGITIMACIÓN DE FIRMA O RATIFICACIÓN ANTE EL REGISTRADOR. RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que, a los efectos de su calificación y, en su caso, inscripción en el Registro, los documentos que se aporten han

de ser públicos (art. 3 LH), y en los excepcionales casos en los que se admite un documento privado, la firma del solicitante ha de estar legitimada notarialmente o bien ratificada ante el registrador oportuno a efectos de dotar de autenticidad al documento (cfr. las Resoluciones 9 de mayo de 2003 y 4 de julio de 2013).

Hay que recordar que constituye un principio básico en nuestro derecho hipotecario que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (art. 1, párrafo tercero, LH). Por ello, como ha reiterado este Centro Directivo (cfr., las resoluciones citadas en el apartado «Vistos»), la rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho.

Resolución de 29-11-2019

BOE 8-1-2020

Registro de la Propiedad de Corralejo.

DOMINIO PÚBLICO: PROTECCIÓN A TRAVÉS DEL REGISTRO Y EN PARTICULAR EN EL PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA.

Como ya se indicó por este Centro Directivo en su Resolución de fecha 15 de marzo de 2016 y ha reiterado en otras muchas posteriores, la obligación legal a cargo de los registradores de la propiedad de tratar de impedir la práctica de inscripciones que puedan invadir el dominio público tiene su origen y fundamento, con carácter general, en la legislación protectora del dominio público, pues, como señala la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, tanto en su artículo 6 como en su artículo 30, los bienes y derechos de dominio público o demaniales son inalienables, imprescriptibles e inembargables, lo cual no es sino manifestación del principio y mandato supremo contenido en el artículo 132 de nuestra Constitución. En este sentido es necesario insistir una vez más en la conveniencia de que por parte de las Administraciones Públicas se cumpla debidamente el mandato legal de inmatricular o inscribir sus bienes de dominio público en el Registro de la Propiedad (*vid.* arts. 36 y 83 y disposición transitoria quinta de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas), dado que de esta forma estos gozarán de la máxima protección posible.

Pero la protección registral que la ley otorga al dominio público no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito, incluso al no deslindado formalmente (pues el deslinde tiene un valor declarativo y no constitutivo: *vid.* Resolución de 23 de enero de 2014, fundamento jurídico séptimo), pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción.

Y avanzando decididamente en la senda de la protección registral del dominio público, incluso del no inscrito debidamente, la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria, al dar nueva redacción a diversos artículos de la Ley Hipotecaria, prevé que, en todo caso y no solo en los respectivos ámbitos sectoriales a que se refieren las leyes especiales antes citadas (costas, montes,

carreteras, suelo, etc.), el registrador tratará de evitar la inscripción de nuevas fincas, o de la representación gráfica georreferenciada de fincas ya inmatriculadas, cuando tuviera dudas fundadas sobre la posible invasión del dominio público.

El deslinde será, pues, necesario para poder inmatricular la finca a favor de la Administración pública titular del demanio (sin perjuicio de la posible existencia de otros títulos inscribibles: *vid.* arts. 206 LH y 37 de la citada Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas), pero no para impedir la inmatriculación de la finca como propiedad privada del promovente si del conjunto de circunstancias concurrentes cabe colegir una duda fundada de posible invasión corroborada por informe técnico de la Administración, pues en este aspecto, y en el contexto de la normativa tuitiva del demanio público antes examinada. Quedan a salvo para la parte recurrente las acciones que estimen le asistan en defensa de sus derechos frente a la citada Administración por la vía administrativa (incluida la solicitud de la incoación de un expediente de deslinde administrativo) o judicial que legalmente corresponda.

En el presente caso, por tanto, no es necesario valorar la eficacia de la licencia concedida, que goza de presunción de validez, cuando la misma aparece discutida por un escrito posterior del alcalde en representación del Ayuntamiento, anunciando su intención de proceder a su revisión, puesto a los efectos de la calificación registral de la representación gráfica alternativa aportada concurre uno de los supuestos legales que justifican por sí solo su denegación, como es la «posible invasión del dominio público» —artículo 9 de la Ley Hipotecaria—, puesta de manifiesto motivadamente en el citado informe municipal que es la forma de intervención administrativa considerada como suficiente por el legislador en el procedimiento registral regulado en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio de la resolución administrativa, en revisión o eventual deslinde, o judicial, que posteriormente pueda recaer con carácter definitivo.

Resolución de 29-11-2019

BOE 8-1-2020

Registro de la Propiedad de Cervera de Pisuerga.

DOBLE INMATRICULACIÓN: HA DE SER QUE EL REGISTRADOR APRECIE LA COINCIDENCIA.

La concentración parcelaria consta regulada con detalle en el título VI del Decreto 118/1973, de 12 de enero, por el que se aprueba el texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, y como señala su artículo 173 tiene como «primordial finalidad la constitución de explotaciones de estructura y dimensiones adecuadas». Conforme al artículo 230, su principal efecto jurídico, por virtud del principio de subrogación real, es el de que «el dominio y los demás derechos reales y situaciones jurídicas que tengan por base las parcelas sujetas a concentración pasarán a recaer inalterados sobre las fincas de reemplazo del modo y con las circunstancias que establece la presente Ley». Otra manifestación del principio de subrogación real la contiene el artículo 233.2 cuando prevé que «los titulares y causahabientes de las situaciones registrales expresadas en los antiguos asientos podrán pedir su traslación sobre las fincas de reemplazo». Por todo ello, como señaló el Tribunal Supremo en su Sentencia 29 de septiembre de 1986, la naturaleza jurídica de la concentración parcelaria «es la de una subrogación real o conversión legal caracterizada por la inmutabilidad del elemento subjetivo. En

consecuencia, la parcela de reemplazo es el objeto en que reaparecen los derechos de dominio y demás derechos reales y situaciones jurídicas que tuvieron por base las parcelas sujetas concentración», por lo que, por ejemplo, como era el caso analizado en dicha sentencia, el legado de fincas concentradas recae sobre las de reemplazo.

En consecuencia, tiene razón la recurrente, y no discrepa de ello la registradora, cuando alega que las situaciones de doble inmatriculación que se generan a consecuencia de una concentración parcelaria se pueden solucionar haciendo uso del procedimiento del artículo 209 de la Ley Hipotecaria.

Pero también es cierto que el primer requisito para que se pueda practicar la nota marginal de constancia de la situación de doble inmatriculación es que, conforme al artículo 209, el registrador «apreciara la coincidencia de las fincas y, en consecuencia, la posibilidad de doble inmatriculación, total o parcial». Por todo ello, la nota de calificación negativa de la registradora por la que deniega iniciar el expediente de doble inmatriculación por no constarle acreditada la existencia de la misma entre las concretas fincas alegadas por las interesadas, así como la negativa a rectificar la titularidad de la finca de reemplazo sin consentimiento de su titular registral, ha de ser plenamente confirmada, y desestimado el recurso.

Resolución de 28-11-2019

BOE 14-1-2020

Registro de la Propiedad de Jijona.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO. ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENE-GACIÓN

En relación a la denegación del asiento de presentación, este Centro Directivo ha entendido (cfr., resolución de 17 de mayo de 2018 que resuelve un caso similar) que la negativa a la práctica del asiento de presentación es una calificación más y, como tal decisión, puede ser impugnada mediante mismo recurso que puede interponerse contra una calificación que deniegue o suspenda la inscripción del documento y, por tanto, debe tramitarse tal recurso a través del procedimiento previsto en los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria. No es objeto de este recurso ni las cuestiones relativas a honorarios que se impugnan ante la Junta Nacional del Colegio de Registradores (cfr. regla sexta del anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad), ni las manifestaciones que realiza la recurrente relativas a una posible, según su opinión, actuación ilícita de las Administraciones públicas. Lo que no puede pretender la recurrente es que el registrador en su calificación, o esta Dirección General en alzada, se pronuncien y califiquen la existencia de delitos cuyo conocimiento está reservado constitucional y legalmente, a los tribunales de Justicia (*vid.* Resoluciones de 8 de febrero de 1996, 14 de julio de 1998, 22 de febrero de 2000 y 18 de enero de 2003).

En el año 2002 se inscribió un proyecto de equidistribución de las fincas afectadas en los términos que resultan de los citados artículos del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Proyecto de equidistribución, que fue objeto de previa calificación y cuya inscripción queda al amparo de los tribunales, conforme a los artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria.

Por lo que se refiere a la calificación objeto de este recurso, el artículo 420.1 del Reglamento Hipotecario, en consonancia con el artículo 3 de la Ley Hipo-

tecaria, ordena a los registradores no extender asiento de presentación de los documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral. Por tanto, solo en aquellos casos en los que el propio presentante manifieste que su objetivo no es la práctica de un asiento en los libros del Registro, o en los que de una forma evidente resulte que el título nunca podría provocar dicho asiento, cabría denegar la presentación. En el presente expediente nos encontramos ante una instancia privada que no puede provocar asiento registral alguno, por lo que debe confirmarse la decisión del registrador.

Resolución de 29-11-2019

BOE 8-1-2020

Registro de la Propiedad de Tarragona, número 3.

CALIFICACIÓN REGISTRAL: REQUISITOS. PRECEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: ESPECIALIDADES EN EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO ORDINARIO.

Con carácter previo, debe recordarse la doctrina de este Centro Directivo según la cual cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, conforme a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. No basta con la mera cita rutinaria de un precepto legal (o de resoluciones de este Centro Directivo), sino que es preciso justificar la razón por la que el precepto de que se trate es de aplicación y la interpretación que del mismo ha de efectuarse. La argumentación será suficiente para la tramitación del expediente si expresa suficientemente la razón que justifica dicha negativa de modo que el interesado haya podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa. El momento procedimental, único e idóneo, en el que el registrador ha de exponer todas y cada una de las razones que motivan su decisión de denegar la práctica del asiento solicitado es el de la calificación (art. 19 bis LH) sin que, por consiguiente, hayan de ser tenidas en cuenta las que pueda introducir en su informe.

El ejercicio de esta acción real puede llevarse a cabo mediante el procedimiento ejecutivo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que para los bienes hipotecados prevén los artículos 681 y siguientes. El acreedor puede igualmente realizar el valor del bien hipotecado mediante venta ante notario, si así se hubiera pactado (art. 129 LH). Las especialidades establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley Hipotecaria para el ejercicio de la denominada acción directa implican que el procedimiento se lleva a cabo en base a los pronunciamientos del Registro de la Propiedad y con casi total ausencia de fase cognitiva contribuyendo a la mayor celeridad y agilidad de la ejecución. Nada obsta, sin embargo, para que el acreedor, ante el impago de la deuda garantizada con hipoteca, decida no acudir al procedimiento de acción directa sino al procedimiento de ejecución previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para cualquier título ejecutivo (o incluso al procedimiento ordinario de la propia Ley procedimental).

Respecto a la necesidad de practicar embargo cuando se ejecuta la hipoteca por el procedimiento de ejecución ordinaria, así lo presupone el artículo 127 de la Ley Hipotecaria cuando en relación a los terceros poseedores se establece que «cada uno de los terceros poseedores, si se opusiere, será considerado como parte en el procedimiento respecto de los bienes hipotecados que posea, y se entenderán siempre con el mismo y el deudor todas las diligencias relativas al embargo y venta de dichos bienes (...)».

Como resulta de la Resolución de 10 de diciembre de 1997 si entre la inscripción de la hipoteca y la anotación de embargo practicada por el ejercicio de la acción ejecutiva ordinaria resultan cargas intermedias su cancelación vendría imposible, si dichos titulares no tuvieron en el procedimiento la posición jurídica prevista en el ordenamiento, al ignorar que la ejecución que se llevaba a cabo afectaba a la hipoteca inscrita con anterioridad a sus derechos. Para evitar estos efectos tan distorsionadores, como dijera la misma resolución, resulta preciso que desde el primer momento (el mandamiento de anotación), se ponga de manifiesto en el Registro de la Propiedad que el crédito que da lugar a la ejecución es el crédito garantizado con la hipoteca que es, de ese modo, objeto de realización. Ahora bien, debe tenerse especialmente en cuenta que esa preferencia sobre la carga intermedia, lo será únicamente por la inicial responsabilidad hipotecaria, teniendo la anotación de embargo dictada en el procedimiento de ejecución ordinaria, su propio rango en cuanto exceda de dicha responsabilidad hipotecaria.

Resolución de 2-12-2019

BOE 21-1-2020

Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 4.

CONCURSO DE ACREEDORES: CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA EN LA FASE DE LIQUIDACIÓN.

Las facultades del deudor concursado en orden a la administración y disposición sobre sus bienes varían según la fase o estado del procedimiento concursal de que se trate. Así, y de forma sintética, durante la fase común, el deudor estará sometido al régimen de intervención, en cuyo caso conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de estas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad (art. 40.1 de la Ley Concursal), o de suspensión, en cuyo caso se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales (art. 40.2 de la Ley Concursal). Ahora bien, cualquiera que sea el régimen, ya sea de intervención, ya de suspensión al que quede sometido el deudor en relación con las facultades de administración y disposición sobre sus bienes, lo cierto es que no hay limitación alguna en la Ley Concursal a propósito de la clase de negocios jurídicos que puedan formalizarse durante esa fase. Durante la fase de convenio, la posibilidad de formalizar préstamos o créditos hipotecarios queda fuera de toda duda. Sin embargo, la situación cambia con la apertura de la fase de liquidación. Durante esta fase, calificada por la exposición de motivos de la Ley Concursal como una solución subsidiaria, dados los efectos más severos que produce, que opera cuando no se alcanza o se frustra la de convenio, no solo queda el deudor sujeto al régimen de suspensión del ejercicio de sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio (art. 145.1), sino

que además la clase de negocios jurídicos que se puedan formalizar durante esta fase son notablemente más restrictivos que durante la fase común del concurso.

En vía de principio, la constitución de una hipoteca no puede calificarse como operación liquidatoria. En efecto, por tales operaciones se entienden todas aquellas tendentes a realizar los bienes y derechos de la masa activa para proceder al pago de los créditos reconocidos en el concurso y, en última instancia, a la conclusión del concurso (art. 176.2 «*in fine*»). De igual modo, la constitución de hipotecas durante la fase de liquidación del concurso podría implicar una alteración del principio «*par conditio creditorum*».

En el caso de este expediente, el registrador exige para que la hipoteca pueda ser inscrita, primero que se inscriba la cancelación del concurso, y segundo, que se otorgue nueva escritura de préstamo hipotecario. Pero, sin poder obviar el carácter notablemente particular de la operación formalizada, lo cierto es que ni una ni otra exigencia pueden admitirse. En cuanto a la primera, no se entiende a qué obedece la objeción planteada por el registrador, en tanto en cuanto la conclusión del concurso, el archivo de las actuaciones así como la recuperación por el deudor de sus facultades de administración y disposición sobre sus bienes figura ya inscrita en el Registro. Tratándose de personas naturales, en la medida en que estas, por su propia naturaleza, no quedan extinguidas con ocasión de la liquidación y conclusión del concurso, a diferencia de lo que ocurre con los concursados personas jurídicas (cfr. arts. 145.3 y 178.3 de la Ley Concursal), y su responsabilidad es personal e ilimitada *ex* artículo 1911 del Código civil hasta el momento de su fallecimiento (cfr. art. 32 CC), el rigor en la aplicación de las normas concursales debe ciertamente atemperarse.

Ciertamente, la escritura de constitución de hipoteca objeto de calificación en este expediente, se otorgó durante la fase de liquidación del concurso. Y, tal y como ha quedado expuesto en los fundamentos anteriores, en principio, la constitución de hipotecas sobre los bienes que integran la masa activa una vez abierta la fase de liquidación del concurso debe ser rechazada. Sin embargo, ocurre que la hipoteca es constituida por el deudor, sustituido por la administración concursal, a favor de una entidad bancaria que ostenta la condición de acreedora concursal, para satisfacer íntegramente un crédito reconocido a su favor en el concurso, cuyo efectivo pago determinó que el Juzgado conocedor del procedimiento concursal dictara, medio año después, auto de conclusión del concurso.

Resolución de 4-12-2019

BOE 21-1-2020

Registro de la Propiedad de Albacete, número 4.

PODERES ELECTRÓNICOS: TRASLADO A PAPEL DE LA COPIA ELECTRÓNICA.

El notario destinatario de una copia autorizada electrónica podrá, según su finalidad: 1.º Incorporar a la matriz por él autorizada el traslado a papel de aquella, haciéndolo constar en el cuerpo de la escritura o acta o en diligencia correspondiente. 2.º Trasladarla a soporte papel en los términos indicados, dejando constancia en el Libro Indicador, mediante nota expresiva del nombre, apellidos y residencia del notario autorizante de la copia electrónica, su fecha y número de protocolo, así como los folios en que se extiende el traslado y su fecha. 3.º Reseñar su contenido en lo legalmente procedente en la escritura o acta matriz o póliza intervenida. Una vez realizado el traslado a papel, el notario remitirá

telemáticamente al que hubiese expedido la copia electrónica, el traslado a papel, para que aquel lo haga constar por nota en la matriz. La coincidencia de la copia autorizada expedida electrónicamente, con el original matriz, será responsabilidad del notario que la expide electrónicamente, titular del protocolo del que forma parte la correspondiente matriz. La responsabilidad de la coincidencia de la copia autorizada electrónica con la trasladada al papel será responsabilidad del notario que ha realizado dicho traslado.

Toda esta regulación legal no termina de aclarar una cuestión esencial: si el traslado a papel de la copia autorizada llevado a cabo por el notario de destino puede ser utilizada exclusivamente por este o, por el contrario, es un documento susceptible de ser utilizado en el tráfico jurídico como una copia autorizada. Debe recordarse la indudable utilidad de disponer de un sistema de remisión electrónico seguro de los documentos notariales y que, como ocurre en tantos otros aspectos, el Reglamento Notarial, atendiendo a la realidad social, necesita una revisión en el modo en que circulan y se cotejan las copias autorizadas electrónicas, especialmente cuando afectan a personas o funcionarios no reconocidos como destinatarios en la normativa.

En cuanto a los aspectos del remitente y destinatario de la copia, de la regulación legal resulta que las copias autorizadas electrónicas solo pueden librarse por el notario autorizante para su remisión a otro funcionario (notario, registrador u otro); y que el destinatario solo puede utilizar la copia electrónica en el ámbito de su competencia, por razón de su oficio y para la concreta finalidad para la que se ha solicitado, circunstancia que debe resultar de la misma. También resulta que únicamente el traslado a papel de la copia autorizada llevado a cabo por el notario de destino tiene el valor previsto para los documentos notariales en contraposición a los traslados a papel hechos por otros funcionarios que agotan su valor y efectos en el expediente para el que han sido remitidos. Por otra parte, como resulta del artículo 224.4 del Reglamento Notarial en su párrafo cuarto —antes transcrito— el notario destinatario de una copia autorizada electrónica puede utilizar para redactar el propio instrumento público protocolar que autorice, sin necesidad de trasladarla a papel o trasladándola a papel y protocolizándola a continuación de aquel.

En definitiva, lo esencial es que el traslado de la copia electrónica a papel sea utilizado de manera congruente con la finalidad para la que se ha expedido aquella. Y, por lo que se refiere al caso del presente recurso, en el documento de traslado a papel de la copia resultan claramente el notario remitente y la notaria destinataria, así como la finalidad («acompañar la primera copia ratificada»), a los efectos acreditar la ratificación también en orden a su presentación en el Registro para la inscripción.

Resolución de 4-12-2019

BOE 21-1-2020

Registro de la Propiedad de La Zubia.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

El artículo 199 regula las actuaciones necesarias para la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca y su coordinación con el Catastro, disponiendo que el titular registral del dominio o de cualquier derecho

real sobre finca inscrita podrá completar la descripción literaria de la misma acreditando su ubicación y delimitación gráfica y, a través de ello, sus linderos y superficie, mediante la aportación de la correspondiente certificación catastral descriptiva y gráfica.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o en 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. arts. 9, 199 y 201 LH). 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 resultan claramente identificadas y fundamentadas las dudas del registrador en la nota de calificación en cuanto a la existencia de conflicto entre fincas colindantes y posible invasión de otra finca inmatriculada. Resulta destacable que la oposición del colindante se fundamenta con informe técnico y abundante documentación que se aporta al expediente y que pone de manifiesto tal conflicto.

Resolución de 4-12-2019

BOE 21-1-2020

Registro de la Propiedad de Hoyos.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 201 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Tras la reforma operada por la Ley 13/2015 para proceder a cualquier rectificación de la descripción también es preciso que no existan dudas sobre la realidad de la modificación solicitada. Si el expediente tramitado fuera el previsto en el artículo 201 de la Ley Hipotecaria, ya que el mismo se ha regulado en la reforma de la Ley 13/2015, de 24 de junio, con la finalidad específica de lograr toda clase de rectificación descriptiva, se prevén especiales garantías para su tramitación, que determinan que pueda utilizarse cualesquiera que sean las discrepancias superficiales con la cabida inscrita o los linderos que pretendan modificarse, incluso fijos (cfr. Resolución de 17 de noviembre de 2015). En la nueva regulación, este procedimiento aparece como heredero del anterior expediente de dominio judicial para la constatación de excesos de cabida. No existe un límite cuantitativo de superficie para la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 201 y que tampoco la sola magnitud del exceso o la existencia de una alteración de linderos pueden basar la denegación de la inscripción sin más justificación.

En cuanto al momento en el que deben ponerse de manifiesto las dudas, como ha reiterado este Centro Directivo desde la Resolución de 20 de diciembre de 2016, de los artículos 201 y 203 de la Ley Hipotecaria resulta que el registrador al tiempo de expedir la certificación debe manifestar las dudas de identidad que pudieran impedir la inscripción una vez terminado el procedimiento, ya que de este modo se evitan a los interesados dilaciones y trámites innecesarios (cfr. Resolución de 8 de junio de 2016). Así sucede en el caso de este expediente en el que en la certificación ya se advirtieron las dudas de identidad que motivan este recurso.

En el caso de este recurso el notario recurrente alega que la calificación ahora recurrida, emitida a la conclusión del expediente, se añadieron datos (como la fecha de los antecedentes catastrales consultados o el número de parcelas y su superficie) que no figuraban en la manifestación de las dudas de identidad al tiempo de expedir la certificación al comienzo del expediente. Sin embargo, tales alegaciones no pueden ser estimadas.

En cuanto a la alegación que señala la improcedencia de la práctica de la anotación preventiva, cabe indicar que, dado que este Centro Directivo ha reiterado la posibilidad de continuar el expediente pese a haberse señalado dudas de identidad en la certificación inicial (cfr. resolución de 21 de noviembre de 2017), ello posibilita igualmente la práctica de tal anotación a los efectos de dar publicidad registral a la pendencia del mismo. Únicamente en los supuestos en los que el registrador deniegue la expedición de la certificación por entender que no es posible la continuación del procedimiento procederá asimismo la denegación de la práctica de la anotación.

Centrándonos en 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. En el caso de este recurso, las dudas manifestadas y debidamente fundamentadas en la certificación inicial y en la calificación justifican la negativa a practicar la inscripción, al no haber quedado desvirtuadas por lo actuado en la tramitación del expediente de rectificación de superficie.

Registro Mercantil y Bienes Muebles

por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 20-11-2019

BOE 10-12-2019

Registro Mercantil de Madrid, número XV

DOMICILIO SOCIAL. TRASLADO A OTRA PROVINCIA. CONVERSIÓN POR EL NOTARIO A ARCHIVO INFORMÁTICO DE LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL.

Cuando un sujeto inscrito traslada su domicilio a otra provincia, el registrador de destino debe proceder a la práctica de dos inscripciones: una transcribiendo el contenido literal de la hoja de la sociedad en el Registro Mercantil de origen tal y como resulta de la certificación original del registrador mercantil, y otra, inscribiendo el traslado de domicilio que resulta del documento en que se formaliza el acuerdo social. Dichas actuaciones son simultáneas y no se pueden llevar a cabo la una sin la otra y debe presentarse toda la documentación que permita la práctica de la inscripción de traslado en términos coherentes con el contenido del Registro, documentación que debe ser objeto de una calificación global y unitaria. En el caso analizado, al notario le entregan la certificación para traslado expedida en papel y este, mediante diligencia extendida en la escritura que formaliza

el acuerdo de traslado, manifiesta que procede a digitalizarla, a almacenar en su servidor ese «documento electrónico digitalizado» y remite copia electrónica de la escritura en unión de ese archivo en formato pdf al Registro de destino. Rechaza la Dirección General este procedimiento. El Registrador practicaría la inscripción sin tener a la vista la certificación original. La habilitación normativa para la adaptación a las nuevas tecnologías no es competencia de notarios ni registradores, sino del legislador y del titular de la potestad reglamentaria. De la misma forma señala que, actualmente, no existe habilitación normativa para la remisión telemática y por los medios seguros que hoy existen y se emplean a diario por las oficinas registrales, de dicha certificación desde el Registro de origen al de destino.

Resolución de 21-11-2019
BOE 24-12-2019
Registro Mercantil de Tenerife.

ACUERDO SOCIAL ANTE NOTARIO SIN ACTA DE JUNTA

Se trata de una escritura por la que los comparecientes, que dicen ser los únicos socios, previa acreditación de la titularidad de sus participaciones sociales mediante exhibición de copias de las correspondientes escrituras de adquisición de aquellas, y juicio notarial de capacidad, dan a dicho acto el carácter de junta general universal y por unanimidad adoptan determinados acuerdos. A dicha junta no asistió el administrador único. Si lo que se eleva a público es el acuerdo social y para ello puede tomarse como base la certificación de los mismos, no existe inconveniente para que el título inscribible sea una escritura de la que resulte directa e inmediatamente la adopción de tales acuerdos sin que sea necesaria una previa acta o una previa certificación de la misma que sirva de base a dicho título público. Pero, a diferencia de lo que acontece con el socio único, los socios de una sociedad pluripersonal no tienen atribuida colectivamente facultad para certificar acuerdos sociales ni para elevarlos a público (arts. 108 y 109 del Reglamento del Registro Mercantil). Por ello, aunque es posible que una escritura de elevación a público de acuerdos sociales tenga como base el acta de la junta aun cuando en esta no conste la firma del administrador (cfr. arts. 202 de la Ley de Sociedades de Capital y 97, 98, 99, 102, 107, 112 y 113 del Reglamento del Registro Mercantil), tal circunstancia no permite admitir que la inscripción en el Registro se realice teniendo como base una escritura como la calificada en que los dos únicos socios, sin intervención alguna de persona que tenga facultad certificante o para elevar a público acuerdos sociales, se constituyan en junta general y adopten los acuerdos de que se trata.

Resolución de 27-11-2019
BOE 27-12-2019
Registro Mercantil de Barcelona, número X.

SOCIEDAD PROFESIONAL. SOCIEDAD PROFESIONAL DE NOTARIO.

Se trata de una escritura por la que un notario en activo constituye una sociedad profesional unipersonal cuyo objeto social exclusivo lo constituye el

ejercicio de la abogacía. La resolución comienza recordando la evolución de la doctrina relativa a las sociedades profesionales, entrando a continuación en el fondo del supuesto a analizar, declarando que, si en el momento presente no cabe la menor duda de que para el notario está absolutamente vedada la posibilidad de constituir una sociedad para el propio ejercicio de una actividad como la notarial en la que el aspecto funcionarial es absolutamente preponderante sobre el profesional (art. 1 del Reglamento Notarial y reciente Resolución de 18 de septiembre de 2019), aun con mayor rotundidad lo está, para un notario en activo, constituir una sociedad para el ejercicio profesional de la abogacía. De las características o elementos definidores de la función notarial, claramente delimitados y enunciados por la Ley del Notariado y por el Reglamento Notarial, cabría destacar, como uno de los más claramente contrapuestos a lo que viene a ser de esencia a la abogacía, el principio de imparcialidad e independencia, pues nada más ajeno existe a la función notarial que la defensa del interés de parte; algo por completo impedido al notario en tanto esté en activo.

Resolución de 28-11-2019

BOE 27-12-2019

Registro Mercantil de Madrid, número XVII.

CIERRE REGISTRAL. DEPÓSITO DE CUENTAS. BAJA FISCAL.

De conformidad con reiteradísima doctrina de este Centro Directivo (*vid.* resoluciones antes reseñadas), y a la luz de los artículos 282 de la Ley de Sociedades de Capital y 378 del Reglamento del Registro Mercantil, el incumplimiento de la obligación del depósito de las cuentas anuales lleva aparejada la sanción del cierre registral, de modo que ningún acuerdo o documento de la sociedad podrá ser inscrito en tanto persista el incumplimiento, salvo las excepciones legalmente establecidas, entre las que no se halla ni el nombramiento del nuevo administrador, ni una modificación de estatutos. En cuanto a la situación de baja en el Índice de Hacienda, la regulación actual se contiene en el art 119.2 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades con un contenido idéntico al de su precedente y se completa con el artículo 96 RRM. Vigente la nota marginal de cierre por baja provisional en el Índice de Entidades, no se puede practicar ningún asiento en la hoja abierta a la sociedad afectada, salvo los asientos ordenados por la autoridad judicial y la certificación de alta en dicho Índice. Por tanto, este cierre impide la inscripción tanto del nombramiento del nuevo administrador como la del cese del anterior. Las consecuencias de este cierre difieren de las que se producen en el caso de cierre por falta de depósito de cuentas (arts. 282 LSC y 378 RRM) en el que se admite como excepción también la inscripción del cese o dimisión de administradores, aunque no el nombramiento de los que hayan de sustituirles. Y ello es así porque el cierre en el primer caso está motivado por un incumplimiento de obligaciones fiscales del que puede responder el administrador, por lo que no debe facilitarse su desvinculación frente a terceros.

Registro Mercantil y Bienes Muebles

por Servicio de Coordinación RRMM

Resolución de 4-12-2019

BOE 21-1-2020

Registro Mercantil de Madrid, número IV

ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD: BIENES APORTABLES A LAS SOCIEDADES DE CAPITAL NO DINERARIOS. KNOW-HOW.

Se solicita la inscripción de documento relativo a la constitución de una sociedad limitada en la que, entre otros bienes, se aporta el «Know-how» consistente en la información técnica necesaria para diseñar, fabricar, emplear, mantener o comercializar productos o sus elementos que permiten lograr el proyecto específico. Dicho saber se mantiene en secreto.

El registrador califica negativamente por considerar que dicha aportación parece que se trata de un trabajo o prestación de servicios.

El recurrente interpone recurso contra la calificación negativa alegando que el objeto de aportación son conocimientos técnicos, secretos, identificables, de los que deriva un beneficio económico y que son imprescindibles para la actividad social.

REVOCA la Dirección General la calificación del registrador argumentando que para la constitución de una sociedad se pueden aportar bienes inmateriales siempre que tales bienes sean susceptibles de valoración económica, conforme al artículo 58.1 de la Ley de Sociedades de Capital. El objeto de aportación cuestionado en la calificación registral, aun cuando sea inmaterial, tiene carácter patrimonial, es susceptible de valoración económica y de apropiación por lo que puede aportarse a la sociedad y es apto para producir una ganancia. Además, es diferente de la mera obligación de hacer, por lo que no infringe la norma que impide que sean objeto de aportación el trabajo o los servicios (art. 58.2 de la Ley de Sociedad de Capital).

ESTUDIOS
JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Apunte jurisprudencial sobre la curatela en supuestos de incapacidad parcial*

Jurisprudential point on the curatela in partial disability assumptions

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Titular de Derecho civil. UCM

RESUMEN: Tras la ratificación de la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* por nuestro ordenamiento y mientras se avanza hacia la conversión en Ley del *Anteproyecto de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* que responde a uno de los nuevos retos de la sociedad del siglo XXI, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido concretando alguna de las cuestiones del cambio radical que está por llegar. Con base en el derecho de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica, en la que las personas discapacitadas deben gozar de una capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás, se procede a establecer un sistema de apoyos, cuyo eje central va a ser la curatela, como medida de *asistencia y asesoramiento* en la toma de decisiones que afecten a sus intereses personales, familiares o patrimoniales.

ABSTRACT: *After the ratification of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities by our system and while moving towards the conversion into*

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Nacional I+D «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea: su incidencia en la configuración normativa del proceso civil español y en la protección de los derechos fundamentales» (Ref. DER 2016-75567-R), de la Red Temática «Justicia Civil: Análisis y Prospectiva» (DER 2016-81752-REDT), ambos financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad y en el marco del Grupo Consolidado de Investigación «Derecho de daños. Derecho de la contratación» de la Universidad Complutense de Madrid, de cuyos equipos de investigación formo parte.

the Law of the Draft reform of civil and procedural legislation on disability that responds to one of the new challenges of the 21st century society, the Supreme Court's jurisprudence has been concretizing some of the issues of radical change that is yet to come. Based on the right of equality of all persons in the exercise of their legal capacity, in which disabled persons must enjoy legal capacity on equal terms as others, a support system is established, the main focus of which will be the curatorship, as a measure of assistance and advice in making decisions that affect your personal, family or property interests.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad. Capacidad jurídica. Capacidad de obrar y curatela.

KEY WORDS: *Disability. Legal capacity. Capacity to act and curatorship.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. MARCO LEGAL DE LA CURATELA.—III. LA PROGRESIVA ADAPTACIÓN JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE CURATELA A LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK.—IV. HACIA UN MODELO DE PROTECCIÓN SUAVE: EL SISTEMA DE APOYOS, EL INTERÉS DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN EL TRIBUNAL SUPREMO.—V. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y LA CURATELA COMO MEDIDA DE APOYO SUFICIENTE.—VI. EL TRIBUNAL SUPREMO Y EL PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE LA CAPACIDAD EN LA CONVENCIÓN.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TC, TS Y AP) CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—IX. LEGISLACIÓN CITADA.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Hemos decidido centrarnos en el tema expuesto por varias razones, y no solo por la llegada inminente de la modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el tema de las instituciones hasta ahora llamadas de guarda, aún en vigor; sino porque dicho advenimiento ha sido previamente preparado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como vamos a poner de relieve aquí que ha recogido en sus considerandos parte del espíritu de la Convención de Nueva York que se trasluce también en el (hasta ahora) Anteproyecto de Ley por la que se Reforma la Legislación Civil y Procesal en materia de Discapacidad.

Pues bien, vamos a centrarnos en este pequeño estudio, en el supuesto de la llamada por el momento *incapacitación parcial* (recordemos que el primero de los cambios que se producirán si el anteproyecto ve la luz es la desaparición de los procedimientos de incapacitación y su sustitución por los procedimientos de provisión de apoyos) y el otorgamiento de la medida de protección de curatela.

Las sentencias que vamos a recoger, y su estudio, parten de la declaración previa de incapacitación de varias personas cuyo régimen de protección posteriormente se dulcifica por considerarse excesivo y desproporcionado, pues se observa que realmente la persona con discapacidad puede solo precisar apoyos concretos para garantizar la realización de determinados actos...

Esta es la clave precisamente del nuevo *sistema de curatela* que se recoge en el Anteproyecto como medida de *asistencia y asesoramiento* en la toma de decisiones que afecten a sus intereses personales, familiares o patrimoniales que, repetimos presuntamente va a llegar en breve, pues se contiene en el Anteproyecto de Ley por la que se Reforma la Legislación Civil y Procesal en materia de Discapacidad (como pueden ser los relativos a decisiones sobre las vicisitudes de su vida ordinaria —domicilio, salud, comunicaciones, etc...). Sin embargo, el proyecto va más allá, y aunque concreta el significado de la palabra curatela —cuidado—, el cual revela la finalidad de la institución como de *asistencia, apoyo, ayuda, de naturaleza básicamente asistencial*, posibilita también que en los casos precisos, se atribuirá al curador *funciones representativas*, solo de manera excepcional y podrán tener alcance general de forma excepcional en casos que revistan especial gravedad.

II. MARCO LEGAL DE LA CURATELA

En estos momentos nos encontramos en materia de incapacidad con la existencia del siguiente *marco jurídico actual*:

- La existencia de la *regulación contenida en el Código civil*.
- La *regulación contenida en el Convenio de Nueva York* (Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 el cual entró en vigor en nuestro ordenamiento jurídico el 3 de mayo de 2008).
- El Anteproyecto de Ley por el que se Reforma la Legislación Civil y Procesal en materia de Discapacidad.
- Y, en menor medida de importancia, pero que no hay que perder de vista, la *Propuesta de nuevo Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil que lleva trabajando en ella desde el mes de septiembre de 2014*¹.

Como es sabido el Código civil, establece un *procedimiento judicial de incapacitación procesal de las personas que no pueden gobernarse por sí mismas*, y la curatela se encuadra desde la reforma de 1983 como una de *las instituciones de guarda*, pues la modificación del artículo 215 del Código civil consagró el principio de *pluralidad de guarda* legal en nuestro ordenamiento de acuerdo con la *diversidad de la incapacidad* de la persona. Así se configuró el sistema de las instituciones tutelares como un *deber* y no como un derecho ejercido en *beneficio del tutelado* como eje sobre el cual gira la actuación del guardador y siempre bajo la salvaguarda de la *autoridad judicial* (art. 216 CC). La resolución judicial donde se concreta el *sistema de guarda*, en el caso objeto de estudio la *curatela*, habrá de inscribirse en el Registro Civil (art. 218 CC, 88 y sigs. LRC).

La curatela del incapacitado parte de una *declaración de restricción de capacidad en un procedimiento de incapacitación* en la que la intervención del curador está *vinculada por dicha declaración judicial* siendo *permanente y necesaria*. Desde la perspectiva de su *contenido*, la función del curador se refiere al ámbito *patrimonial* y puede extenderse a aspectos *personales* (art. 287 CC).

La curatela se *caracteriza por las siguientes notas*:

a) es una *institución de guarda* distinta de la tutela e *individualizada*, pero en lo no regulado se remite a las normas de la tutela,

b) es una institución de guarda *estable*, pese a que solo opere con respecto a actos muy concretos y determinados;

c) se configura como un *deber* —es también obligatoria—, y se ejerce en beneficio del sometido a ella y bajo control judicial;

d) responde a una *función de asistencia* —ni de representación ni de administración— generalmente para actos concretos, bien fijados por la ley, bien por el juez;

e) se configura como una institución de guarda *básicamente patrimonial*;

f) por todo ello, está vinculada subjetivamente con quienes solo precisen de un *complemento en su consentimiento y no su total sustitución* (STS de 29 de abril de 2009)².

Básicamente, tiene una *función de asistencia*, que se proyecta sobre aquellos actos que los incapacitados no puedan realizar por sí mismos. Ya se indicó en la antigua STS de 31 de diciembre de 1991³, aunque referida a los menores, que el curador no suple la voluntad del menor, sino que la *refuerza, controla y encauza, complementando su capacidad; por lo que su función no viene a ser de representación, sino de asistencia*.

La *intervención* del curador ha de ser *para cada acto en concreto* —no sirve el asentimiento general—, que debe prestarse en el momento de la celebración del negocio de que se trate, compareciendo con el propio sujeto.

Pues bien brevemente tenemos que poner de relieve que la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006* tiene como fines generales, los siguientes:

- El reconocimiento de que la *discriminación* contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una *vulneración de la dignidad de la persona*.
- El reconocimiento de la *diversidad* de las personas con discapacidad.
- El reconocimiento de la necesidad de *promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad*.
- El reconocimiento del valor de las *contribuciones que realizan las personas con discapacidad al bienestar general y a la diversidad de sus comunidades*.
- El reconocimiento de la importancia que para las personas con discapacidad reviste su *autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones* con base en el *respeto de la dignidad inherente*.

Todos estos pasos que escalonadamente ha hecho, y va a hacer en un futuro próximo la legislación en esta materia, se ha ido perfilando también en nuestra jurisprudencia como a continuación vamos a poner de relieve.

III. LA PROGRESIVA ADAPTACIÓN JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE CURATELA A LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

En la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de diciembre de 1991, se hizo referencia a que el procedimiento de incapacitación, «*es la decisión judicial de que una persona carece de aptitud para gobernarse, si bien caben los límites del artículo 210 del Código civil...*» y que la curatela es el medio al que se somete a ella a las personas *que no son totalmente incapaces* y, por ello, *se les priva parcialmente de la capacidad*.

En dicha sentencia se concreta cómo el verdadero protagonista-objeto de esta clase de proceso es el *presunto incapaz*, que debe de estar *ayudado tuitivamente* en la forma más conveniente y útil para que, como persona, bien representada (tutela), *bien asistida (curatela)*, pueda *desenvolverse en sociedad y desarrollar su propia personalidad...* El curador no *suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad*, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de *asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia*, los que no tienen que ser precisamente de naturaleza exclusivamente patrimonial, o, en otro caso, ha de entenderse que se extiende a los mismos actos en que los tutores precisen previa autorización judicial...

La STS de 30 de junio de 2004⁴, al apreciar una situación de incapacidad limitada, no absoluta, indica que es suficiente el *régimen protector* de la curatela.

El Tribunal indica la necesidad de protección de una persona incapacitada... pero establece la restricción y control de la capacidad de las personas físicas.

Posteriormente, la STS de 29 de abril de 2009 cuando ya ha pasado a formar parte de nuestro ordenamiento la Convención de Nueva York, aprovecha y fija los nuevos parámetros necesarios en este ámbito. Reconoce cómo las causas de incapacidad están concebidas en nuestro derecho, a partir de la reforma de 1983, como abiertas, pues no existe una lista cerrada, y, a su vez, existe una presunción de capacidad que se aplica a toda persona mayor de edad, que solo desaparece cuando se prueba la concurrencia de una *enfermedad de carácter persistente* que permita concluir que aquella persona *no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes* y cumplir con las restantes funciones de una persona media (arts. 200 y 322 CC).

Además los artículos 234, 235 y 236 del Código civil contienen una norma abierta en cuya virtud el juez debe proceder al nombramiento de tutor teniendo en cuenta siempre el beneficio del incapacitado, que debe ser apreciado libremente por el juez teniendo a la vista las circunstancias del caso, pudiendo fraccionar de la tutela, la protección de la persona y la administración de los bienes.

IV. HACIA UN MODELO DE PROTECCIÓN SUAVE: EL SISTEMA DE APOYOS. EL INTERÉS DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN EL TRIBUNAL SUPREMO

La entrada en vigor de la Convención y la necesidad de su *interpretación conjunta actual* con el ordenamiento jurídico a la luz de dichos principios, consiste en determinar cómo integrar la protección debida con las situaciones en las que falta la capacidad para entender y querer. Siempre teniendo en cuenta que en el proceso de incapacitación al que están abocadas generalmente estas personas conlleva una *privación de todos o parte de los derechos* que se ostentan como consecuencia de la cualidad de persona (a través del actual sistema de procedimiento de incapacitación) y que la autoridad judicial adopta como *sistema de protección establecido*.

Para la adopción de estos sistemas de protección es necesario que concurran algunos requisitos como la falta de capacidad permanente, que conlleva la necesidad de una estabilidad en la protección para la realización de actos, actividades y sobre todo, para desarrollar de forma adecuada y libre, la personalidad. La incapacitación no cambia para nada la titularidad de los derechos

fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio, pues puede ser reversible o variar en grado.

La STS de 29 de abril de 2009, indica que «La insuficiencia mental para justificar un estatuto particular de incapacidad o capacidad limitada y por lo tanto para derogar el principio de igualdad formal (art. 14 CE), tiene que *representar un estado patológico, que debe ser detectado a través de una compleja valoración de las condiciones personales del sujeto, siempre en relación con el exclusivo interés de la persona*. Esta sigue teniendo la cualidad de tal y, por tanto, sigue teniendo capacidad jurídica y solo por medio de una sentencia puede ser privada de la capacidad de obrar en la medida que sea necesario para su protección».

Como vemos ya se comienza a utilizar el principio del *interés de la persona con discapacidad*.

Así, últimamente, la STS de 18 de julio de 2018⁵, tras el establecimiento de una *modificación parcial de la capacidad de obrar* de la demandada en las esferas relativas a la salud y administración de bienes que excedan de gastos ordinarios o de bolsillo, se concreta que la institución que más se adecúa a las limitaciones de la demandada es la curatela, y que no cabe imponer la tutela. En *aras del interés superior de la discapaz* se establece el sistema proporcionado a su situación y de acuerdo con la doctrina jurisprudencial.

Previamente el Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de octubre de 2017⁶ deja sin efecto la incapacitación total de la demandada *por excesiva y desproporcionada* que pasa a ser de *incapacitación parcial con necesidad de curatela* y ello porque la persona con discapacidad (padece un trastorno delirante de tipo persecutorio), goza de autonomía en su vida diaria para su atención personal. *Solo precisa apoyos para garantizar su correcta atención médica*, porque la falta de conciencia sobre su enfermedad incide directamente en la desatención al tratamiento psiquiátrico, lo que agrava su situación. El trastorno también afecta a sus facultades patrimoniales, pero sin que ello justifique su completa privación, al igual que su capacidad de contratación, que solo precisa ser *complementada por el guardador legal*⁷.

Sentencia importante porque ya da el paso al término *apoyo*, que va a ser uno de los ejes centrales sobre el cual va a girar el Anteproyecto como hemos señalado al inicio de este trabajo.

Además, en la indicada resolución judicial se rebaja la modificación de la capacidad y se recalca que la curatela es un *sistema de guarda legal que otorga apoyos, no protege, sino que acompaña*. Y sobre todo, se huye de hablar de privación de derechos en el ámbito patrimonial. Muy en la línea con la Convención y especialmente con el Anteproyecto.

La STS de 27 de septiembre de 2017⁸, en un supuesto de una persona con síndrome de Down, (con déficit intelectual ligero/moderado que afecta a decisiones sobre su salud, hábitos, higiene, horarios básicos, estancia residencial y desplazamientos sobre salud o formación), considera que *debe ser supervisada porque limita notablemente su autonomía personal*. Con claro proceder y en la línea actual considera que «no procede su sometimiento a tutela, propia de una incapacitación total, sino a una curatela que *complete su capacidad* en el aspecto personal y patrimonial»⁹.

Anteriormente la STS de 30 de junio de 2014¹⁰, en la misma línea, pero tras la declaración de incapacidad parcial del sujeto para actos o negocios jurídicos complejos, ya anticipó que la misma debía *suplirse* con la curatela como *régimen más favorable a su interés y a sus necesidades de protección*¹¹.

En un supuesto de *enfermedad psíquica que impedía al demandado gobernarse por sí mismo*, la STS de 11 de octubre de 2012¹², le designó curador, reinterpretando la curatela a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, desde un *modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad*, que, *manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad*¹³.

Y ya dentro de las resoluciones de las Audiencias más actuales que tratan esta circunstancia, destacar la SAP de Barcelona de 31 de mayo de 2019¹⁴, que recoge y analiza un supuesto de mejoría en la enfermedad mental de una joven (trastorno mixto, de lenguaje expresivo, retraso mental, borderline, alteración de conducta con componente paranoide), que provocó la necesidad de modificar tanto el tratamiento médico (con la consiguiente supervisión sanitaria y la asistencia a un taller que conlleva la supervisión de su cuidado externo y de su organización diaria) como la modificación de la institución relativa a su guarda, en este caso el nombramiento de su padre como curador frente al nombramiento de una persona jurídica (quien siempre ha hecho el acompañamiento correspondiente en los temas relativos a la salud y en la gestión del dinero de su hija). Lo cual ha supuesto una mejor gestión de la situación compleja que plantea en ocasiones esa enfermedad. Pero frente a la negativa del Ministerio Fiscal que se mostró contrario a que se nombrara como tutor al padre.

Se toma la decisión de modificación parcial de la capacidad teniendo en cuenta su «deficiencia cognitiva con episodios psicóticos y alteraciones conductuales...» que la sitúan en *situación de vulnerabilidad*, de lo que ella tiene conciencia.

El Tribunal concreta porqué desoye la recomendación del Ministerio Fiscal de establecer el cargo tutelar en una persona jurídica. Y señala que «hay que partir del principio general de que una *persona cercana* al que tiene limitada su capacidad, como lo es un familiar, puede cumplir con mayor facilidad los deberes que impone el artículo 222-38 del CCC, pues precisamente su cercanía y parentesco *le ha de permitir asegurar su bienestar moral y material, respetar sus deseos conforme a su capacidad natural, favorecer su recuperación, prevenir su empeoramiento y mitigar las consecuencias de la incapacidad*. El contacto directo, la proximidad de afectos que comporta la relación de parentesco, por regla general, permite el ejercicio del cargo de forma más adecuada que lo hace una persona jurídica... El nombramiento de una Fundación para ejercer el cargo de la curatela obedece en este caso a la negligencia detectada por los Servicios Sociales en un momento determinado, pero es el padre el que se ha ocupado siempre de la hija y ha hecho el acompañamiento correspondiente en los temas relativos a la salud y en la gestión de su dinero. Se afirma que ha habido una mejoría y que ello también ha permitido una mejor gestión de su situación compleja... ya que sigue un tratamiento médico por lo que hay una supervisión sanitaria o control y asiste a un taller por lo que también hay una supervisión de su cuidado externo y de su organización diaria. En tanto el padre pueda ocuparse de las funciones propias de la curatela, la Sala entiende que no es precisa una Fundación por lo que debe estimarse el recurso respecto a dicha petición».

La SAP de Barcelona de 20 de febrero de 2019¹⁵, tras proceder a la declaración de incapacidad parcial del demandado para gestionar los problemas referidos al seguimiento médico y farmacológico de su salud y para la realización de actos patrimoniales complejos, indica que puede seguir administrando su pensión bajo la *supervisión de curador* que se nombra en una fundación a determinar en ejecución de sentencia.

La SAP de Barcelona de 17 de julio de 2019¹⁶, afirma como «*no hay un correlato estricto entre tutela e incapacidad total y curatela e incapacidad parcial, sino que en función de las circunstancias se puede optar por una u otra institución*». En el caso enjuiciado considera que la curatela es, en Cataluña, compatible con funciones de administración ordinaria de determinados aspectos del patrimonio (arts. 222-1, 222-35, 223-1 y 223-4 CCC) y puede contemplar, parcialmente, campos de actuación en que el curador supla la voluntad del sometido a curatela y le represente.

V. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y LA CURATELA COMO MEDIDA DE APOYO SUFICIENTE

La diferencia entre la tutela y la curatela en la actualidad, ha sido concretada por la STS de 15 de junio de 2018¹⁷ en términos de actualidad.

Se sostiene que la tutela está reservada para la incapacidad total y *la curatela se concibe en términos más flexibles y está pensada para incapacitaciones parciales* (STS de 1 de julio de 2014), si bien la jurisprudencia, salvo supuestos de patente incapacidad total, se viene inclinando, a la luz de la interpretación recogida de la Convención, por la curatela, en el entendimiento de que *el Código civil no circumscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial*, por lo que al amparo de lo previsto en el artículo 289 del Código civil, podría atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la supervisión del sometimiento del discapaz a un tratamiento médico, muy adecuado cuando carece de conciencia de enfermedad. *La tutela es la forma de apoyo más intensa* que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas.

Según el artículo 267 del Código civil el tutor es el representante de la persona con la capacidad modificada judicialmente, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia. *Pero en atención a las circunstancias personales puede ser suficiente un apoyo de menos intensidad* que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten, y cumple esa función la curatela, concebida como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad (arts. 287, 288 y 289 CC).

«En puridad, para distinguir cuándo procede una institución tutelar u otra, hay que atender a si la sentencia de incapacidad atribuye al guardador legal la representación total o parcial del incapacitado, pues es esta la característica diferencial entre la tutela y la curatela. En el primer caso, aunque la representación tan solo sea patrimonial, debe constituirse la tutela, aunque sus funciones serán las que se correspondan con la extensión de la incapacidad; mientras que en el segundo caso en que no se atribuye representación, procede constituir la curatela, con independencia de si las funciones asistenciales pertenecen a la esfera patrimonial o personal del incapacitado».

VI. EL TRIBUNAL SUPREMO Y EL PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE LA CAPACIDAD EN LA CONVENCIÓN

Aunque la legislación aún no ha cambiado, se percibe el cambio en las sentencias del Supremo como en la que vamos a exponer a continuación donde se

alude a la eliminación del procedimiento de incapacitación judicial de la persona con discapacidad que va a suponer un cambio radical en nuestro ordenamiento.

Nos referimos a la STS de 16 de mayo de 2017¹⁸, que indicó que el sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención.

Además insiste en que «la curatela es una institución flexible que se caracteriza por su contenido de *asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial o por la extensión de actos en los que esté llamada a prestarse*. La curatela, en primer lugar, no está limitada al ámbito patrimonial, aunque la curatela de los emancipados (art. 323 CC) y la de los pródigos *sí se limitan a los actos de naturaleza exclusivamente patrimonial*. Sin embargo, para las personas con discapacidad esto no es así, porque ni resulta de la letra del artículo 287 del Código civil ni es coherente con la exigencia de adoptar un sistema de apoyo que se adapte a las concretas necesidades y circunstancias de la persona afectada. La curatela puede ser un apoyo en la esfera personal o en la patrimonial, o en ambas, según lo requiera en cada caso la protección de la persona.

Así lo ha venido declarando la jurisprudencia de esta Sala en los últimos tiempos *tras descartar que el «procedimiento de modificación de la capacidad» y la constitución de tutela o curatela sean discriminatorias y contrarias a los principios de la Convención*. Toda persona discapacitada obviamente tiene el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales ya que las cautelas que se imponen son solo una forma de protección. Medidas que no son discriminatorias porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuya patología no le permite ejercer sus derechos como tal porque le impide autogobernarse; medidas que no son contrarias a los principios establecidos en la Convención ni constituyen una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su persona y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas. La razón se encuentra en que el término de comparación es diferente lo que determina que se le proporcione un sistema de protección, no de exclusión, de acuerdo con el principio de tutela de la persona que impone el artículo 49 CE¹⁹.

VII. CONCLUSIONES

I. Se tiende hacia un modelo de protección suave: el llamado sistema de apoyos. El sistema de apoyos se va a establecer de acuerdo con el interés superior de la persona con discapacidad de forma proporcionada a su situación.

II. Toda persona discapacitada, obviamente, tiene el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales. Las cautelas que se imponen son solo una forma de protección. Medidas que no son discriminatorias porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias.

III. La curatela se concibe en términos flexibles y está pensada para incapacitaciones parciales si bien la jurisprudencia, salvo supuestos de patente incapacidad total, se viene inclinando, a la luz de la interpretación recogida de la Convención, por ella. La curatela es un modelo de asistencia y, excepcionalmente, de representación.

IV. El actual procedimiento de incapacitación (que va a desaparecer en cuanto se apruebe el Anteproyecto) al que están abocadas generalmente estas personas conlleva una *privación de todos o parte de los derechos* que se ostentan como consecuencia de la cualidad de persona y que la autoridad judicial adopta como *sistema de protección establecido*. Entendido en que la incapacitación no cambia para nada la *titularidad* de los derechos fundamentales, aunque sí que *determina su forma de ejercicio*, pues puede ser reversible o variar en grado.

V. De la jurisprudencia expuesta podemos observar que hay un *cierto paralelismo* de las finalidades perseguidas por el Anteproyecto y las existentes en la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE de 29 de julio de 2015) salvando las diferencias del ámbito al que cada una de ellas va dirigido.

El sistema de apoyos del que hemos hablado relativo a «la nueva curatela» ya fue introducido por el artículo 11 referido a la actuación administrativa y la protección de los menores contra cualquier forma de violencia. Seguidamente el artículo 12 garantiza el *apoyo* necesario para que los menores bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica puedan permanecer con la misma.

Igualmente al reformar las *instituciones de protección a la infancia y a la adolescencia* se dio prioridad a las *medidas estables* frente a las *temporales*, a las *familiares* frente a las *residenciales* y a las *consensuadas* frente a las *impuestas*, que es precisamente lo que la jurisprudencia de las SAP llevan a cabo a la hora de fijar el nombramiento del cargo de curador en familiares frente a las instituciones tutelares administrativas a donde se acude si no hay otro remedio.

VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TS Y AP) CITADAS POR ORDEN CRO- NOLÓGICO

- STS, Sala Primera, de lo Civil, 458/2018 de 18 de julio de 2018, Rec. 4374/2017. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 87516/2018). ECLI: ES:TS:2018:2805
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 362/2018 de 15 de junio de 2018, Rec. 2122/2017. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 68755/2018). ECLI: ES:TS:2018:2191
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 552/2017 de 11 de octubre de 2017, Rec. 2065/2016. Ponente: Ignacio SANCHO GARGALLO. (La Ley 142279/2017). ECLI: ES:TS:2017:3535
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 530/2017 de 27 de septiembre 2017, Rec. 183/2017. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 133665/2017). ECLI: ES:TS:2017:3376
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 298/2017 de 16 de mayo de 2017, Rec. 2759/2016. Ponente: María de los Ángeles PARRA LUCÁN. (La Ley 48331/2017). ECLI: ES:TS:2017:1901
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 716/2015 de 17 de diciembre de 2015, Rec. 2577/2014. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 196605/2015). ECLI: ES:TS:2015:5438
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 337/2014 de 30 de junio de 2014, Rec. 1405/2013. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. (La Ley 140916/2014). ECLI: ES:TS:2014:3852

- STS, Sala Primera, de lo Civil, 617/2012 de 11 de octubre de 2012, Rec. 262/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 158043/2012). ECLI: ES:TS:2012:6810
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 282/2009 de 29 de abril de 2009, Rec. 1259/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. (La Ley 49525/2009).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 646/2004 de 30 de junio de 2004, Rec. 2898/1999. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. (La Ley 1761/2004)
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de diciembre de 1991. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. (La Ley 2849/1992).
- SAP de Barcelona, Sección 18.^a, 401/2019 de 31 de mayo de 2019, Rec. 34/2019. Ponente: María Dolores VIÑAS MAESTRE. (La Ley 70259/2019). ECLI: ES:APB:2019:5987
- SAP de Barcelona, Sección 18.^a, 140/2019 de 20 de febrero de 2019, Rec. 1001/2018. Ponente: Francisco Javier PEREDA GÁMEZ. (La Ley 9366/2019). ECLI: ES:APB:2019:1283
- SAP de Barcelona, Sección 18.^a, 499/2019 de 17 de julio de 2019, Rec. 56/2019. Ponente: Francisco Javier PEREDA GÁMEZ. (La Ley 109911/2019). ECLI: ES:APB:2019:9723.

IX. LEGISLACION CITADA

- Constitución Española
- Código civil
- Convenio de Nueva York (Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Entró en vigor en nuestro ordenamiento jurídico el 3 de mayo de 2008).
- El Anteproyecto de Ley por la que se Reforma la Legislación Civil y Procesal en materia de Discapacidad.
- Propuesta de nuevo Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

NOTAS

¹ Se puede descargar en la web <http://www.derechocivil.net/>

² STS, Sala Primera, de lo Civil, 282/2009 de 29 de abril de 2009, Rec. 1259/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS (La Ley 49525/2009). De la prueba practicada ha quedado acreditado que la demandada está afectada por una incapacidad total y permanente que limita funcionalmente la capacidad para regir su persona y administrar sus bienes. Fijación por el Tribunal Supremo de las reglas interpretativas que permiten compaginar el sistema constitucional de protección de las personas con falta de capacidad con la Convención de Nueva York de 13 diciembre 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad, y con lo establecido en el Código civil a partir de la reforma de 1983.

³ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de diciembre de 1991. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL (La Ley 2849/1992). Es la decisión judicial de que una persona carece de aptitud para gobernarse, si bien caben los límites del artículo 210 del Código civil. Se toma en proceso cuya característica principal es la búsqueda de la verdad material. Se somete a curatela a las personas que no son totalmente incapaces y, por ello, se les priva parcialmente de la capacidad.

⁴ STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 646/2004 de 30 de junio de 2004, Rec. 2898/1999. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ (La Ley 1761/2004).

⁵ STS, Sala Primera, de lo Civil, 458/2018 de 18 de julio de 2018, Rec. 4374/2017. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA (La Ley 87516/2018). ECLI: ES:TS:2018:2805.

⁶ STS, Sala Primera, de lo Civil, 552/2017 de 11 de octubre de 2017, Rec. 2065/2016. Ponente: Ignacio SANCHEZ GARGALLO (La Ley 142279/2017). ECLI: ES:TS:2017:3535.

⁷ La demandada necesitará de la autorización del curador para apoderar y contratar y para realizar actos de disposición que excedan de 1800 euros. Se confirma en el cargo de curador a uno de sus hijos. Aunque la demandada solicitara expresamente que no lo fuera, no existe entre ellos una enemistad manifiesta, sino reticencias propias de su trastorno.

⁸ STS, Sala Primera, de lo Civil, 530/2017 de 27 de septiembre de 2017, Rec. 183/2017. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA (La Ley 133665/2017). ECLI: ES:TS:2017:3376.

⁹ No se extiende la limitación al derecho de sufragio y se amplía a 150 euros mensuales la facultad de disposición del llamado dinero de bolsillo, repartida la cantidad por días o semanas, sin perjuicio de las que pueda necesitar para llevar la vida de relación adecuada a su inclusión social. Se designa como curador a su hermana.

¹⁰ STS, Sala Primera, de lo Civil, 337/2014 de 30 de junio de 2014, Rec. 1405/2013. Ponente: Francisco Javier ORDUNA MORENO (La Ley 140916/2014). ECLI: ES:TS:2014:3852.

¹¹ Le ha sido reconocida capacidad de obrar para realizar actos de escasa relevancia de la vida ordinaria. No tiene anulada de forma significativa su capacidad cognitiva y volitiva. Puede manifestar su voluntad y preferencia sobre ámbitos de relevancia para sus intereses. Se designa a la demandante, pareja del demandado, para el cargo de curadora.

¹² STS, Sala Primera, de lo Civil, 617/2012 de 11 de octubre de 2012, Rec. 262/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA (La Ley 158043/2012). ECLI: ES:TS:2012:6810.

¹³ Pues bien, no se discute que la incapacidad de una persona, total o parcial, debe hacerse siguiendo siempre un criterio restrictivo por las limitaciones de los derechos fundamentales que comporta. Lo que se cuestiona realmente es si ha quedado o no acreditado que exista una enfermedad psíquica incapacitante que impida a quien recurre gobernarse por sí mismo, y ello es algo que resulta de la prueba que ha sido practicada, con la garantía del examen del ahora incapaz y audiencia de los parientes más próximos, de la que infiere que padece trastorno depresivo secundario, trastorno por abuso y dependencia al alcohol y trastorno de la personalidad que limitan las capacidades de querer, entender y libre determinación, de tal forma que su capacidad está limitada para el gobierno de su persona, toma de decisiones trascendentales, área de salud y bienes. Ninguna contradicción se advierte en la valoración que la sentencia hizo de los hechos. Una cosa es la opinión de los familiares que refieren una conducta más ordenada y coherente de la que venía observando, y otra distinta que esta aparente mejoría deje sin contenido el trastorno de la personalidad que resulta de la prueba.

La STS de 29 de septiembre de 2009 en materia de incapacidad y en la interpretación de las normas vigentes a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, relativa a si, como consecuencia de la entrada en vigor de esta Convención, debe considerarse contraria a la misma la normativa relativa a la incapacidad como medida de protección de las personas incapaces, señala lo siguiente: «la incapacidad, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado... Una medida de protección como la incapacidad, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona». El sistema de protección establecido en el Código civil sigue por tanto vigente, aunque con la lectura que se propone: «1.º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacidad es solo una forma de protección. 2.º La incapacidad no es una medida discriminatoria porque la situación mercedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada».

¹⁴ SAP de Barcelona, Sección 18.ª, 401/2019 de 31 de mayo de 2019, Rec. 34/2019. Ponente: María Dolores VIÑAS MAESTRE (La Ley 70259/2019). ECLI: ES:APB:2019:5987.

¹⁵ SAP de Barcelona, Sección 18.^a, 140/2019 de 20 de febrero de 2019, Rec. 1001/2018. Ponente: Francisco Javier PEREDA GÁMEZ (La Ley 9366/2019). ECLI: ES:APB:2019:1283.

¹⁶ SAP de Barcelona, Sección 18.^a, 499/2019 de 17 de julio de 2019, Rec. 56/2019. Ponente: Francisco Javier PEREDA GÁMEZ (La Ley 109911/2019). ECLI: ES:APB:2019:9723.

¹⁷ STS, Sala Primera, de lo Civil, 362/2018 de 15 de junio de 2018, Rec. 2122/2017. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ (La Ley 68755/2018). ECLI: ES:TS:2018:2191.

¹⁸ STS, Sala Primera, de lo Civil, 298/2017 de 16 de mayo de 2017, Rec. 2759/2016. Ponente: María de los Ángeles PARRA LUCÁN (La Ley 48331/2017). ECLI: ES:TS:2017:1901. Analiza un supuesto de modificación parcial de la capacidad del demandado, que padece la enfermedad de Alzheimer que le provoca un deterioro cognitivo y alteraciones de conducta. La discapacidad intelectual que padece le limita su autogobierno tanto en el ámbito personal como en el patrimonial y para complementar su capacidad necesita de la asistencia de un curador y no de un tutor. Es suficiente un apoyo de que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten. Se declara que *el demandado tiene una «alta reserva cognitiva», lo que no es compatible con su sometimiento a tutela*. En la esfera personal necesita la intervención del curador para tomar decisiones que excedan de las actividades básicas de la vida ordinaria y para todo lo relacionado con su salud, manejo de medicamentos, pautas alimenticias y consentimiento de tratamientos médicos. En la esfera patrimonial y de economía, puede gestionar y administrar el cincuenta por ciento de su pensión, conserva la iniciativa pero necesita la asistencia de un curador para los actos patrimoniales recogidos en los artículos 271 y 272 del Código civil con las especificaciones que se establecen. A la hora de designar al curador no se prescinde de la voluntad del demandado alterando el orden legal porque no se identifica una preferencia clara e inequívoca. Se declara a su hijo mayor como el más idóneo para ejercer el cargo.

¹⁹ STS, Sala Primera, de lo Civil, 716/2015 de 17 de diciembre de 2015, Rec. 2577/2014. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA (La Ley 196605/2015). ECLI: ES:TS:2015:5438. El demandado padece una «esquizofrenia paranoide» que limita sus facultades para tomar decisiones económicas y relacionadas con su salud, pudiéndole llevar en ocasiones a realizar gastos injustificados o a abandonar el tratamiento previsto con evidente peligro del consumo paralelo de productos psicotrópicos. Su patología le impide autogobernarse, por lo que se le somete a un régimen de curatela como sistema de protección y no de exclusión, señalándose aquellos actos para los que precisará de la asistencia del curador.

Daños en el derecho de familia: la ocultación de la paternidad no biológica del hijo

Damage to family law: concealment of the child's non biological paternity

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora de Derecho civil. UCM

RESUMEN: Una de las cuestiones controvertidas es la aplicación o no de la normativa de la responsabilidad civil en el ámbito del Derecho de Familia, en concreto, si son o no resarcibles los daños morales derivados del incumplimiento del deber de fidelidad y, esencialmente, los daños morales y patrimoniales provenientes del ocultamiento de la verdadera paternidad no biológica de los hijos matrimoniales. El presente estudio se va a centrar en analizar, precisamente, si en estos supuestos es posible o no el resarcimiento de tales daños. Para ello, operando sobre los requisitos necesarios para que tenga la responsabilidad civil y su posible aplicabilidad en este ámbito, haremos oportuna referencia a la doctrina y jurisprudencia existente sobre la materia, destacando tanto la fijada en la Sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 24 de abril de 2015 relativa al no reembolso de las cantidades satisfechas en concepto de alimentos por el progenitor no biológico por la vía del cobro de lo indebido, y la reciente sentencia de este mismo Alto Tribunal, y también Plenaria, de 13 de noviembre de 2018 que, además de reafirmar la irresarcibilidad de los daños derivados del incumplimiento de los deberes conyugales y de la ocultación de la paternidad —en la línea de las sentencias de 22 y 30 de julio de 1999—, excluye, asimismo, la pretensión dirigida a obtener el reembolso de lo abonado a título de alimentos.

ABSTRACT: *One of the most controversial issues is the application of civil liability in the area of family law. The present study will focus on analyzing whether or not the moral and patrimonial damages derived from the concealment of non biological paternity are compensable. For this we will refer both to the doctrine set forth in the judgment of the Supreme Court, of 24 april 2015, as established in the judgment of 13 novembre 2018 that in addition to reaffirming the irreconcilability of damages arising from the breach of the paternity concealment, it also excludes claims for reimbursement of maintenance payments.*

PALABRAS CLAVES: Responsabilidad civil. Ocultación de la paternidad. Deber de fidelidad. Daños morales. Daños patrimoniales. Paternidad no biológica. Enriquecimiento sin causa. Indemnización.

KEY WORDS: *Tort law. Paternity fraud. Duty of fidelity. Non-pecuniary loss. Pecuniary loss. Paternity non biologic. Unjust enrichment. Compensation.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONYUGALES. CONSECUENCIAS JURÍDICAS.—III. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL.—IV. DAÑOS RESARCIBLES: TIPOLOGÍA, VALORACIÓN Y CUANTIFICACIÓN.—V. LA DEVOLUCIÓN O REEMBOLSO DE LAS CANTIDADES ABONADAS EN CONCEPTO DE ALIMENTOS.—VI. *DIES A QUO* EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Un debate abierto en el seno de la doctrina y la jurisprudencia reside en la posible aplicación de la normativa sobre responsabilidad civil al derecho de familia y, concretamente, a las situaciones de crisis familiar y de incumplimiento del deber de infidelidad del que deriva el ocultamiento de la paternidad no biológica del hijo. Se aduce por RODRÍGUEZ GUTIÁN como posibles razones para la exclusión del derecho de daños en el ámbito familiar entre otras: la existencia de una regla de moralidad que impide la interposición de una demanda de responsabilidad civil entre los miembros de una familia, donde el perjudicado por un daño causado por un miembro de la familia debe aceptarlo y tolerarlo, como excepción a esta regla de la moralidad se constatan los daños cubiertos por un seguro de responsabilidad o cuando se ha roto la convivencia o el afecto o se ha cometido un delito entre cónyuges; asimismo, se dispone que, las relaciones familiares derivan de un vínculo de solidaridad; por otra parte, la existencia del denominado principio de inmunidad intrafamiliar coherente con un modelo de familia patriarcal —familia autoritaria y jerarquizada— donde el padre de familia se califica de «legislador, juez y patrón»; la existencia de barreras institucionales impuesta por el propio Código civil como la brevedad del plazo de la acción de responsabilidad civil extracontractual junto a la inexistencia de mecanismo de suspensión del plazo de prescripción mientras dure la convivencia entre los cónyuges; el carácter ético o moral de los deberes familiares; el peligro de demandas triviales y el aumento de conflictividad en el seno de la familia; además en coherencia con ello se ha de preservar la armonía y la paz familiar; y en fin, se manifiesta que, la indemnización de los daños entre familiares no cumple las funciones propias de la responsabilidad civil¹.

Además, por quienes se muestran contrarios a la aplicabilidad de las normas de responsabilidad civil en el seno de las relaciones conyugales, se alude también que no es posible la reparación con carácter general de los daños causados en el ámbito familiar; al entender que, las soluciones a los problemas familiares han de buscarse en el seno del Derecho de familia y no aplicando el artículo 1902 del Código civil². Asimismo, consideran que, el principio de especialidad del Derecho de Familia en este ámbito del ordenamiento jurídico determina que nos encontremos con un sistema autosuficiente que cuenta con sus propios remedios específicos y que excluye la aplicación de las normas generales de la responsabilidad civil a los ilícitos cometidos entre cónyuges. Precisamente, el legislador por

un lado, ha previsto unos remedios concretos para el resarcimiento de los daños entre familiares: en sede de gananciales, los artículos 1390 y 1391 del Código civil referidos a la responsabilidad en los supuestos de mala gestión o fraude por parte de uno de los cónyuges; la indemnización al cónyuge de buena fe en los casos de nulidad matrimonial *ex* artículo 98 del Código civil; y la compensación económica a favor del cónyuge que sufre un desequilibrio económico como consecuencia de la separación y el divorcio (art. 97 CC); y por otro, ha establecido unos remedios distintos al resarcimiento como la posibilidad de solicitar la separación o el divorcio ante el incumplimiento de los deberes conyugales, si bien esta afirmación ha quedado vacía de contenido, pues, la Ley 15/2005, de 8 de julio que modifica el Código civil y la LEC en materia de separación y divorcio ha previsto un divorcio *express* que sustituye al anterior divorcio causal, de forma que, cualquiera de los cónyuges puede solicitar la separación o el divorcio sin necesidad de alegar ninguna causa determinada para ello, pues, resulta suficiente la mera voluntad del cónyuge que solicita la separación o el divorcio, por lo que en la actualidad no hace falta alegar como causa el incumplimiento del deber de fidelidad para solicitar la separación o el divorcio³. No obstante, se mantiene en la actualidad que, el incumplimiento de los deberes conyugales pueda constituir causa para la cesación de la obligación de dar alimentos cuando el alimentista incumple el deber conyugal (art. 152.4 CC) y la de constituir justa causa para desheredar (art. 855.1 CC)⁴. También se señala que en todo caso, puede surgir responsabilidad civil cuando el comportamiento dañoso de un cónyuge a otro esté tipificado en el Código Penal como delito o falta o cuando se vulnere alguno de los derechos fundamentales⁵. Asimismo, se indica que, en la práctica solo se reclama cuando se dan circunstancias que sin contravenir las reglas de la moralidad permiten hacerlo, como sucede en el caso que los daños estén cubiertos por un seguro de responsabilidad civil⁶. En fin, se entiende que en el Derecho de Familia «no existe una laguna legal que deba integrarse indiscriminadamente mediante las reglas de responsabilidad civil»⁷.

Frente a tales planteamientos, se argumenta por quienes se muestran favorables a la admisión con carácter general de la indemnización de los daños causados en el seno de la familia y, de los daños derivados del incumplimiento de los deberes conyugales que, el Derecho de familia no es un conjunto de normas absolutamente cerrado y de aplicación excluyente y exclusiva, sino que se puede aplicar el derecho de daños, cuando estos efectivamente tengan lugar y proceder a su reparación⁸. Precisamente, se indica que, la redacción abierta de nuestras normas de responsabilidad civil, en concreto del artículo 1902 del Código civil sin una lista taxativa de supuestos indemnizables «admite tanto la inclusión de los daños entre familiares dentro de su tenor literal como la modificación de sus principios generales en el ámbito familiar»; y, asimismo, «permiten al juez la incorporación de las características propias de los roles familiares, obteniendo así los mismos resultados que los ordenamientos que poseen normas específicas sobre responsabilidad civil en el Derecho de familia»⁹. Además, en la regulación de Derecho de familia aunque no se contienen normas particulares de responsabilidad civil por daños causados entre familiares, tampoco ningún precepto del Código civil excluye la operatividad de las reglas generales de responsabilidad civil, esto es, del artículo 1902 del Código civil entre el causante y la víctima cuando media una relación familiar¹⁰; por lo que desde tal planteamiento, procede señalar que, aun no siendo completo y cerrado el ordenamiento jurídico familiar, es posible la extensión de los remedios indemnizatorios propios de la responsabilidad civil al Derecho de familia¹¹. Asimismo, se indica que, la cláusula

general de responsabilidad civil puede servir de complemento a las reglas de derecho de familia, pues, nuestro sistema de responsabilidad civil, dándose los presupuestos exigidos para su operatividad, considera indemnizables cualquier daño que tenga lugar y sea digno de protección jurídica, sin que se individualice el resarcimiento en un derecho subjetivo concreto¹². Tal planteamiento, sin embargo, resulta criticable para una parte de la doctrina, pues, entienden que, tal cláusula general de responsabilidad civil no puede servir como complemento de las reglas de familia; de ahí, que para ellos constituya una realidad defendible la contraposición entre lo que por la doctrina se ha denominado «tipicidad de la responsabilidad civil en el derecho de familia» y lo que constituye la cláusula general de responsabilidad civil¹³.

Ahora bien, tras la Constitución española de 1978 donde ya no se sitúa al grupo familiar en una situación de poder frente a los miembros que la componen, sino que se da especial relevancia a la autonomía individual de estos, al desarrollo de su personalidad y se fundamentan las relaciones entre los cónyuges sobre la base del principio de igualdad (arts. 14 y 32 de la misma) y la patria potestad como una función dual, supone que, en la actualidad hemos transitado desde una versión clásica de la familia, en que se predicaba una inmunidad absoluta por la que la mera condición de cónyuge provocaba la exención de responsabilidad, prescindiendo de cualquier otra consideración —lo que, como hemos reseñado, se correspondía con una idea patriarcal y de privacidad de la familia—, a una visión mucho más moderna, propia ya del liberalismo, en la que se busca potenciar los derechos individuales de las personas también dentro del ámbito familiar; la igualdad entre los cónyuges y, se fomenta la propia autonomía privada en la determinación de las relaciones conyugales. Es a partir de dicha configuración del matrimonio y de la familia como comunidad donde cada uno de los integrantes desarrolla su personalidad, y donde, asimismo, comienza a plantearse la posible aplicación de las reglas de la responsabilidad civil en este ámbito cuando, pues, en principio, no existe en nuestro ordenamiento ninguna excepción a la aplicación de las normas generales sobre derecho de daños que, derive, precisamente, de la propia existencia de la convivencia conyugal o en una relación familiar¹⁴. Tal moderna concepción de la familia se ha considerado por algunos como la base fundamental que permite «derribar reglas y postulados que han impedido y obstaculizado la normal aplicación de las normas generales de responsabilidad civil»¹⁵.

De todas formas, desde una posición intermedia se precisa que, no se trata tanto de admitir o negar que pueda o no haber daños en la relación entre cónyuges, sino en aceptar o rechazar que el mero incumplimiento en sí mismo pueda dar lugar a daños y que sean susceptibles de reparación al amparo del artículo 1902 del Código civil. Por lo que, desde este planteamiento no se trata de rechazar de entrada el Derecho de daños en las relaciones conyugales, sino de acotar el camino para evitar que cualquier incumplimiento de un deber conyugal pueda ser considerado causa suficiente para reclamar un daño¹⁶.

En este contexto, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la responsabilidad civil por los daños ocasionados por un familiar a otro. Se refieren a un tipo específico de daños, en concreto, los derivados del incumplimiento del deber de infidelidad y la posterior ocultación al marido del carácter extramatrimonial del hijo y, operan sobre una base fáctica similar: el marido, tras la ruptura del matrimonio y una vez ha prosperado la impugnación de la maternidad, interpone contra la esposa una acción de reclamación por daños morales y patrimoniales derivados, precisamente, de la ocultación de la paternidad no biológica del hijo.

Son las sentencias de la Sala de lo Civil de 22 y 30 de julio de 1999¹⁷. También debemos señalar que, la base jurídica de la demanda es distinta, en la primera se pretende aplicar el artículo 1902 del Código civil; y en la segunda, el artículo 1101 del citado cuerpo legal. Lo cierto es que, ambas con diversos argumentos jurídicos impiden la aplicación del remedio de la responsabilidad civil en tales casos. Para ROCA I TRIAS de acuerdo con estas sentencias «el edificio resiste, pero no sabemos por cuanto tiempo»¹⁸. Hay que decir que, todavía resiste, con la última resolución del Tribunal Supremo, que analizaremos.

Así, la sentencia de 22 de julio de 1999 consideró inaplicable el artículo 1902 del Código civil al caso, por no apreciar dolo en la conducta de la demandada que conoció a comienzos del año 1990 la paternidad no biológica de uno de sus hijos —Jorge Ignacio nacido el 11 de abril de 1966—, cuando este tenía 24 años y, en consecuencia, opta por negar la indemnización por daños morales y patrimoniales, señalando en su *Fundamento de Derecho sexto* que: «Ciertamente los supuestos que comporta la aplicación del artículo 1902 del Texto legal sustantivo, vienen a originar, como consecuencia de esa aplicación, una reparación por el daño causado, que puede hacerse extensiva al doble ámbito patrimonial y moral, pero ello no resulta aplicable al caso de autos, en el que, como ha quedado razonado, no era posible hacer aplicación del meritado precepto, debido a no haberse apreciado una conducta dolosa en el comportamiento atribuido a la señora C., y de aquí, que el perecimiento del primer motivo del recurso lleve implícito el correspondiente al segundo analizado».

Por su parte, la Sentencia de 30 de julio de 1999¹⁹ aun apreciando dolo en la conducta de la ex esposa, quien, no obstante, impugnó la paternidad de los dos hijos un año después de tener lugar la separación matrimonial y, además hizo público los hechos en el diario «El País», niega la procedencia de la indemnización al considerar que el daño moral generado por uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no es susceptible de reparación económica alguna —no genera ningún efecto económico— y la única consecuencia del incumplimiento del deber de fidelidad del artículo 68 del Código civil es la separación (art. 82.1 CC en su redacción anterior a la Ley 15/2005), siendo así independiente de la pensión compensatoria del artículo 98 del Código civil, además la admisión de tal demanda conllevaría estimar que cualquier alteración de la convivencia matrimonial puede ser objeto de la correspondiente indemnización y, asimismo, conllevaría la multiplicación de demandas triviales y la alteración de la paz familiar, sin olvidar que en estos supuestos son de aplicación de forma exclusiva y excluyente las normas del Derecho de familia. El recurrente había denunciado como infringidos los artículos 67 y 68 del Código civil en relación con el artículo 1101 del citado cuerpo legal. Frente a esta pretensión del recurrente, el Tribunal Supremo niega la indemnización en base al siguiente argumento: «Indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código civil son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez se acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82 pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, los que, en ningún modo es posible comprenderlos dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el artículo 97 e, igualmente, no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del

matrimonio, pues, lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial obligaría a indemnizar» (fundamento de derecho tercero)²⁰; y concluye que «el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna, lo cual origina la imposibilidad de atribuir al Tribunal «a quo» haber infringido, en el aspecto estudiado, los artículos 67 y 68 del Código civil en relación con el 1101 del mismo» (fundamento de derecho cuarto)²¹.

Con posterioridad, se han vuelto a plantear casos similares a los anteriores, si bien en estos supuestos, el Tribunal Supremo ha resuelto sobre el fondo del asunto por considerar prescrita la acción ejercitada por el demandante. En concreto, las Sentencias de 14 de julio de 2010²² y de 18 de junio de 2012²³. No obstante, con anterioridad a estas sentencias, si bien, referido a los daños por obstaculizar la relación personal entre un progenitor y sus hijos, se dictó por este Alto Tribunal y Sala, la Sentencia de 30 de junio de 2009²⁴ en la que se resuelve la demanda presentada por el padre contra su expareja que había impedido que el demandante tuviera relación con su hijo al que se había llevado a EEUU en contra de las resoluciones judiciales que, resolvieron sobre su guarda y custodia. También demandó al Centro de Mejoramiento Personal A.C. y a la Asociación Civil Dianética, nombre con el que la Iglesia de la Cienciología está inscrita en el Registro de Asociaciones del Ministerio del Interior. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación contra la sentencia de apelación que había considerado prescrita la acción y declara que la madre ha violado los derechos del padre de relacionarse con su hijo, además de desobedecer las resoluciones judiciales dictadas al efecto en España y condena a la madre a abonar la cantidad de 60.000 euros por los daños morales sufridos por el demandante a consecuencia de la privación de todo contacto con el hijo y por la pérdida irreversible de su relación con él. Al respecto estableció que *«D.^a Remedios efectuó un acto contrario a derecho en un doble sentido, en primer lugar, impidiendo que el menor su hijo pudiese relacionarse con su padre, vulnerando así el artículo 160 del Código civil, y, en segundo lugar, oponiéndose a la ejecución de la sentencia que otorgaba la guarda y custodia del hijo a su padre, que conocía perfectamente porque en las diversas resoluciones reseñadas aparece actuando por medio de procurador. Por tanto, conociendo el contenido de las diversas sentencias que ella misma recurrió, debe considerarse que hubo una acción deliberada dirigida a cometer un acto consistente en impedir las relaciones paterno-filiales»*. En cuanto al daño moral afirma que *«el problema de las relaciones entre los progenitores separados en orden a la facilitación de los tratos de quien no convive con los hijos cuya guarda y custodia ha sido atribuida al otro progenitor presenta problemas complejos, hasta el punto que en diversas reuniones internacionales se ha venido manteniendo el principio de sanción al progenitor incumplidor para proteger no solo el interés del menor, sino el de quien no convive con el hijo»*, a lo que añade que *«el daño existe en este caso y no consiste únicamente en la imposibilidad de ejercicio de la patria potestad y del derecho de guarda y custodia, porque en este caso solo podría ser reclamado por el menor afectado por el alejamiento impuesto por el progenitor que impide las relaciones con el otro, sino que consiste en la imposibilidad de un progenitor de tener relaciones con el hijo por impedirlo quien se encuentra de hecho a cargo del menor. Debe tenerse en cuenta además un nuevo elemento y es que el moderno derecho de familia rechaza la imposición coactiva de obligaciones que puedan limitar la personalidad de los individuos, por lo que aun cuando sea posible sancionar el incumplimiento de las obligaciones entre padres e hijos, se imponen modulaciones en interés de los propios hijos»*. En base a lo dicho concluye que *«el daño*

a indemnizar en este caso es exclusivamente el daño moral ocasionado por quien impide el ejercicio de la guarda y custodia atribuida al otro en una decisión judicial e impide las relaciones con el otro progenitor y ello con independencia de que se pueda, al mismo tiempo y de forma independiente, ejercitar las acciones penales por desobediencia». En todo caso, el Tribunal Supremo no condena a la Iglesia de Cienciología, por no haberse probado la influencia que la misma hubiera ejercido en la decisión de D.^a Remedios, y, además para proteger el principio de libertad religiosa recogido en el artículo 16 de la Constitución española²⁵.

Tras estos pronunciamientos del Alto Tribunal, las Audiencias Provinciales se ha pronunciado de forma diversa. Así interpretando de forma contraria lo dispuesto en la Sentencia de 22 de julio de 1999, han considerado indemnizable por daño moral al concurrir conducta dolosa de la demandada, junto a los demás presupuestos del artículo 1902; o han entendido que procede tal indemnización por daños morales o patrimoniales en caso de conducta culposa o negligente de la pareja; o, en fin, como analizaremos, han seguido la doctrina fijada en tales sentencias y no considerar indemnizable el daño al no concurrir dolo.

Recientemente, se ha vuelto a pronunciar nuestro Tribunal Supremo sobre la ocultación de la paternidad no biológica de un hijo, en Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, de 13 de noviembre de 2018²⁶ —de cuyo análisis nos ocuparemos en los siguientes apartados de este estudio— después de precisar que «sin duda estamos ante una de las cuestiones, no solo de mayor complejidad, sino de mayor actualidad del derecho de familia, tanto en el ámbito de la doctrina científica, como en el de las Audiencias Provinciales y en el derecho comparado, con posiciones contrarias sobre la aplicación de la normativa propia de la responsabilidad civil extracontractual a las relaciones de familia, algo que hasta hace no mucho tiempo ha sido ajeno al derecho de daños, posiblemente para preservar estas relaciones y porque no era fácil, como ocurre con los alimentos, encajarla en nuestro sistema» (*fundamento jurídico 4.º*), y que, «mantiene en lo sustancial la doctrina sentada en la Sentencia de 30 de julio de 1999, descartando la aplicación al caso del artículo 1902 del Código civil, por conducta dolosa del cónyuge que ocultó al otro la paternidad de uno de los hijos, que se hace en la Sentencia de 22 de julio de 1999», declara que el daño moral derivado de la ocultación al marido de su falta de paternidad no es susceptible de reparación económica. Si bien, no niega el Tribunal que conductas como las que se enjuician en este caso o en otros, sean susceptibles de causar daño. Lo que niega es que ese daño sea indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, a partir de un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar. Entiende la Sala que, esta solución no deja sin aplicación el sistema de responsabilidad civil prevista en el artículo 1902 del Código civil, simplemente acota el daño indemnizable a supuestos que, en el marco de la relación del matrimonio rota por el divorcio —en el que tiene especial encaje el recurso formulado— no tienen su origen en el incumplimiento de los deberes propios del matrimonio, como es el deber de fidelidad del artículo 68 del Código civil, sino en la condición de persona afectada por la acción culposa o negligente de quien lo causa. Afirma, en consecuencia que, la normativa reguladora del matrimonio no contempla la indemnización de un daño moral generado a uno de los cónyuges en un caso de infidelidad y de ocultación y pérdida de un hijo que consideraba suyo mediante la acción de impugnación de la filiación. Se regulan unos deberes estrictamente matrimoniales y no coercibles jurídicamente con medidas distintas. Se trata, en definitiva, de una regulación específica o propia

del derecho de familia de la que quedan al margen conductas como la enjuiciada, pues nada dice sobre las consecuencias que en este ámbito tiene la desatención de los deberes impuestos en el artículo 68 del Código civil. Asimismo, manifiesta que, si bien la sentencia de apelación no puso en relación el daño con la infidelidad conyugal, sino con la ocultación de sus efectos, lo que realmente lleva a tal ocultación es, precisamente, el incumplimiento del deber de fidelidad, por lo que es de aplicación la doctrina expuesta de no resarcimiento de daño derivado de tal ocultación; en fin, considera improcedente la devolución de los alimentos abonados para el sustento del hijo en base a la doctrina ya fijada en la Sentencia de este mismo Alto Tribunal y también del Pleno de la Sala de lo Civil, de 24 de abril de 2015, que, igualmente analizaremos; y declara no prescrita la acción de responsabilidad civil extracontractual²⁷.

Sobre tales bases, las reglas generales de la responsabilidad civil en nuestro Derecho se contienen en los artículos 1101 y 1902 del Código civil. En la doctrina hay quienes se muestran partidarios de la vía contractual con ocasión de la reclamación de daños entre cónyuges²⁸; si bien, no faltan quienes la descartan al considerar que, las obligaciones conyugales no tienen carácter contractual por la sencilla razón que el matrimonio no es un contrato, sino un negocio jurídico de Derecho de familia, por lo que consideran que la vía para resarcir de estos daños por ocultación de la paternidad es, en todo caso, la vía extracontractual²⁹.

Al respecto, según constante jurisprudencia, el artículo 1902 del Código civil exige el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) La realización de una acción u omisión ilícita; b) La causación de un daño en los bienes o en la persona (bien como daño corporal o como daño moral); y c) Un nexo causal entre la conducta dañosa y el resultado. Como cuarto requisito exigible solo en ocasiones, precisa PLAZA PENADÉS se encuentra el de la culpa o negligencia. Aunque este requisito, añade «puede atenuarse con el principio de inversión de la carga de la prueba o puede incluso no ser exigible en supuestos de responsabilidad objetiva o por riesgo»³⁰. Por lo que, procede determinar en el supuesto objeto de estudio, si concurren o no todos los requisitos que se requieren para generar responsabilidad, esto es, si existe una acción u omisión —dolosa o culposa—, daño resarcible y relación de causalidad entre esa acción u omisión y el daño o perjuicio producido.

En todo caso, constituye doctrina del Tribunal Supremo que, en los términos expuestos, para la imputación de la responsabilidad, cualquiera que sea el criterio que se utilice (subjetivo u objetivo), es requisito indispensable la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño, el cual ha de basarse en una certeza probatoria que no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetividad de la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba. Resulta necesaria la existencia de una prueba terminante, sin que sean suficientes las meras conjeturas, deducciones o probabilidades. La prueba del nexo causal, incumbe al actor, el cual debe acreditar la realidad del hecho imputable al demandado del que se hace surgir la obligación de reparar el daño causado³¹. Y, respecto a este tercer elemento para el nacimiento de la obligación de responder que, representa la relación de causalidad junto a la acción u omisión en el que haya intervenido culpa o negligencia y el daño, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de octubre de 2008³² señala citando la de 17 de mayo de 2007 que se debe distinguir entre «la causalidad material o física, primera secuencia causal para cuya estimación es suficiente la aplicación de la doctrina de la equivalencia de condiciones, para la que causa es el conjunto de condiciones empíricas antecedentes que proporciona la explicación, conforme con las leyes de la experiencia científica, de que el resultado

haya sucedido» y la causalidad jurídica «*en cuya virtud cabe atribuir jurídicamente —imputar— a una persona un resultado dañoso como consecuencia de la conducta observada por la misma, sin perjuicio, en su caso, de la valoración de la culpabilidad —juicio de reproche subjetivo— para poder apreciar la responsabilidad civil, que en el caso pertenece al campo extracontractual*». A lo que concluye este Tribunal que para «*sentar la existencia de causalidad jurídica que visualizamos como segunda secuencia configuradora de la relación de causalidad, tiene carácter decisivo la ponderación del conjunto de circunstancias que integran el supuesto fáctico y que son de interés en dicha perspectiva del nexo causal*». Aplicando estos criterios a la cuestión objeto de debate, habrá de concretarse si la actuación de la madre ocultando la verdadera paternidad del hijo que, puede determinar un daño en el progenitor no biológico, debe imputarse a aquella, y, en consecuencia, si no existe ninguna incertidumbre sobre el origen del daño y los criterios de probabilidad entre los diversos antecedentes que pueden haber contribuido a su producción, solo pueden ser atribuidos a ella, determinen su responsabilidad por el daño moral causado al padre.

En este contexto, el presente estudio se va a centrar en determinar si resulta operativo o no en este ámbito del Derecho de Familia el resarcimiento por daños morales derivados de tal ocultación atendiendo a lo dispuesto en los artículos 1101 y 1902 del Código civil, en especial a la doctrina fijada en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo del Pleno de la Sala de lo Civil, de 13 de noviembre de 2018³³ que, en línea con otras sentencias de este mismo Alto Tribunal, también plenarias, de 22 y 30 de julio de 1999³⁴, entiende no resarcibles tales daños; en contraste con el proceder de las algunas Audiencias que fijan como criterios de imputación desde el dolo o culpa grave hasta la culpa o negligencia, además de también concretar unos daños patrimoniales conformados, precisamente, en la devolución de las cantidades satisfechas en concepto de alimentos por el progenitor no biológico frente a la madre o el progenitor biológico; todo ello, sin perjuicio de hacer también oportuna referencia al proceder de algunos de nuestros tribunales que, en sus resoluciones no entran, precisamente, en el fondo del asunto por entender prescrita la acción —de ahí la importancia del *dies a quo* en el cómputo del plazo—.

II. EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONYUGALES. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

El Código civil establece en sus artículos 67 y 68 un conjunto de deberes a cargo de los cónyuges. Tales deberes son los de respetarse, ayudarse mutuamente, actuar en interés de la familia, vivir juntos, guardarse fidelidad, socorrerse mutuamente y tras la reforma por Ley 15/2005, de 8 de julio se ha añadido un deber más, como es compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de los ascendientes, descendientes y otras personas dependientes a su cargo. Como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE los deberes conyugales son «*indisponibles por los cónyuges aunque sí pueden, de común acuerdo, concretar o modular su contenido, siempre que esa modulación no afecte al contenido esencial de ese deber*»³⁵.

Centrándonos en el deber de fidelidad, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO lo define como «*recíproca dedicación física y espiritual, que comporta una lealtad recíproca y una capacidad de sacrificar su propia elección personal a aquellas que impongan el vínculo conyugal*». En la actualidad continúa la autora «no

puede entenderse que la fidelidad es un concepto de matiz exclusivamente sexual sino que se trata de «un no traicionar en sentido amplio no solo sexual, ni solo afectivo». Así se podría incluir dentro de la fidelidad el no traicionar la confianza recíproca, la obligación recíproca de lealtad, el no descuidar la dedicación física y espiritual del otro cónyuge»³⁶. Lo cierto es que el incumplimiento de este deber tras la citada reforma por la Ley 15/2005 no se ve sancionado por el reconocimiento al otro cónyuge de la facultad de solicitar la separación o el divorcio con base a ese incumplimiento. Antes de la citada reforma y desde la Ley de 7 de julio de 1981 nuestro Derecho establecía una separación o divorcio causal, pues para poder solicitar la separación o divorcio resultaba necesario la concurrencia de alguna de las causas establecidas legalmente, una de ellas era la violación grave o reiterada de los deberes conyugales (arts. 82.1 y 86 CC). Con esta reforma de 2005, la separación o el divorcio han dejado de ser causales, al depender tales situaciones de crisis matrimonial de la solicitud de cualquiera de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, con independencia de si ha habido o no incumplimiento de los deberes conyugales o, de sí quien pide la separación o el divorcio es el cónyuge cumplidor o incumplidor.

Sobre tales bases, una parte mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia, partiendo del carácter puramente ético o moral de los deberes conyugales, que son personalísimos e incoercibles, han considerado que, la infracción de tales deberes conyugales y, en lo que aquí interesa el deber de fidelidad, no genera responsabilidad contractual (art. 1101 CC) o extracontractual (art. 1902 CC), sino reproche social. En todo caso, tal incumplimiento solo permite al cónyuge perjudicado solicitar la separación o el divorcio o los efectos previstos por el ordenamiento, derivados de su incumplimiento (desheredación y pérdida de los alimentos)³⁷. Además se indica que, admitir la responsabilidad en este grupo de casos, comporta reintroducir criterios culpabilísticos que, el legislador rechazó expresamente en la Ley 15/2005³⁸, o «supondría reintroducir en nuestro ordenamiento por la puerta trasera un sistema de separación o divorcio culposos con las consecuencias, poco deseable, de aumentar la conflictividad en las crisis matrimoniales»³⁹; o, en fin, «reintroducir por la ventana los elementos de culpabilidad que habrían sido expulsados por la puerta en sucesivas reformas del derecho matrimonial»⁴⁰.

Frente a tal planteamiento, se sostiene que, esos deberes conyugales son auténticos deberes jurídicos, incluidos en el Código civil entre los efectos del matrimonio y su incumplimiento puede dar lugar a un daño resarcible, teniendo además en cuenta que se ha eliminado su principal efecto o consecuencia jurídica de su trasgresión, como es ser causa de separación o divorcio, por lo que si no se quiere privar de su trascendencia jurídica, se debe posibilitar su resarcibilidad. Además se señala que, la mencionada Ley 15/2005 refuerza la juridicidad de los deberes conyugales, pues se añade un nuevo deber⁴¹.

Ahora bien, una parte importante de la doctrina, aunque no considera indemnizable el incumplimiento del deber de fidelidad, sí, en cambio, la ocultación de la no paternidad biológica del hijo como daño autónomo⁴². Lo que resulta lógico y procedente.

En este contexto, la citada Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de noviembre de 2018 en línea con el denominado principio de inmunidad, ha negado que sea resarcible tanto el incumplimiento del deber de fidelidad, como la ocultación de la verdadera paternidad argumentando al respecto que «no se niega que conductas como esta sean susceptibles de causar un daño.

Lo que se niega es que este daño sea indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, a partir de un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar». Si bien tal planteamiento no significa que, determinados incumplimientos conyugales conlleven indemnización por el daño causado, en concreto, cuando el comportamiento dañoso de un cónyuge a otro esté tipificado en el Código Penal como delito o falta, o se vulnere alguno de sus derechos fundamentales, es por lo que sostiene que «esta solución no deja sin aplicación el sistema general de la responsabilidad civil prevista en el artículo 1902 del Código civil ni, por supuesto, deja sin sancionar el daño generado por otra suerte de conductas propias del ámbito penal y de los derechos fundamentales. Simplemente, acota el daño indemnizable a supuestos que, en el marco de la relación de matrimonio rota por el divorcio, supuesto en el que tiene encaje el recurso formulado, no tienen su origen en el incumplimiento de los deberes propios del matrimonio, como es el deber de fidelidad del artículo 68 del Código civil, sino en la condición de persona afectada por la acción culpable o negligente de quien lo causa». Es por ello que, atendiendo al principio de especialidad y los remedios específicos previsto en el propio Derecho de familia, considere el Alto Tribunal que, «conductas como la enjuiciada tienen respuesta en la normativa reguladora del matrimonio mediante la separación o el divorcio, que aquí ya se ha producido, y que no contempla la indemnización de un daño moral generado a uno de los cónyuges en un caso de infidelidad y de ocultación y pérdida de un hijo que consideraba suyo mediante la acción de impugnación de la filiación. Se trata de unos deberes estrictamente matrimoniales y no coercibles jurídicamente con medidas distintas, como ocurre con la nulidad matrimonial, a través de una indemnización al cónyuge de buena fe —artículo 98 del Código civil—. Con una regulación, además, tan específica o propia del derecho de familia, que permite obtener, modificar o extinguir derechos como el de la pensión compensatoria del artículo 98 del Código civil, o decidir sobre la custodia de los hijos habidos de la relación matrimonial, al margen de esta suerte de conductas, pues nada se dice sobre las consecuencias que en este ámbito tiene la desatención de los deberes impuestos en el artículo 68 del Código civil». Y concluye que «es cierto que la sentencia ha relacionado el daño no con la infidelidad matrimonial (normalmente oculta), sino con la ocultación de los efectos de la infidelidad, en este caso de un hijo que se ha tenido como tal sin serlo (los efectos pueden ser otros). Al margen que lo que lleva a la ocultación es el incumplimiento del deber de fidelidad, razones análogas a las expuestas en relación con este incumplimiento, resultan de aplicación cuando la conducta generada causante del daño es la ocultación de la filiación». En esencia, se decanta, en la línea ya marcada por anteriores sentencias, por desestimar la indemnización por daño moral derivado del incumplimiento del deber de fidelidad y de la ocultación de la paternidad, pues, tiene ya una respuesta específica en la normativa de Derecho de familia, en concreto en la matrimonial, como es solicitar la separación o el divorcio. Estamos ante unos deberes estrictamente matrimoniales y no coercibles jurídicamente con unas medidas distintas de las expresamente previstas en la normativa indicada. En esencia, el daño derivado de la ocultación de la paternidad no puede ser indemnizado mediante el ejercicio de acciones de responsabilidad civil contractual o extracontractual, pues, partimos de *«un juicio de moralidad indudablemente completo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar»*.

III. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA-CONTRACTUAL

El artículo 1902 del Código civil que consagra la responsabilidad civil subjetiva o por culpa se requiere que, se pruebe la culpa o negligencia para que el causante del daño los repare, aunque en ocasiones se ha inclinado hacia la objetivización mediante la aplicación de la doctrina del riesgo, sin que sea posible su aplicación a la adopción de un modelo semejante en el ámbito del Derecho de familia, pues, además no hay norma que, la imponga⁴³.

En este supuesto, los criterios de imputación en la doctrina y la jurisprudencia se sustentan, por un lado, en considerar aplicable el artículo 1902 del Código civil apreciando dolo en la actuación de la demandada, identificada con mala fe, al tener conocimiento cierto de la no paternidad desde el mismo momento del embarazo, por lo que, en estos casos, se pone el énfasis en la ocultación dolosa de la paternidad y en la gravedad del daño que esta produce y no en el incumplimiento del deber conyugal de infidelidad. Se requiere en estos casos un plus de responsabilidad; de ahí la exigencia de dolo⁴⁴ y que opere cuando hay conocimiento cierto de la madre y no meros indicios⁴⁵. A este criterio de imputación se equipara la culpa grave⁴⁶.

Por otro lado, se entiende que, también hay responsabilidad en la conducta culposa o negligente de la exesposa infiel, en unos casos por la propia infidelidad, en otros por incumplir con un deber de información, esto es, cuando omite la información relativa a las dudas sobre la paternidad biológica derivado del hecho de haber mantenido relaciones sexuales fuera del matrimonio y durante la concepción. Se presume que en estas circunstancias la exesposa sabe o puede saber que existe más de una paternidad posible. En consecuencia, debe hacer todo lo razonable para determinar la verdadera paternidad biológica, entre otras actuaciones, practicar las correspondientes pruebas de ADN —dada la facilidad en la actualidad para el acceso a tales pruebas— por lo que, su no realización determina una conducta negligente en la exesposa⁴⁷. De todas formas, esta obligación de informar sobre la oportunidad o sus dudas, se entiende correlativa al interés del marido en conocer su verdadera paternidad legal⁴⁸. Por tanto, en ambos supuestos procede la aplicación del artículo 1902 del Código civil y la indemnización por daños morales (psicológicos al conocer la no paternidad) y patrimoniales⁴⁹. No obstante lo dicho, se ha entendido que, imponer un deber de información a la mujer y sancionar el incumplimiento del mismo, considerando su conducta como negligente, implica una cuestión de género. Así MONTERROSO CASADO señala que «imponer solo a la mujer un canon de diligencia que le obligue a confesar su infidelidad, además de ser discriminatorio, afecta, en último extremo, al interés del menor y a la propia unidad familiar»⁵⁰. También, MARTÍN CASALS y RIBOT IGUALADA manifiestan que «la imposición de un supuesto deber de información acerca de las dudas sobre la paternidad únicamente a la mujer resulta desproporcionado, ya que la situación misma genera dudas, sin necesidad que la mujer tenga que revelar su vida sexual extramatrimonial». De todas formas, «el sesgo de género de este grupo de casos se percibe también en relación con la prueba de conocimiento de otros indicios de los que se desprendería el carácter extramatrimonial de la filiación»⁵¹.

Ahora bien, no faltan autores que defendiendo la aplicación de las reglas generales de responsabilidad civil, entiende que debe realizarse atendiendo a la diligencia exigible conforme el artículo 1104 del Código civil. Así, como precisa BARCELÓ DOMENECH «ante la ausencia de normas específicas, debe acudir

a los artículos 1902 y 1104 del Código civil que, a su juicio, son aplicables en estos casos». Así «la diligencia exigible en la responsabilidad civil extracontractual es la diligencia de un “buen padre de familia”, adaptada a las circunstancias del caso. Se parte de un modelo ideal abstracto (art. 1104.II) que necesita ser adaptado a las particularidades del supuesto enjuiciado, como son la naturaleza de la obligación y las circunstancias de personas, tiempo y lugar (art. 1104.I). Es el momento de juzgar los intereses y bienes protegidos, las cualidades de dañador y dañado, que son factores importantes para la adaptación del modelo abstracto». Por lo que «la interpretación conjunta de los artículos 1902 (responsabilidad por culpa y por dolo) y 1104 (adaptación a las circunstancias del modelo de buen padre de familia) son los datos normativos que deberá manejar el intérprete para ir resolviendo las demandas de responsabilidad civil por daños causados en el ámbito familiar». Por lo que, concluye el autor «entendiendo que el artículo 1104 da cabida a todas las diligencias les presta, de manera que, en lugar de sostener que nuestro Código civil ha acabado con la tripartición de culpas o pluralidad de modelos, lo que realmente ha hecho es integrarlos todos en el tipo único»⁵². O, simplemente consideran que, la aplicación del artículo 1902 del Código civil opera respecto de conductas no tipificadas por el derecho de familia que produzcan daño en este ámbito⁵³; o, en fin, entienden que, se genera responsabilidad civil, si el incumplimiento de los deberes conyugales es de tal magnitud que a través de él, se dañan derechos fundamentales o bienes de uno de los cónyuges y siempre que concurra una conducta dolosa⁵⁴.

Si bien, en este contexto, no faltan resoluciones que, siguiendo la línea marcada por el Tribunal Supremo en las diversas sentencias señaladas, consideran inaplicable el artículo 1902 del Código civil a los daños derivados de la ocultación de la paternidad, al no apreciar dolo en la conducta de la demandada, ya sea la madre, o, en su caso, el padre biológico, una vez determinada su paternidad⁵⁵, ni tampoco culpa o negligencia de la exesposa —si ha manifestado sus dudas sobre la paternidad biológica del hijo a su pareja, o realiza el test de ADN para comprobar la paternidad—⁵⁶. O se indica que, «la procedencia de la responsabilidad se haya condicionada a que se produzca un comportamiento conyugal que por su intrínseca gravedad o por alteración sea capaz no solo de romper el equilibrio de la relación conyugal, sino también de dañar derechos fundamentales o bienes del otro cónyuge que no sean considerados indignos de tutela por el ordenamiento», esto es que el incumplimiento del deber conyugal «sea de tal magnitud que a través de él se dañan derechos fundamentales o bienes de uno de los cónyuges y siempre y cuando sea doloso»⁵⁷.

En todo caso, los criterios de imputación por dolo o culpa no operan cuando no hay ocultación de la paternidad al existir un hecho que, lo impide, como la separación de hecho de los progenitores en el momento de la concepción⁵⁸; o simplemente, se ha negado la indemnización ante la ausencia de daño en el demandante⁵⁹.

Por otra parte, tratándose de la ocultación de la paternidad biológica en el ámbito de una relación de pareja, recientemente se ha pronunciado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 8.ª, de 24 de mayo de 2019⁶⁰ que estima parcialmente el recurso de apelación planteado por el exmarido, pues, el Juzgado de Primera Instancia número 19 de Madrid en sentencia de 11 de julio de 2018 había desestimado su demanda dirigida no solo frente a su exesposa, sino también al verdadero padre. Según los hechos sobre los que se sustenta la citada resolución, durante el noviazgo del demandante y la demandada —D.ª Delfina—, esta tuvo relaciones sexuales esporádicas con una tercera persona —piloto de la

compañía aérea en la que trabajaba—, por lo que las dudas sobre la paternidad era una realidad por ella conocida. Pese a ello, no comunicó las mismas a su novio como exige la actuación de buena fe, sino que le manifestó que estaba embazada, lo que motivó que contrajeran matrimonio el 6 de marzo de 2010, naciendo la menor el 2 de agosto de este mismo año. El actor señaló que, después de casarse empezó a sospechar de infidelidad de su esposa, pues, esta recibía llamadas y mensajes de un compañero de trabajo. Tras manifestar la demandada que iba a solicitar el divorcio, el padre real se hizo la prueba pertinente, y aun teniendo la certeza que su marido no era el verdadero padre, ocultó dicha información, permitiendo que la relación paterno-filial del padre no biológico se mantuviera por más tiempo; por lo que, entiende la Audiencia que esta falta de comunicación de las dudas sobre la paternidad biológica de la menor, tanto en el momento de conocer que está embarazada, como posteriormente cuando tuvo conocimiento cierto de que el padre biológico era otra persona, supone un comportamiento o conducta culposa de la mujer, generando un daño, lo que abre la vía al resarcimiento contemplado en el artículo 1902 del Código civil, sin que se entienda que esta conclusión es contraria a la doctrina jurisprudencial existente en la materia, pues, como establece la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018 lo que niega el Alto Tribunal es que el daño causado por la ocultación de los efectos de la infidelidad en el ámbito matrimonial. Por otra parte, con respecto a si la ocultación de las dudas sobre la paternidad biológica puede suponer un incumplimiento de los deberes impuestos a los cónyuges en el Código civil, en concreto del deber de fidelidad (art. 68), dispone la Audiencia que, en este caso no opera, pues, la relación mantenida entre Doña Delfina y D. Luis Pablo por la que se concibió a la niña fue anterior al matrimonio de Doña Delfina y D. José Ángel y simplemente eran novios y para las relaciones de «noviazgo» no existe regulación legal alguna, por lo que si uno de los miembros de la pareja realiza una conducta (en el presente caso, ocultar la dudas sobre la paternidad) que causa daño (frustración y dolor por la pérdida de la relación paternal considerada existente y del proyecto de vida en común con la menor) y que está causalmente relacionado (pues Doña Delfina hubiera comunicado que había mantenido relaciones sexuales simultáneas en el tiempo también con D. Luis Pablo el hecho de haber asumido una conducta propia la paternidad no se habría producido), este actuar de Doña Delfina, reitera la Audiencia, debe calificarse de culposo, pues no procedió con la diligencia que el caso requería. El demandante reclama indemnización, puesto que tras conocer que no es padre biológico de la menor, padece un sufrimiento que le ha hecho seguir un tratamiento psicológico y psiquiátrico, aportando al procedimiento la documentación que así lo acredita. La Audiencia confirma su solicitud, al existir no solo partes médicos, sino también la declaración en la vista de los médicos que le asistían. Por lo que probadas las bajas laborales y las dolencias se concede por este concepto la suma de 12.194,42 euros. En cuanto a la indemnización por daño moral, citando la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de febrero de 2001 y el concepto de daño moral que la misma establece, entiende que, aunque, no es fácil cuantificar en estos casos el daño y tampoco resulta posible aplicar el baremo para la indemnización por muerte previsto en el ámbito de la circulación, no es menos cierto que, en este supuesto ha tenido lugar una pérdida traumática de la relación paterno-filial y aunque esta ya no existe, ni el derecho-deber de estar en su compañía, ni de atender a su educación o crianza, no obstante, se puede convenir un régimen de visitas que atempere dichas circunstancias. Por lo que tomando en consideración el profundo dolor y vacío emocional que, provocan los hechos y las circunstancias del caso, cifra en 50.000 euros la indemnización por daño moral.

En cuanto a la cuantía reclamada por el Sr. Luis Pablo por enriquecimiento injusto y abuso del derecho con el fin de reembolsar los alimentos de la menor desde su nacimiento, la Audiencia rechaza esta pretensión, aplicando la doctrina del Tribunal Supremo fijada en la sentencia de 13 de noviembre de 2018, al entender que el demandante tenía la obligación de prestarlos.

Ahora bien, el demandante había interpuesto su demanda no solo contra la madre de la niña, sino también contra el padre biológico y actual pareja de la mujer, si bien, la Audiencia rechaza la responsabilidad de aquel al considerar que no tenía ninguna obligación de comunicar al demandante sus dudas y/o posterior certeza sobre su paternidad biológica, ni tampoco estaba obligado a interponer demanda de filiación en el momento en que tuvo conocimiento de los hechos, habiéndola ejercitado cuando se produjo la ruptura de la convivencia matrimonial.

IV. DAÑOS RESARCIBLES: TIPOLOGÍA, VALORACIÓN Y CUANTIFICACIÓN

En estos supuestos, se plantea la existencia de daños de carácter extrapatrimonial y de carácter patrimonial⁶¹. Entre los primeros, se encuentran los daños morales derivados del ocultamiento de la paternidad que conlleva la pérdida del vínculo legal de la filiación, y también los daños en la fama, el honor, intimidad o en la reputación del padre no biológico⁶². Entre los patrimoniales, se destaca el reembolso de los gastos pagados en concepto de alimentos, los gastos derivados del ejercicio del derecho de visitas, de la prueba de paternidad, o de los tratamientos médicos y psicológicos que se derivan de tal situación, o en fin, las costas del procedimiento de impugnación de la paternidad.

Respecto a los daños morales o extrapatrimoniales, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de diciembre de 2003⁶³ indica que: «Nuestro Código civil no contempla la indemnización por daños morales, si bien su artículo 1107 impone el resarcimiento de «todos» y ha sido la jurisprudencia casacional civil, que se invoca infringida en el motivo segundo —que ha de estudiarse conjuntamente con el tercero por infracción de los artículos 1101 y 1106 del Código civil— la que ha ido elaborando doctrina continuada y progresiva sobre su procedencia ya desde las antiguas Sentencias de 6 de diciembre de 1912 y de 19 de diciembre de 1949, declarando que si bien su valoración no puede obtenerse de pruebas directas y objetivas, no por ello se ata a los Tribunales y se les imposibilita legalmente para poder fijar su cuantificación, cuando efectivamente han concurrido (Sentencias de 3 de junio de 1991; 3 de noviembre de 1995; 21 de octubre de 1996; y 19 de octubre de 2000) y a tales efectos han de tenerse en cuenta y ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso, pues lo que se trata precisamente no es de llevar a cabo una reparación en el patrimonio, sino de contribuir de alguna manera a sobrellevar el dolor y angustia de las personas perjudicadas por el actuar injusto, abusivo o ilegal de otro». Asimismo, la Sentencia este mismo Alto Tribunal y Sala, de 22 de febrero de 2001⁶⁴ conceptúa el daño moral como «todas aquellas manifestaciones psicológicas que padece o sufre el perjudicado —o persona allegada al mismo por vínculos afectivos o parentales—, por el acaecimiento de una conducta ilícita, y que por su naturaleza u ontología, no son traducibles en la esfera económica». Y añade que puede entenderse como daño moral «en su integración negativa toda aquella detracción que sufre el perjudicado damnificado y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad que, por naturaleza, no cabe incluir, en los daños materiales porque estos

son aprehensibles por su propia caracterización y, por lo tanto, traducibles en su «*quantum* económico», sin que sea preciso ejemplarizar el concepto; tampoco pueden entenderse dentro de la categoría de los daños corporales, porque estos por su propio carácter, son perfectamente sensibles, y también, por una técnica de acoplamiento sociocultural, traducibles en lo económico (...). En cuanto a su integración positiva, hay que afirmar —siguiendo esa jurisprudencia—, que por daños morales habrá de entenderse categorías anidadas en la esfera del intimismo de la persona, y que, por ontología, no es posible emerjan al exterior; aunque sea factible que, habida cuenta la ocurrencia de los hechos (en definitiva, la conducta ilícita del autor responsable) se puede captar la esencia de dicho daño moral, incluso, por el seguimiento empírico de las reacciones, voliciones, sentimientos o instintos que cualquier persona puede padecer al haber sido víctima de una conducta transgresora fundamento posterior de su reclamación por daños morales»⁶⁵.

Igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de octubre de 2015⁶⁶ define daño moral como «un menoscabo tanto en el ámbito moral en estricto sentido, como del ámbito psicofísico; identificándose con los sufrimientos, padecimientos o menoscabos que no tienen directa o secuencialmente una traducción económica». Por su parte, la Sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 5 de junio de 2008⁶⁷ dispone que «Actualmente predomina la idea de daño moral, representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultando, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cuanto si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, honestidad, muerte de la persona allegada, destrucción de objetos muy estimados por su propietario, etc.). De ahí que, ante, frente o junto de la obligación de resarcir surge de los daños patrimoniales, traducido en el resarcimiento económico o dinerario del «*lucre cesans*» y/o «*damnum emergens*», la doctrina jurisprudencial haya arbitrado y dado carta de naturaleza en nuestro derecho a la reparación del daño o sufrimiento moral, que si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado»; y añade que «los daños morales en sí mismo carecen de valor económico, no por eso dejan de ser indemnizables, conforme a una conocida y reiterada jurisprudencia civil, en cuanto actúan como compensadores en lo posible de los padecimientos psíquicos irrogados a quien se puede considera víctima y aunque el dinero no actúe como equivalente, que es el caso de resarcimiento de daños materiales, en el ámbito del daño moral la indemnización al menos palía el padecimiento en cuanto contribuye a equilibrar el patrimonio, permitiendo algunas satisfacciones para neutralizar los padecimientos sufridos y la afección y ofensa que se implantó, correspondiendo a los Tribunales fijarlos equitativamente».

Se reconoce que el daño moral constituye una noción dificultosa, relativa e imprecisa; si bien, iniciada su indemnización en el campo de la culpa extracontractual, se ha ampliado al ámbito contractual, adoptándose una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que, limitaban su aplicación a la concepción clásica del «*pretium doloris*» y los ataques a los derechos de la personalidad⁶⁸. En todo caso, corresponde al tribunal de instancia su fijación, si bien procede la revisión casacional de las bases en que se asiente la cantidad indemnizatoria, cuando las razones tenidas en cuenta para su determinación no se presentan dotadas de la consistencia fáctica y jurídica necesaria y adolecen de desajustes acusados a una racionalidad media⁶⁹.

Por otra parte, el daño moral al igual que, el patrimonial ha de ser probado. En la responsabilidad extracontractual, la carga de la prueba incumbe al dañador o causante del ilícito; y dentro del daño moral será la víctima quien acredite, o por lo menos, exponga o exteriorice la realidad del mismo: ese sufrimiento, dolor, zozobra, inquietud, o desazón que padece.

En este contexto, en algunas resoluciones de la materia objeto de análisis, se equipara el descubrimiento de la verdad biológica a la pérdida física de los hijos, de un ser querido⁷⁰; en otras, los perjuicios morales derivados de la falsa paternidad se conectan con la pérdida de la relación paterno-filial hasta entonces existente; o en el impacto psíquico o emocional derivado del conocimiento de la no paternidad; o, en fin, se alude al estado de frustración, desasosiego y sufrimiento de quien descubre su no paternidad y de la ruptura del vínculo paterno-filial⁷¹.

Ahora bien, a la hora de valorar los daños derivados de la pérdida del vínculo biológico con el hijo, habrá de tenerse en cuenta entre otras posibilidades, el hecho que, aun habiéndose impugnado la filiación, no tenga lugar una ruptura completa de la relación afectiva⁷², pudiéndose acordar, si procede, un derecho de visitas del padre no biológico como allegado⁷³; o, incluso y de forma excepcional, se le puede otorgar la guarda y custodia de su hijo no biológico⁷⁴ —englobado en lo que la doctrina califica de concepción social de la paternidad o paternidad social—⁷⁵. O, en fin, habrá de tenerse también en cuenta a la hora de determinar si procede o no la indemnización por la pérdida de relación con el hijo, si es el propio progenitor no biológico el que decide *motu proprio* poner fin a la relación con el hijo/a, o es este/a quien decide romper con su padre no biológico⁷⁶.

En todo caso, corresponde al juez a la hora de cuantificar los daños morales derivados de la ocultación de la paternidad, y, en su caso, de la pérdida de la relación con los hijos, ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso⁷⁷. De todas formas, la doctrina y la jurisprudencia fija como posibles criterios para fijar el *quantum* indemnizatorio: el número de hijos extramatrimoniales, los años que ha durado el engaño o la ocultación, el tiempo que ha perdurado la convivencia con el hijo o los hijos que creía suyos, la posibilidad o no de mantener un vínculo paterno filial con ellos en un futuro, y la gravedad de los daños⁷⁸. *Quantum* indemnizatorio que, no obstante, varía, atendiendo a cada caso concreto, y que resulta en unos supuestos muy elevado y en otros de escasa cuantía⁷⁹.

Por otra parte, se suelen acreditar los daños morales mediante la aportación de pruebas periciales —informes médicos y psicológicos— en los que se concretan los posibles daños físicos o psíquicos, o la certificación de una baja laboral temporal o definitiva proveniente de su propia situación personal y familiar⁸⁰.

En cuanto a los daños patrimoniales, como hemos precisado en líneas precedentes, se concretan en el abono, por un lado, de la prueba de paternidad que, en unos casos, la asumen ambos cónyuges y en otro caso, corresponde en su totalidad a la exesposa causante del engaño⁸¹; por otro lado, de los gastos derivados del desplazamiento del progenitor no biológico para cumplir con el régimen de visitas establecidos; en la solicitud del reembolso de la totalidad de las cantidades satisfechas en concepto de alimentos que, trataremos en el siguiente apartado de nuestro estudio; y las costas del juicio.

Finalmente, nos parece acertada la propuesta de MARTÍN CASALS y RIBOT IGUALADA de diferenciar lo más claramente posible entre lo que es la lesión de un interés jurídico protegido, denominado normalmente «daño» y lo que es consecuencia de la lesión de ese interés, denominado normalmente «perjuicio»⁸². Lo que coincide con la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil que, definen en el artículo 5191-3 daño como «cualquier lesión

o menoscabo de un bien jurídico, ya sea un derecho o ya sea un interés jurídicamente protegido»; y en el artículo 5192-1 como daños resarcibles «tanto los daños patrimoniales como extrapatrimoniales».

V. LA DEVOLUCIÓN O REEMBOLSO DE LAS CANTIDADES ABONADAS EN CONCEPTO DE ALIMENTOS.

Ante el ejercicio de una acción de impugnación de la paternidad o estimada esta, o ante una acción de resarcimiento por ocultación de la paternidad, cabe plantear si es posible reclamar la restitución de las pensiones de alimentos abonadas por el progenitor que resulta no ser el padre biológico sobre la base de que estamos ante un supuesto de cobro de lo indebido y de la eficacia retroactiva de la filiación (art. 112 CC). En la doctrina se han pronunciado al respecto por un lado, considerando que, la determinación de la filiación carece de efectos retroactivos en relación con los apellidos, la patria potestad o los alimentos; si bien en relación a estos, quien ha pagado los alimentos puede dirigirse contra el otro progenitor para recobrarlos por la vía del enriquecimiento injusto derivada del artículo 1895 del Código civil⁸³. En consecuencia, desde tal posición doctrinal se viene a admitir la devolución con carácter retroactivo de los alimentos entregados a un hijo menor, como consecuencia de una sentencia que declare la inexistencia de relación paterno-filial precedida de un proceso de impugnación de aquella, que hace desaparecer la obligación *ex tunc*. Y, por otra, se ha negado que, los alimentos prestados o las cantidades satisfechas para la atención del tenido por hijo constituyan donación o pago de lo indebido, sino que representan el cumplimiento de obligaciones derivadas de la filiación⁸⁴. De todas formas, no faltan quienes planteándose la cuestión, sin embargo, no se ha pronunciado ni posicionado al respecto⁸⁵. Igual, falta de consenso tiene lugar en el seno de la jurisprudencia emanada de nuestras Audiencias Provinciales, donde se ha generado también un importante debate.

En respuesta a esta situación controvertida, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en Sentencia del Pleno de la Sala Primera de lo Civil, de 24 de abril de 2015⁸⁶ se ha pronunciado de forma expresa sobre el reembolso de cantidades satisfechas en concepto de pensión de alimentos tras declararse la inexistencia de relación filial en cuanto a la obligación de devolver alimentos cuyo importe había sido fijado previamente en una sentencia de divorcio y su no encaje en el artículo 1895 del Código civil como un supuesto de cobro de lo indebido y, por ende, en la retroactividad de los efectos de la sentencia que estima la impugnación de la filiación matrimonial. La sentencia cuenta con el voto particular de dos magistrados que consideran que la situación del caso se ajusta a la previsión legal contenida en el artículo 1895 del Código civil, y, por tanto, entienden que, el recurso de casación debió ser estimado. Así en su *fundamento de derecho primero* la Sala tras señalar que: «(...) es innegable que, en situación normal, un pago indebido genera un derecho de crédito en favor del pagador a la devolución de lo indebidamente satisfecho» e, indicar los presupuestos necesarios para que exista cobro de los indebido, manifiesta que «la no devolución tiene su origen en la vieja Sentencia de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las Sentencias de 30 de junio de 1885, y de 26 de octubre de 1897, que establecieron que los alimentos no tienen efectos retroactivos, «de suerte que no puede obligarse a devolver, no en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades parentorias de la vida». No se devuelven los alimen-

tos como tampoco se devuelven los demás efectos asociados a estos derechos y obligaciones propias de las relaciones de los padres con sus hijos mientras se mantengan». Argumentan también que «el derecho de alimentos de la hija existía, por tanto, por el hecho de haber nacido dentro del matrimonio y como consecuencia de esa apariencia de paternidad el padre hizo frente a todas las obligaciones que le correspondían, entre las que se encontraba no solo la manutención económica, sino la de velar por ella, tenerla en su compañía, educarla, formarla, representarla y administrar sus bienes, por tanto, los pagos se hicieron como consecuencia de una obligación legalmente impuesta entre quien paga y quien se beneficiaba de dicha prestación y, es efectiva hasta que se destruye esta realidad biológica mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial, lo que hace inviable la acción formulada de cobro de lo indebido». Igualmente, manifiesta que «conforme al artículo 112 del Código civil «la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar», y «su determinación legal tiene efectos retroactivos, siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquellos y la ley no disponga lo contrario»; efecto retroactivo de la determinación legal de la filiación que opera cuando este sea positivo para el menor, pero no en el supuesto contrario, como sucede en otros casos, como el de extinción de la adopción (art. 180.3 CC «la extinción de la adopción no es causa de pérdida de la nacionalidad ni de la vecindad civil adquiridas, ni alcanzar a los efectos patrimoniales anteriormente producidos»); en el de la declaración de nulidad del matrimonio (art. 79 CC: «la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos...»), o en el supuesto de fallecimiento del alimentante (art. 1483 CC: «se verificará el pago por meses anticipados y cuando fallezca el alimentista, sus herederos no estarán obligados a devolver lo que este hubiese recibido anticipadamente») y como también resulta de la propia jurisprudencia respecto al carácter consumible de los alimentos o de sentencias como la de 18 de noviembre de 2014 conforme a la cual la extinción de la pensión alimenticia de un hijo mayor de edad no puede tener efecto retroactivos desde la fecha de la demanda de modificación de medidas, sino desde el día siguiente de notificada la sentencia dictada por la Audiencia Provincial».

Finalmente, pone en evidencia «el riesgo de trasladar sin más determinadas acciones, como la que ahora se enjuicia al ámbito de las relaciones familiares para fundar un derecho de crédito al margen de las reglas propias que resultan de la filiación, de la propia consideración del matrimonio y de la familia, y, en definitiva, de un entramado de relaciones personales y patrimoniales que no es posible disociar».

Sobre tales bases, el Tribunal Supremo declara no haber lugar el recurso de casación interpuesto por el demandante, se mantiene la sentencia recurrida que, afirmaba que en los casos como el presente la vía de reclamación es la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código civil, si bien por los motivos expuestos y no por los argumentos que en aquella sentencia se esgrimían.

La sentencia cuenta con el voto particular de dos magistrados que consideran que la situación del caso se ajusta a la previsión legal contenida en el artículo 1895 del Código civil —en la línea, con la primera de las posiciones adoptadas en el seno de las Audiencias Provinciales— y, por tanto, consideran que, el recurso de casación debió ser estimado⁸⁷.

Sobre tales bases, la cuestión que se plantea ante el Tribunal Supremo consiste en determinar si es posible admitir que estamos ante un supuesto de cobro de lo indebido del artículo 1895 del Código civil, y, por tanto, solicitar la devolución con carácter retroactivo de los alimentos satisfechos a una hija menor;

habiéndose declarado judicialmente que no existe relación paterno filial, lo que conlleva la desaparición de dicha obligación «*ex tunc*». No cabe duda que la hija había nacido en el seno del matrimonio, presumiéndose la paternidad del marido (arts. 113 y 116 CC y art. 235.1 Código civil catalán) e, inscrita en el Registro Civil como hija de aquel. La determinación de la filiación matrimonial y por ende, la relación paterno-filial constituida supone entre otros efectos la asunción del deber de alimentos de los progenitores. De forma que, el derecho de alimentos de la hija existía antes de la sentencia de divorcio como después, concretada en la pensión de alimentos. Las cantidades abonadas por ambos progenitores se hicieron en tal concepto. Ahora bien, también es cierto que, el padre desconocida la no paternidad biológica, pues, creía que era hija suya. Hay que partir de varios elementos básicos para que opere el cobro de lo indebido: la existencia de un pago efectivo, hecho con la intención de extinguir la deuda; inexistencia de obligación entre el *solvens* —que paga— y el *accipiens* —el que recibe—; y error en el *solvens*. Y se establece como supuesto *indebitum ex causa*, pues, se presume que hubo error cuando se entrega una cosa que nunca se debió. Por otra parte, la reclamación del padre se sustancia en la cantidad de 19.285,82 euros, desde el inicio del convenio regulador (diciembre de 2002) hasta el 23 de marzo de 2009 fecha de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca por la que se confirma la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Tarancón de 24 de septiembre de 2008 donde se estima la demanda de impugnación de la filiación matrimonial. Pero lo cierto es que, tan indebidos se pueden considerar estos pagos como los anteriores abonados durante la convivencia conyugal. Sin embargo, solo se reclama lo que pagó por sentencia tras la ruptura matrimonial, lo que en sí mismo puede resultar incongruente, pues, ambos cónyuges, tanto antes como ahora divorciados, seguían comprometidos al pago de los alimentos por deber de patria potestad. Para el Tribunal Supremo, estas reglas del cobro de lo indebido no se puede trasladar en materia de alimentos para conceder legitimación activa al alimentante, que alimentó a una hija que luego se demostró que no era suya, para que se le restituyera lo abonado, y pasiva frente al otro progenitor que, lo aplicó a la alimentación de la hija común, y no en su propio beneficio, como tampoco para considerar que hubo error al pagarlos, por lo que no puede solicitarse la devolución de los alimentos por todo el periodo de vida de la niña, ni por supuesto, por el que ahora se reclama, por el hecho de que no coincide la paternidad real, basada en la realidad biológica, con la formal. Frente a ello, el voto particular de dos los magistrados señalan la existencia de un *indebitum ex causa* que determinan la existencia de una voluntad viciada por error ante la creencia del padre que, la hija nacida constante matrimonio era suya y, como tal, cumplió con el deber de alimentos, lo que, ha beneficiado patrimonialmente a los deudores solidarios de alimentos que, son los verdaderos progenitores biológicos; y, asimismo, la satisfacción por parte del marido de una obligación de alimentos sin justa causa para ello.

Ciertamente la base principal de la filiación descansa en la verdad biológica y quienes son los progenitores asumen el deber de alimentos. El hecho de no ser padre biológico establecido en la correspondiente sentencia impugnatoria de la filiación, determina que, haya pagado algo que no debía, en la creencia errónea de que estaba obligado y, puede solicitar la reclamación de lo indebidamente pagado de quien, patrimonial y personalmente es responsable como es la madre y, por ende, del otro progenitor biológico. Por lo que, entendemos en la línea expuesta por los magistrados que sustentan el voto particular que, es posible que opere en el ámbito de las relaciones familiares, la existencia de

un cobro de lo indebido en materia de alimentos sobre la base de una responsabilidad patrimonial predicable de cada uno de los institutos de Derecho de familia. Ahora bien, respecto del alcance retroactivo o no de los efectos de la sentencia estimatoria de la impugnación de la filiación matrimonial, la mayoría de los miembros de la Sala consideran que, los alimentos se deben a la menor hasta que se declara judicialmente que, el demandante no era padre. Lo que supone defender que, dicha sentencia estimatoria de la impugnación no tiene efectos retroactivos en materia de alimentos. Sin embargo, los magistrados que firman el voto particular, se refieren al alcance declarativo y por tanto, *ex tunc* que caracteriza el ejercicio de la impugnación de la filiación matrimonial que, necesariamente declara la ausencia del presupuesto causal de la filiación desde su inicial determinación, sin intervalos o espacios intermedios al respecto. Aunque matizan y, por eso justifican que, no se reclamen los alimentos desde la determinación de la filiación, sino desde la sentencia de divorcio hasta la que estima la impugnación, al afirmar que, la retroacción de efectos permite cierta modulación en consideración, exclusivamente, del menor afectado y no respecto de la madre y su posible responsabilidad en la falsa determinación inicial de la paternidad. También inciden para determinar la exigencia de responsabilidad patrimonial de la mujer respecto de la obligación de alimentos que, cobró indebidamente en el comportamiento doloso, en la mala fe de la mujer —aunque no es requisito para que opere el cobro de lo indebido⁸⁸— que, tras convencer a su marido para que se sometiera a un tratamiento de fertilidad, mantuvo mientras tanto relaciones extramatrimoniales que, dieron lugar al nacimiento de la hija. En fin, precisan que la acción no se dirige contra la alimentista sino contra la persona que estaba obligada a prestar alimentos y no lo hizo; de ahí que, entiendan que la devolución de alimentos que han sido consumidos no representan una pretensión a deducir contra quien, precisamente los ha consumido, sino contra el obligado a darlos. En consecuencia, si este no los presta y sí el demandante, la cuantía abonada por este, supone que el obligado a darlos se ha enriquecido injustificadamente en perjuicio del demandante. Al respecto, recordemos que, los términos en que se expresan los magistrados disidentes «impugnada con éxito la filiación matrimonial, la consecuencia innegable que se deriva es que el marido nunca tuvo la condición de padre respecto del hijo. Alcance cuya retroacción de efectos, si bien permite cierta modulación como señala la sentencia, lo es en consideración, exclusivamente, de la madre y de su posible responsabilidad en la falsa determinación inicial de la paternidad o en las consecuencias derivadas de su propia patria potestad respecto de su hijo»⁸⁹. Nos parece adecuada la postura de los magistrados disidentes que, operan en la línea de posibilitar un reembolso de alimentos, si bien, con un límite temporal —desde el convenio regulador (diciembre de 2002) hasta la resolución de la impugnación de la filiación (23 de marzo de 2009)—.

En este contexto, la sentencia de 13 de noviembre de 2018 coincide con la doctrina establecida en la citada sentencia de Pleno, de 24 de abril de 2015 en el sentido de negar la procedencia de la devolución. Si bien, en esta sentencia se resolvió con base en el artículo 1895 del Código civil relativa de cobro de lo indebido, la de 2018 plantea la devolución al amparo del artículo 1902, configurando la indebida prestación alimenticia a un hijo, que se demostró que no era suyo, como un daño indemnizable, y trasladar la reclamación a las reglas propias de la responsabilidad civil extracontractual con legitimación activa de quien alimentó a ese hijo, para que se le restituya lo abonado, y legitimación pasiva de quien nunca recibió el dinero para sí, es decir, para integrarlo en su

patrimonio, sino para aplicarlo a la alimentación de este hijo. En todo caso, la sentencia de 2015 entendió, como la resolución de apelación que el caso habría de subsumirse no bajo las reglas del cobro de lo indebido, sino bajo las reglas establecidas en el artículo 1902 del Código civil, por lo que la acción estaba prescrita, dado que el actor había tenido perfecto y cabal conocimiento que la hija no era suya, mediante la notificación de la sentencia de 2 de septiembre de 2008, y en cualquier caso, «no existe base jurídica para estimar la acción de reembolso por cobro de lo indebido de pensiones alimenticias» como precisa la citada sentencia de 2015. La sentencia de Primera Instancia, sin embargo, sí había subsumido el deber de restitución bajo las reglas de la «repetición de lo indebido» del artículo 1895 del Código civil tal y como había sido configurada la demanda, y no en el artículo 1902 del Código civil.

Por su parte, en la sentencia de 2018 la devolución no se plantea como una pretensión de cobro de lo indebido, sino como una acción de resarcimiento de daños y perjuicios al amparo del artículo 1902 del Código civil, si bien, en este caso no se aprecia prescripción de la acción, pero, asimismo, no prospera.

No obstante, este distinto planteamiento normativo y de acciones, considera nuestro Alto Tribunal en esta sentencia de 2018 que, la solución va a ser la misma que tuvo lugar en 2015, como resulta de la doctrina de esta Sala y que en lo sustancial es la siguiente:

a) Los alimentos abonados al menor eran consecuencia del ejercicio de una obligación legal derivada de la relación paterno-filial. Así, el niño nace constante la relación de matrimonio y como tal se inscribe en el registro civil, por razón de la presunción de paternidad matrimonial que establecen los artículos 113 y 116 del Código civil, reforzada por la presunción de convivencia del artículo 69, y desde entonces se aplican las normas de protección de la familia a través de una suerte de medidas tanto personales como patrimoniales. Entre otras las que resultan de los artículos 111 y 154 del Código civil, una de las cuales, los alimentos, se extrae del conjunto de obligaciones que integran la patria potestad para reclamar su devolución.

b) Estos alimentos, como las demás obligaciones que integran la potestad de los padres —velar por ellos, tenerlos en su compañía, educarlos, formarlos, representarlos y administrar sus bienes— (art. 154 CC), y el propio hecho de la filiación (art. 111 CC) han surtido sus efectos en cada uno de los momentos de la vida del niño porque la función de protección debía cumplirse y el hijo debía ser alimentado, lo que impide que pueda solicitarse su devolución por el hecho de que no coincida la paternidad real, basada en la realidad biológica, con la formal.

c) En cuanto a la irretroactividad y la no devolución de los alimentos se indica que, tiene su origen en una antigua Sentencia de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las Sentencias de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897, según la cual los alimentos no tienen efectos retroactivos, «de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida». No se devuelven los alimentos como tampoco se devuelven los demás efectos asociados a estos derechos y obligaciones propias de las relaciones de los padres con sus hijos.

d) El derecho a los alimentos del hijo existía, por tanto, por el hecho de haber nacido dentro del matrimonio; y, como consecuencia de esa apariencia de paternidad, el padre hizo frente a todas las obligaciones que le correspondían, entre las que se encontraba no solo la manutención económica, sino la de velar por él, tenerlo en su compañía, educarlo, formarlo, representarlo y administrar

sus bienes. Los pagos se hicieron, en definitiva, como consecuencia de una obligación legalmente impuesta entre quien pagaba y quien se beneficiaba de dicha prestación, y es efectiva hasta que se destruye esta realidad biológica mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial.

e) Para concluir su argumentación, el Tribunal Supremo no recuerda que, respecto a la filiación el artículo 112 del Código civil, «produce sus efectos desde que tiene lugar», y «su determinación legal tiene efectos retroactivos, siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquellos y la ley no disponga lo contrario», como aquí sucede dado el carácter consumible de los alimentos. Por lo que entiende que, no es posible la retroacción de los efectos, pues, los alimentos habían sido consumidos por el menor a lo largo de su vida⁹⁰.

En todo caso, no faltan resoluciones en el seno de las Audiencias que, sostienen que la reclamación de los alimentos abonados por el padre no biológico a quien creía su hijo debe hacerse por la vía del artículo 1902 del Código civil⁹¹; otras que en contra de la doctrina del Pleno del Tribunal Supremo, concretado en esta reciente sentencia de 2018 y la del 2015 entiende que procede la devolución de las cantidades en concepto de alimentos abonados por el padre no biológico a quien se creía su hijo por el cauce del artículo 1895 del Código civil —en línea con el voto particular de la sentencia de 2015—⁹²; y, finalmente, hay sentencias que consideran que, en tanto no se declare que el padre que lo era, ha resultado no serlo, no es de aplicación el cobro de lo indebido, ni la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, pues los alimentos hasta entonces eran debidos. De forma que, el abono de la pensión de alimentos lo es en cumplimiento de una sentencia que así lo determina, y tal deber que tiene su fundamento legal en la filiación misma, no es extingue hasta que recae sentencia firme que declare la no paternidad —en la línea con las sentencias del Tribunal Supremo de 2015 y 2018—⁹³.

Si bien, como manifestaron los magistrados disidente en el voto particular de la Sentencia de 24 de abril de 2015 y que hemos analizado en líneas precedentes, no estamos ante un caso de devolución de alimentos consumidos, además la acción no se dirige contra el alimentista, sino contra la madre de este. Por lo que operar de esta manera, no admitiendo ninguna pretensión restitutoria, se está premiando la impunidad en esta forma de actuación y, en consecuencia, beneficiando al que ocultó la paternidad no biológica en perjuicio de quien la ha sufrido. Me parece acertada la posición de YZQUIERDO TOLSADA de recuperar al menos las cantidades satisfechas a partir de la fecha de la interposición de la demanda de separación o divorcio, a semejanza de lo que sucede en el régimen común de alimentos entre parientes (art. 148.1 CC)⁹⁴, pues, como también aprecia el citado autor en este caso, hay enriquecimiento injusto, pero también resarcimiento⁹⁵.

En este contexto, procede señalar, por un lado que, desde tal planteamiento del Tribunal Supremo, solo a partir de la sentencia firme de separación o divorcio, la pensión alimenticia del hijo se puede recuperar por la vía del artículo 1895 del Código civil; y, por otro lado que, para reclamar contra el padre biológico las cantidades en concepto de alimentos abonados por el padre no biológico por la vía del cobro de lo indebido, resulta necesario la previa determinación de la paternidad respecto del mismo, mediante el ejercicio por aquel de la correspondiente acción de reclamación de la filiación extramatrimonial. Si bien, aun determinada la filiación, no se puede reclamar por el padre no biológico al padre biológico el reembolso de los alimentos desde el nacimiento del hijo, pues, el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en Sentencias de 29 de septiembre y 30 de septiembre de

2016⁹⁶ —en supuestos de reclamación tardía de la paternidad— ha declarado que, la reclamación de alimentos al nuevo padre únicamente puede tener lugar desde la interposición de la demanda de alimentos que, puede tener lugar simultánea o posteriormente a la reclamación de paternidad, aplicando lo dispuesto en el artículo 148.1 del Código civil también a la obligación de alimentos a los hijos menores de edad, sin que pueda reclamarse pensión de alimentos con efectos retroactivos⁹⁷. En todo caso, el artículo 237-5.2 del Código civil catalán permite solicitar los alimentos «anteriores a la reclamación judicial o extrajudicial, hasta un periodo máximo de un año, si la reclamación no se hizo por una causa no imputable a la persona obligada a prestarlos»⁹⁸.

Ahora bien, conviene precisar que, ciertamente frente a la *exesposa* no procede reclamar lo pagado durante la convivencia, pues, existe un deber de contribuir a las cargas familiares (art. 1362 CC en sede de gananciales y art. 1438 del citado cuerpo legal en régimen de separación de bienes)⁹⁹.

VI. *DIES A QUO* EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018 resuelve sobre el plazo de prescripción del ejercicio de la acción de responsabilidad civil, no sobre el plazo de caducidad de la acción de impugnación y precisa que, «es reiterada y pacífica doctrina de esta Sala que la fijación de *dies a quo*, para computar el plazo prescriptivo de la acción, ha de determinarla el juez de instancia con arreglo a las normas de la sana crítica, siendo doctrina también reiterada que la determinación de este día inicial es función que corresponde en principio a la sala de instancia, y que su decisión al respecto, estrechamente ligada a la apreciación de los hechos, es cuestión perteneciente al juicio fáctico, no revisable en casación». Es cierto añade que «también se ha dicho que el hecho de que la apreciación de la prescripción presente, junto al aspecto fáctico, una dimensión jurídica, ha permitido a esta Sala revisar en algún caso la decisión de instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables»¹⁰⁰.

La Sentencia de 14 de julio de 2010 que, recordemos, plantea una reclamación por daño moral y patrimonial sufrido por el marido por el descubrimiento de la infidelidad de su esposa y la ocultación de la paternidad no biológica de su hija durante diecinueve años, distingue a los efectos de aplicar o no la prescripción de la acción entre daño continuado y daño duradero y permanente. No se cuestiona la aplicación del artículo 1968.2 del Código civil y establece en este caso de daño duradero o permanente que «el plazo de prescripción comenzará a correr «desde que lo supo el agraviado», como dispone el artículo 1968.2.º del Código civil, es decir desde que tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su transcendencia mediante un pronóstico razonable, porque de otro modo se daría la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del perjudicado, en el caso de daños personales, o la total pérdida de la cosa, en caso de daños materiales, vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada por el artículo 9.3 de la Constitución y fundamento, a su vez, de la prescripción». Por lo que, «esta, y no la de daños continuados, es la verdadera naturaleza de aquellos cuya reparación se pidió en la demanda interpuesta por el hoy recurrente como lo demuestra el propio planteamiento del motivo, que presenta como continuación o agravación de los daños hechos posteriores a la propia presentación

de la demanda para, después, situar incoherentemente el comienzo del plazo de prescripción en una fecha anterior y, además, prescinde del cuidadoso análisis del tribunal sentenciador; reseñado en el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia de casación, que distingue etapas o fases según los conceptos indemnizatorios de la propia demanda y determina para cada uno de ellos la fecha límite inicial del plazo de prescripción».

De ahí que «en el recurso se opte por centrar la atención en los padecimientos físicos y psíquicos del demandante derivados tanto de la infidelidad de su esposa y del procedimiento de separación conyugal como de la definitiva confirmación de que no era hija biológica suya la joven a quien hasta entonces había tenido por tal. Por eso pretende prolongar el inicio del plazo de prescripción hasta la fecha del informe médico de septiembre de 2005, pero sin rebatir mediante argumento alguno el razonamiento del tribunal sentenciador, compartido ahora por esta Sala, de que dicho informe no viene sino a confirmar el mismo diagnóstico del padecimiento cardíaco del actor-recurrente en el año 2001 que determinó, en el propio año 2001, la implantación de un marcapasos, hecho del que cualquier persona con medianos conocimientos puede deducir que la afección cardíaca será de por vida». Por lo que, «si a todo ello se une que la total confirmación de que el actor-recurrente no era el padre biológico de la referida joven se produjo mediante la notificación de la sentencia de 27 de marzo de 2003 y que la última de las transferencias bancarias de aquel a la demandada tuvo lugar el 3 de noviembre de 2003, necesariamente ha de concluirse que el 15 de noviembre de 2005, fecha de presentación de la demanda, había prescrito la acción para exigir a la demandada indemnización por daños y perjuicios con base en el artículo 1902 del Código civil, pues ni la separación conyugal es en sí misma ilícita, como tampoco lo es que el cónyuge ya separado conviva con otra persona, ni desde luego cabe encuadrar en el concepto de daño continuado, a los efectos jurídicos de que no comience a correr el plazo de prescripción de la acción, el recuerdo más o menos periódico, más o menos intenso u obsesivo, de lo sucedido anteriormente, incluso aunque este recuerdo pueda repercutir en el estado de salud del sujeto, ya que de admitir semejante identificación el inicio del plazo de prescripción se prolongaría indefectiblemente, en todos los casos imaginables, hasta la muerte del propio sujeto, y por ende incluyendo la propia muerte entre los daños imputables al demandado por su conducta en cualquier tiempo pasado»¹⁰¹. En esencia, califica la naturaleza del daño producido en el demandante de daño duradero, por lo que, el plazo de prescripción comienza a correr «desde que lo supo el agraviado» como establece el artículo 1968.2 y, por ello considera prescrita la acción ejercitada¹⁰².

Por su parte, en la Sentencia de 18 de junio de 2012 entiende prescrita la acción en un caso en que el actor pretendía fijar como «*dies a quo*» para la reclamación del daño moral la fecha de la sentencia que resuelve la impugnación de paternidad, por considerar que a partir de ese momento se produjo la pérdida de las hijas. Al respecto entiende el Alto Tribunal que ello no responde a la realidad si atendemos a los hechos probados, ya que en el momento en que se dicta la sentencia de impugnación su estado emocional no sufrió ninguna alteración o quebranto que fuera reseñado en el informe psicológico. De ahí que, se considere que «el daño moral que se reclama no trae causa de la pérdida legal de las hijas conocida mediante la Sentencia de 18 de julio de 2007, que resolvió el procedimiento de paternidad, sino del engaño sobre la forma de concebir a sus dos hijas y el hecho de que tras el divorcio, por decisión de la madre, se fueran a vivir con el padre biológico, situación que le sumió «en una depresión», de la

que fue atendido por el psicólogo clínico D. Isidoro, momento a partir del cual se concretó el daño moral padecido y reclamado». Por lo que, el criterio que adopta el Tribunal Supremo, es fijar un hecho objetivo para el inicio del plazo prescriptivo, y entender que este lo constituye el impacto emocional que deriva del conocimiento de la infidelidad y la falsa paternidad y no de la pérdida del vínculo paterno-filial derivado de la sentencia de impugnación de la paternidad¹⁰³.

Si bien desde tales planteamientos, existe cierta unanimidad en considerar que, el plazo de prescripción tiene lugar desde la fecha de la sentencia firme de la impugnación de la paternidad¹⁰⁴; en otras varía empezándose a computar desde el conocimiento del resultado de las pruebas biológicas¹⁰⁵; o desde que tiene serias y razonables dudas sobre la paternidad del hijo¹⁰⁶.

En la sentencia de 2018, sin distinguir entre daño continuado y daño duradero o permanente resuelve en la forma que lo ha hecho la sentencia recurrida —que es la mayoritaria—, esto es, fijando el momento en que cesa la presunción de paternidad el de la sentencia de 9 de noviembre de 2010 que, es cuando adquiere firmeza la sentencia dictada en el procedimiento de impugnación de la paternidad, y se procede a practicar la inscripción, dado que de otra forma la acción ejercitada sería inoperante. No, así, como pretende la recurrente que concreta el *dies a quo* «en el conocimiento que el demandante tuvo que el segundo de los hijos no era suyo por los resultados del estudio genético al que se sometió privadamente, momento en que, a su juicio nace la acción». De todas formas, aquel plazo resulta luego interrumpido por la conciliación, por lo que la demanda se formula en plazo.

En todo caso, procesalmente, es posible ejercitar una acción de impugnación de la filiación y acumular a esta, una acción de responsabilidad extracontractual, en reclamación de daños morales y patrimoniales¹⁰⁷. Asimismo, no hay que olvidar que, cualquier plazo de prescripción se puede interrumpir mediante reclamación judicial o extrajudicial y mediante reconocimiento de la deuda por el deudor (art. 1973 CC). En el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.ª, de 13 de junio de 2017 que, estimó el recurso de apelación, entendió al respecto que «en el presente supuesto la presentación de demanda de conciliación produce los efectos propios establecidos en el artículo 479 de la LEC de 1881, de interrupción de la prescripción, interrupción que se mantiene hasta la celebración de dicho acto de conciliación el 13 de junio de 2012, debiendo computarse desde esa fecha un nuevo plazo de prescripción, por lo que habiéndose presentado la demanda rectora de estos autos en fecha 13 de junio de 2013, debe entenderse que se produce dentro del período propio en el que no ha prescrito la acción por lo que debe estimarse en este punto el recurso, revocando en tal sentido la resolución recurrida —que desestimo por prescripción la demanda—. Esta es la resolución que, precisamente, el Tribunal Supremo casa en la sentencia de 2018 objeto de este estudio y en la se aprecia la interrupción de la prescripción al haberse presentado previamente demanda de conciliación¹⁰⁸.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALGARRA PRATS, E. (2012). Incumplimiento de deberes conyugales y responsabilidad civil. En: J.A. Moreno Martínez (coord.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Madrid: Dykinson.
- ÁLVAREZ OLALLA, P. (2015). Daños causados al progenitor a consecuencia de la impugnación de la paternidad, *Revista LA LEY Derecho de Familia, «Familia y Responsabilidad»*, núm. 8, octubre-diciembre, 1 a 15.

- ATIENZA NAVARRO, M.^a L. (2006). La incidencia de las reformas de 2005 en materia de efectos personales del matrimonio. En: J.R. de Verda y Beamonte (dir.), *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia de 2005*, Navarra: Thomson Aranzadi.
- BARCELÓ DOMENECH, J. (2012). El criterio de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar. En: J.A. Moreno Martínez (coord.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Madrid: Dykinson.
- BELHADJ BEN GÓMEZ, C. (2015). Ocultación de paternidad y daños morales, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, abril, 97 a 106.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2017). El valor de los deberes personales entre los cónyuges: incumplimiento del deber de fidelidad. En: J.A. García Amado (dir.), P. Gutiérrez Santiago y M. Ordás Alonso (coords.), *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares*, Madrid: La Ley.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (2012). Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales. En: R. de Verda y Beamonte (coord.), *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- (2018). Denegación de la indemnización por daño moral derivado de la ocultación dolosa de la verdadera filiación biológica del hijo matrimonial, *Diario LA LEY*, número 9318, sección doctrina, 14 de diciembre de 2018, 1 a 8.
- DE VERDA BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P. (2012). Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales. En: J. R. De Verda y Beamonte (coord.), *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Navarra: Aranzadi.
- ESPÍN ALBA, I. (2016). Daño moral por ocultación de la verdadera paternidad y responsabilidad parental, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 758, noviembre-diciembre, 3461 a 3482.
- FARNÓS AMORÓS, E. (2007). Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad», *Indret*, octubre, 1 a 25.
- (2011). Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad, *Derecho Privado y Constitución*, número 25, enero-diciembre, 9-54.
- (2018). Impugnaciones inesperadas, determinaciones tardías y abono de alimentos. En: R. Barber Cárcamo, S. Quicios Molina y R. Verdura Server (coords.), *Retos actuales de la filiación*, Madrid: Tecnos.
- FERRER I RIBA, J. (2001). Relaciones familiares y límites al derecho de daños, *Indret*, octubre, 1 a 21.
- GARCÍA AMADO, J. A. (2017). Infidelidad matrimonial y engaño sobre la paternidad. ¿Dónde está el daño indemnizable? En: J.A. García Amado (dir.), P. Gutiérrez Santiago y M. Ordás Alonso (coords.), *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares*, Barcelona: Bosch.
- GARCÍA CANTERO, G. (1982). Comentario al artículo 68 del Código civil. En: M. Albadalejo García (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, T. II*, Madrid: Edersa.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del C. (1984). Comentario al artículo 67 del Código civil, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, vol. I*, Madrid: Tecnos.
- LÓPEZ DE LA CRUZ, L. (2010). El resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales, *Indret*, octubre, 1 a 40.
- (2019). Responsabilidad civil por los daños morales ocasionados en el ámbito familiar a causa de la ocultación de la paternidad. Comentario a la STS de 13 noviembre 2018, *Revista de Derecho Patrimonial*, número 48, enero-abril, 225 a 242.

- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (2006). Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales. En: J.R. de Verda y Beamonte (coord.), *Daños en el Derecho de Familia*, Navarra: Thomson Aranzadi.
- (2010). ¿Es indemnizable la infidelidad?, *Revista de Derecho de Familia*, número 47.
- MARTÍN-CASALS, M., y RIBOT, J. (2011). Daños en Derecho de Familia: un paso adelante, dos atrás, *Anuario de Derecho Civil*, T. LXIV, Fasc. II, abril-junio, 503 a 561.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). Comentario a los artículos 67 y 68 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado*, vol. I, 2.^a ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters.
- MONTERROSO CASADO, E. (2019). Responsabilidad civil y consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de fidelidad: una cuestión de género, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 773, mayo-junio, 1558 a 1576.
- MUÑOZ GARCÍA, C. (2017). Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2015. Reembolso de las cantidades satisfechas en concepto de alimentos tras declararse la inexistencia de la relación paterno-filial. En: M. Yzquierdo Tolsada (coord.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil*, vol. 9, 635 a 649.
- MURILLAS ESCUDERO, J. M. (2015). La responsabilidad civil extracontractual por daños morales en la relación conyugal, *REDUR*, número 13, diciembre, 111 a 127.
- NEVADO CATALÁN, V. (2018). Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad, *Indret*, octubre, 1 a 51.
- PARDILLO HERNÁNDEZ, A. (2018). Responsabilidad civil en el ámbito familiar: indemnización por ocultación de la verdadera paternidad, *Diario LA LEY*, número 9316, sección Comentarios de jurisprudencia, 12 de diciembre, 1 a 6.
- ROCA I TRIAS, E. (2000). La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil. En: J.A. Moreno Martínez (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid: Dykinson.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M. (2003). Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho, *Revista de Derecho Patrimonial*, número 10, 65 a 93.
- (2009). *Responsabilidad civil en el derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Navarra: Civitas Thomson Reuters.
- (2015). Luces y sombras de la aplicación del derecho de daños al ámbito de la familia, *Revista LA LEY Derecho de familia*, «Familia y responsabilidad civil», número 8, octubre-diciembre, 1-14.
- (2017). La responsabilidad civil en las relaciones familiares. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VI *Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.^a B. y PÉREZ VALLEJO, A. M.^a (2012). *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamento para su reclamación*, Granada: Comares.
- UREÑA MARTÍNEZ, M. (2019). La ocultación de la paternidad matrimonial no genera daño moral ni patrimonial resarcible ex artículo 1902 del Código civil, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 110, mayo-agosto, 223 a 238.

VARGAS ARAVENA, D. (2009). *Daños civiles en el matrimonio*, Madrid: LA LEY.

YZQUIERDO TOLSADA, M. (2018). Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018. Ocultación al marido de la verdadera paternidad. Consecuencias para el Derecho de familia y para la responsabilidad civil. En: M. Yzquierdo Tolsada (coord.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, vol. 10, 411 a 422.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, 22 de julio de 1999.
- STS, Sala de lo Civil, 30 de julio de 1999.
- STS, Sala de lo Civil, 30 de junio de 2009.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de julio de 2010.
- STS, Sala de lo Civil, 18 de junio de 2012.
- STS, Pleno Sala de lo Civil, 24 de abril de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 29 de septiembre de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 30 de septiembre de 2016.
- STS, Pleno Sala de lo Civil, 13 de noviembre de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, 7 de noviembre de 2019.
- SAP Segovia, secc. Única, 30 de septiembre de 2003.
- SAP Valencia, secc. 7.^a, 2 de noviembre de 2004.
- SAP Barcelona, secc. 18.^a, 22 de julio de 2005.
- SAP Pontevedra, secc. 3.^a, 13 de diciembre de 2006.
- SAP León, secc. 2.^a, 2 de enero de 2007.
- SAP Barcelona, secc. 18.^a, 16 de enero de 2007.
- SAP Burgos, secc. 2.^a, 16 de febrero de 2007.
- SAP Cádiz, secc. 2.^a, 3 de abril de 2008.
- SAP Barcelona, secc. 14.^a, 31 de octubre de 2008.
- SAP León, secc. 1.^a, 30 de enero de 2009.
- SAP Barcelona, secc. 15.^a, 23 de julio de 2009.
- SAP Santa Cruz de Tenerife, secc. 3.^a, 16 de octubre de 2009.
- SAP Murcia, secc. 5.^a, 18 de noviembre de 2009.
- SAP A Coruña, secc. 3.^a, 8 de noviembre de 2010.
- SAP Alicante, secc. 5.^a, 14 de julio de 2011.
- SAP Barcelona, secc. 17.^a, 27 de octubre de 2011.
- SAP León, secc. 2.^a, 23 de noviembre de 2012.
- SAP Cádiz, secc. 8.^a, 16 de mayo de 2014.
- SAP Granada, secc. 5.^a, 13 de junio de 2014.
- SAP Valencia, secc. 11.^a, 13 de noviembre de 2014.
- SAP Jaén, secc. 1.^a, 9 de marzo de 2015.
- SAP Sevilla, secc. 6.^a, 9 de julio de 2015.
- SAP Cantabria, secc. 2.^a, 3 de marzo de 2016.
- SAP Pontevedra, secc. 6.^a, 22 de septiembre de 2016.
- SAP Alicante, secc. 9.^a, 6 de noviembre de 2017.
- SAP Valencia, secc. 7.^a, 9 de marzo de 2018.
- SAP Ciudad Real, secc. 2.^a, 23 de abril de 2018.
- SAP Barcelona, secc. 18.^a, 29 de mayo de 2018.
- SAP Madrid, secc. 18.^a, 24 de mayo de 2019.

NOTAS

¹ RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M. (2009). *Responsabilidad civil en el derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, 33-100; de la misma autora (2003). Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho, *Revista de Derecho Patrimonial*, número 10, 67 y 72 precisa respecto al principio de unidad o preservación de la armonía familiar para excluir cualquier tipo de responsabilidad en el ámbito familiar que «no tiene el menor sentido alegar dicho principio por varios motivos: en primer lugar, es incuestionable que la familia es una estructura esencial dentro de la sociedad pero también que este principio de unidad familiar solo se protegerá realmente si se tutelan los derechos individuales de cada miembro de la familia y si se repara, por tanto, la violación de tales derechos individuales; en segundo lugar, la alegación de la preservación de la armonía familiar para negar cualquier clase de reclamación entre cónyuges encierra un paternalismo: parece presumirse que los cónyuges no pueden proteger su propia relación; en tercer lugar, haya determinados casos en que es obvio que no puede peligrar la paz familiar con la reclamación. Así en los daños causados de forma intencional por uno de los cónyuges al otro, porque sencillamente esa armonía familiar ya se ha roto. También en los daños negligentes cuando el seguro sea el que paga la indemnización; y, por último, en los daños ocurridos durante la convivencia cuando la demanda se interpone tras la crisis matrimonial»; de la misma autora (2017). La responsabilidad civil en las relaciones familiares. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VI *Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 867- 886 y 890-892.

² En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 16.ª, 28 de noviembre de 2008 (*JUR* 2009, 72573) apunta que «se pide a este tribunal que, en base al artículo 1902 del Código civil, abra una puerta todavía cerrada en una materia particularmente sensible: la de los conflictos familiares en la que no existe norma expresa ni jurisprudencia que ampare la indemnizabilidad del daño moral puro». Además añade que «este tribunal, en definitiva, no considera deba darse lugar a una indemnización de daño moral puro que es lo que se solicita, atendiendo a que el reconocimiento del daño moral como soporte de una obligación de indemnizar ha sido y es esencialmente sectorial y ni legal ni jurisprudencialmente se ha considerado que los conflictos familiares —de habitual e indiscutible trascendencia en este campo— pudieran determinar adicionalmente un daño moral indemnizable junto a las soluciones legales específicas para cada tipo de conflicto».

³ RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M. (2017). La responsabilidad civil en las relaciones familiares, *op. cit.*, 842-846 y 901-910.

⁴ RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M. (2009). *Responsabilidad civil en el derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, *op. cit.*, 102-119; de la misma autora (2015). Luces y sombras de la aplicación del derecho de daños al ámbito de la familia, *Revista LA LEY Derecho de familia*, «Familia y responsabilidad civil», número 8, octubre-diciembre, 7; ROCA I TRIAS, E. (2000). La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil. En: J.A. Moreno Martínez (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid: Dykinson, 533 y 537-550.

⁵ LÓPEZ DE LA CRUZ, L. (2010). El resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales, *Indret*, octubre, 30-35.

⁶ FERRER I RIBA, J. (2001). Relaciones familiares y límites al derecho de daños, *Indret*, octubre, 3.

⁷ MARTÍN-CASALS, M., y RIBOT, J. (2011). Daños en Derecho de Familia: un paso adelante, dos atrás, *Anuario de Derecho Civil*, T. LXIV, Fasc. II, abril-junio, 527.

⁸ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (2006). Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales. En: J. R. de Verda y Beamonte (coord.), *Daños en el Derecho de Familia*, Navarra: Thomson Aranzadi, 147-148 habla de la compatibilidad del principio *alterum non ledere* contemplado en el artículo 1902 del Código civil con la aplicación de las normas específicas que el Derecho de familia establece para estos casos; SAINZ-

CANTERO CAPARRÓS, M.^a B. y PÉREZ VALLEJO, A. M.^a. (2012). *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamento para su reclamación*, Granada: Comares, 11-15; DE VERDA BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P. (2012). Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales. En: J. R. de Verda y Beamonte (coord.), *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Navarra: Aranzadi, 103-104; VARGAS ARAVENA, D. (2009). *Daños civiles en el matrimonio*, Madrid: LA LEY, 179-180. Por su parte, ALGARRA PRATS, E. (2012). Incumplimiento de deberes conyugales y responsabilidad civil. En: J. A. Moreno Martínez (coord.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Madrid: Dykinson, 13-14 señala al respecto que «en algunos casos hay que aceptar una expansión del Derecho de Daños al Derecho de familia, ya no tanto por la creciente influencia de las reglas de responsabilidad civil, sino porque se trata de conductas que generan obligaciones de reparar el daño, con independencia de que se produzcan en el ámbito conyugal, como sería el caso de conductas delictivas o lesivas de derechos fundamentales; o bien en supuestos muy concretos, por la imposibilidad de reparar de otro modo un verdadero daño, si bien no derivado propiamente del incumplimiento de deberes conyugales».

⁹ RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M. (2003). Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho, *op. cit.*, 74 y 77; FERRER I RIBA, J. (2001). Relaciones familiares y límites del Derecho de Daños, *op. cit.*, 5.

¹⁰ FARNÓS AMORÓS, E. (2011). Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad, *Derecho Privado y Constitución*, número 25, enero-diciembre, 15.

¹¹ BARCELÓ DOMENECH, J. (2012). El criterio de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar. En: J. A. Moreno Martínez (coord.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Madrid: Dykinson, 81-83 quien, asimismo, precisa que, «la tendencia a favorecer la reparación es clara y en ella se inscriben reformas recientes de otros ordenamientos como la del Derecho portugués que, en 2008 da nueva redacción al artículo 1792, lo que supone la entrada definitiva de las normas comunes de la responsabilidad civil para resarcir el daño causado por el divorcio».

¹² NEVADO CATALÁN V. (2018). Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad, *Índret*, octubre, 20-21 a ello añade que «la atribución indebida de la paternidad supone una importante injerencia en la autonomía persona que puede vincularse con la infracción de la libertad individual (art. 10.1 CE)».

¹³ MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J. Daños en Derecho de Familia: un paso adelante, dos atrás, *op. cit.*, 526-527; de los mismos autores (2019). Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 110, mayo-agosto, 259. Por su parte, ROCA I TRIAS, E. (2000). La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padre e hijo en el mundo de la responsabilidad civil, *op. cit.*, 562 señala que «en el Código civil rige el principio de tipicidad, de modo que se prevén determinados daños que tienen específicamente establecida la forma de resarcimiento. Y entonces quedan pendientes aquellos que no se han tipificado».

¹⁴ En esta línea, señala ÁLVAREZ OLALLA, P. (2015). Daños causados al progenitor a consecuencia de la impugnación de la paternidad, *Revista LA LEY Derecho de Familia, «Familia y responsabilidad civil»*, número 8, octubre-diciembre, 1 que «durante la segunda mitad del siglo XX (...) la familia deja de ser un fin en sí mismo, pasando a considerarse como un medio para proporcionar protección a sus miembros y propiciar el libre desarrollo de la personalidad de los mismos, de tal forma que, ahora va a ser el grupo el que va a estar al servicio de los individuos que lo conforman, en lugar de estos al servicio de aquel. Como consecuencia de ello, la idea de dotar de viabilidad al ejercicio de acciones de responsabilidad extracontractual en el ámbito de las relaciones familiares va arraigando en la conciencia social y, consecuentemente, en las decisiones de nuestros tribunales».

¹⁵ RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M. (2003). Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho, *op. cit.*, 70; MARÍN GARCÍA DE LEÓNARDO, T. (2006). Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales, *op. cit.*, 149.

¹⁶ ALGARRA PRATS, E. (2012). Incumplimiento de deberes conyugales y responsabilidad civil, *op. cit.*, 16. En esta línea, RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M. (2003). Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho, *op. cit.*, 72 sostiene que «no han de admitirse de forma indiscriminada las reclamaciones de daños entre cónyuges».

¹⁷ RJ 1999, 5721 y RJ 1999, 5726.

¹⁸ ROCA I TRIAS, E. (2000). La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil, *op. cit.*, 533.

¹⁹ El Auto del Tribunal Constitucional, Sala Primera, 4 de junio de 2001 (RTC 2001/140) inadmitió el recurso de amparo contra esta sentencia entendiéndolo que no se vulneran los artículos 14 y 24.1 de la Constitución española.

²⁰ RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.^a (2003). Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho, *op. cit.*, 70-71 precisa que detrás de este argumento del Tribunal Supremo están dos temores «por una parte, se busca evitar la proliferación de demandas triviales, sin importancia y con ello la sobrecarga de los tribunales; por otro, se busca preservar la paz y la armonía familiar».

²¹ ROCA I TRIAS, E. (2000). La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil, *op. cit.*, 561 se muestra crítica con la sentencia manifestando al respecto que «el argumento que sirve para construir el recurso de casación es la mala fe de la esposa, que no queda demostrada, rechazándose por ello la aplicación del artículo 1902 del Código civil; pero debe recordarse que el mencionado artículo no exige el dolo para la imposición de la obligación de indemnizar. Basta leer la muy abundante jurisprudencia sobre la culpa como título de imputación para comprobar que ni tan solo esta se considera un elemento esencial para imponer al causante del daño dicha obligación. El argumento del Tribunal Supremo excluyendo el resarcimiento por no concurrencia de dolo es ciertamente débil, a no ser que hubiera considerado que teniendo en cuenta que el supuesto por el que se reclama la indemnización quedaba inserto en las relaciones familiares a las que no se aplica sin más el artículo 1902 del Código civil; si entonces hubiera requerido un plus como el dolo, el argumento hubiera sido igualmente discutible, aunque tendría mayor peso».

²² RJ 2010, 5152. Al respecto, señala el Alto Tribunal que «el recurrente prescinde prácticamente por completo de rebatir la distinción de etapas o fases que hace la sentencia recurrida en función de los diferentes conceptos indemnizatorios de la demanda, para, en cambio, optar por una tesis que parece presentar la infidelidad conyugal de la demandada como origen único de una serie de daños en cadena, físicos, morales y patrimoniales, que habrían venido agravándose a lo largo del tiempo sin solución de continuidad, hasta el punto de que el daño habría seguido produciéndose incluso después de la interposición de la demanda, ya que esta se presentó el 15 de noviembre de 2005 y sin embargo en el alegato del motivo se invocan la incapacidad del recurrente reconocida en un informe del siguiente día 16, su ingreso hospitalario de 13 de enero de 2006 y la resolución de 12 de mayo siguiente como prueba de la continuidad o progresividad del daño».

Ahora bien, añade que «del propio alegato del motivo resulta una contradicción insalvable entre la posible consideración por esta Sala de esos hechos posteriores a la interposición de la demanda y la concreción final por el recurrente del día en que, según él, habría comenzado a correr el plazo de prescripción, que hace coincidir precisamente con la fecha del informe médico de septiembre de 2005 en cuanto este habría constatado “el empeoramiento de mi representado” y “la producción del definitivo resultado”». Pues bien, semejante planteamiento no puede ser compartido por esta Sala y ello «aunque la Sentencia de 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 5490) haya reconocido la posibilidad de daños por culpa extracontractual en el ámbito de las relaciones subsiguientes a una crisis matrimonial, considerando incluso que en el caso entonces examinado el daño solo se consolidó definitivamente varios años después de iniciarse la conducta de la demandada privando al demandante de su derecho a comunicar con el hijo menor de ambos y ejercer sobre él la guarda y custodia que se le había atribuido judicialmente, pues hasta que el hijo no alcanzó la mayoría de edad, extinguiéndose la patria potestad, su padre no supo que definitivamente

se le había privado de tales derechos, sin embargo en el presente caso no se ha dado una persistencia de la conducta antijurídica de la demandada, como la de aquel otro caso en que se había trasladado con el hijo común menor a Estados Unidos no permitiendo la relación con el padre, sino una conducta cuya hipotética ilicitud habría cesado en cualquier caso con la separación conyugal, por más que algunos de los daños causados con tal conducta no se descubrieran hasta pasado un tiempo, cual sucedió con el constituido por lo que el actor-recurrente considera “pérdida de una hija”.

²³ RJ 2012, 6849. Asimismo, se precisa que «Por todo lo expuesto y en vista del contenido del informe de alta ya mencionado, se está en el caso de concluir que, desde la fecha del alta consignada en aquel sin ningún tipo de objeción, pues debió ser entonces cuando las secuelas tenían que haber sido apreciadas, y hasta el momento de interposición de la demanda, el plazo de un año para ejercitar la acción entablada por el actor (la demanda fue presentada ante el Juzgado de Primera Instancia el día 18 de diciembre de 2007), había transcurrido en exceso el plazo de prescripción de un año, lo que obliga a estimar agotado el plazo señalado en las normas citadas en el motivo como infringidas, para ejercitar la acción de reclamación contemplada en el artículo 1902 del Código civil, lo que ha de llevar a la desestimación de la demanda. En resumen, concluye la sentencia que «lo que pretende el motivo es alterar de forma significativa los hechos de la sentencia para fijar a la conveniencia de quien recurre el día a partir del cual se determina el cómputo del año de prescripción previsto en la norma que se dice infringida. Pretende fijar como “*dies a quo*” para la reclamación del daño moral la fecha de la sentencia que resuelve la impugnación de paternidad, por considerar que a partir de ese momento se produjo la pérdida de las hijas, no responde a la realidad, conforme a los hechos probados. En el momento en que se dicta la sentencia su estado emocional no sufrió ninguna alteración o quebranto que fuera reseñado en el informe psicológico. El daño moral que se reclama no trae causa de la pérdida legal de las hijas conocida mediante la sentencia de 18 de julio de 2007, que resolvió el procedimiento de paternidad, sino del engaño sobre la forma de concebir a sus dos hijas y el hecho de que tras el divorcio, por decisión de la madre, se fueran a vivir con el padre biológico, situación que le sumió “en una depresión”, de la que fue atendido por el psicólogo clínico D. Isidoro, momento a partir del cual se concretó el daño moral padecido y reclamado».

²⁴ RJ 2009, 5490.

²⁵ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (2018). Denegación de la indemnización por daño moral derivado de la ocultación dolosa de la verdadera filiación biológica del hijo matrimonial, *Diario LA LEY, número 9318, sección doctrina*, 14 de diciembre de 2018, 7 señala que «se trata de una resolución puntera en el campo de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares». Sin embargo, para MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT, J. (2011). Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás, *op. cit.*, 520 «ni del texto ni del fondo de la sentencia se deducen conclusiones de orden más general y que la doctrina sí extrae respecto al tema de la aplicación del Derecho de responsabilidad civil en el ámbito regulado por el derecho de familia».

²⁶ LA LEY 162091/2018. Los antecedentes de hecho de la sentencia son los siguientes: don Marino estaba casado con doña Juliana. Durante la vigencia del matrimonio nacieron tres hijos llamados Inocencio, Raúl y Javier. Por Sentencia de 28 de junio de 2009, dictada en autos de divorcio, se decretó el divorcio con las medidas pertinentes, entre otras una prestación de alimentos en favor de los tres hijos de 700 euros mensuales y el pago por mitad del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda. Con anterioridad a la sentencia de divorcio ambos cónyuges se habían separado por Sentencia de 1 de septiembre de 2001, en la que se aprobó un convenio regulador y se puso a cargo del padre, en concepto de alimentos a los tres hijos, el 45% de los haberes líquidos que pudiera percibir. Tras un proceso de filiación, en el que se declaró la no paternidad de don Marino respecto del que había venido considerando como hijo suyo, Raúl, formuló una demanda frente a quien había sido su esposa, para reclamarle: a) 35.304,37 euros en concepto de pensiones de alimentos abonados a su hijo, en virtud de sentencias, primero de separación y luego de divorcio; b) la mitad de los gastos abonados para la determinación de la paternidad; y c) 70.000 euros en concepto de daños morales. La parte demandada se opuso a tales pretensiones y planteó la excepción

de prescripción de la acción de conformidad con el artículo 1968.2 del Código civil, que fue estimada por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2, de San Fernando, de 3 de mayo de 2015 con el argumento de que había transcurrido más de un año desde que el actor supo que el menor Raúl no era su hijo biológico, esto es, en el año 2008, fecha en la cual se interpuso la pertinente demanda sobre impugnación de la paternidad, y la presentación de la papeleta de conciliación, el 9 de noviembre de 2011, no siendo hasta el 13 de junio de 2013 cuando se presenta la demanda. Formulado recurso de apelación por el actor, la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.ª, en sentencia de 13 de junio de 2017 estimó el recurso y en parte la demanda: En primer lugar, considera que la acción no está prescrita, pues el plazo debe computarse desde que lo supo el agraviado, y ese momento se concreta cuando adquirió firmeza la sentencia en el procedimiento de filiación —9 de noviembre de 2010—, y posterior inscripción registral. Instado acto de conciliación el 9 de noviembre de 2011 la prescripción se interrumpió hasta la celebración de dicho acto —13 de junio de 2012—, por lo que al presentarse la demanda el 13 de junio de 2013, la acción ejercitada no estaba prescrita. En segundo lugar, concluye que, acreditada la falta de paternidad por parte del actor, se ha producido una ocultación dolosa al marido con el propósito de beneficiarse de las cantidades que tenía obligación de abonar en concepto de alimentos, lo que determina que se deban devolver aquellos que pagó y que se le indemnice en 15.000 euros por los daños morales ocasionados («dada la situación de clara frustración y desasosiego de quien durante mucho tiempo ha tenido relación, contacto y cariño con quien pensaba que era su hijo, para luego enterarse que se trataba de un hijo ajeno», lo que le habría influido hasta el punto de haber estado de baja por daños psicológicos).

La progenitora del menor interpuso recurso de casación fundado en cuatro motivos: El primero se formula por infracción de los artículos. 1968.2 y 1969 del Código civil y de la doctrina jurisprudencial sobre el cómputo del plazo de prescripción, por entender que este debe iniciarse en el momento en que el actor supo que Raúl no era su hijo con los resultados del estudio genético al que se habría sometido privadamente en el año 2008, y luego en el juicio de filiación donde se practicó una segunda prueba de paternidad en el Instituto Nacional de Toxicología, con fecha de 17 de agosto de 2010, fecha en la que nuevamente conoció que el menor no era hijo suyo, no siendo hasta el 9 de noviembre de 2011 cuando se interpuso la papeleta de conciliación y posteriormente, el día 13 de junio de 2013, cuando se formuló la demanda de la que trae causa el presente recurso; el segundo por infracción del artículo 1902 del Código civil. Considera que no ha existido dolo por parte de la demandada, pues esta tuvo conocimiento en el proceso de filiación, a results de la prueba biológica realizada, de que el segundo de los tres hijos biológicos habido constante el matrimonio no era de su marido, por lo que no habría existido engaño u ocultación y porque, en definitiva, la infidelidad que dio lugar al nacimiento del hijo no sería como tal indemnizable; el tercero por infracción del artículo 1902 Código civil y de la jurisprudencia de esta Sala sobre la inexistencia de culpa extracontractual que determine la responsabilidad de la demandada y, por tanto, la restitución de lo indebidamente cobrado en concepto de alimentos; y, el cuarto por infracción del artículo 1902 Código civil y de la jurisprudencia de esta sala sobre la inexistencia de culpa extracontractual que determine la responsabilidad de la demandada y, por tanto, de las acciones indemnizatorias por daño moral y psicológico.

En todo caso, para justificar el interés casacional cita, entre otras, las Sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo de 22 y 30 de julio de 1999 interpretada la primera de ellas, *a sensu contrario*, en el sentido de que sería precisa la concurrencia de una conducta dolosa para el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual en el supuesto enjuiciado, que es negada por la parte.

²⁷ Para DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (2018). Denegación de la indemnización por daño moral derivado de la ocultación doloso de la verdadera filiación biológica del hijo matrimonial, *op. cit.*, 8 cree que «esta sentencia supone una mala noticia, en cuanto cierra el camino al resarcimiento de un daño moral, sobre cuya reparación existía un importante consenso doctrinal y jurisprudencial (como demuestran las numerosas sentencias de instancia recaídas sobre la materia); y ello con argumentos teóricos muy discutibles y poco desarrollados), alejándose, de este modo, de sentimientos comúnmente compartidos en la sociedad».

Sin embargo, PARDILLO HERNÁNDEZ, A. (2018). «Responsabilidad civil en el ámbito familiar: indemnización por ocultación de la verdadera paternidad», *Diario LA LEY*, número 9316, sección Comentarios de jurisprudencia, 12 de diciembre, 5 señala al respecto que tras años de incertidumbre esta sentencia «aporta la necesaria seguridad y certidumbre sobre la materia pero que, con toda probabilidad, no cerrará el vivo e interesante debate en la doctrina científica sobre los intentos de «colonización» por la responsabilidad civil del moderno Derecho de familia». Por su parte, VELA TORRES, P. J. (2019), Ocultación de la paternidad e indemnización por daños morales, *Diario LA LEY*, número 9375, sección Comentarios de jurisprudencia, 12 de marzo, 4 manifiesta que «el Tribunal opta por una solución prudencial y son negar la existencia de tales daños, lo que veda es su resarcimiento económico»; y, MONTERROSO CASADO, E. (2019). Responsabilidad civil y consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de fidelidad: una cuestión de género, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 773, mayo-junio, 1572 entiende que esta sentencia «supone un paso hacia delante a favor de la no discriminación de la mujer por incumplimiento del deber de fidelidad, lo que implica una ruptura con numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales que, han venido estimando la existencia de una responsabilidad extracontractual de la madre por el daño moral ocasionado por la procreación de un hijo extramatrimonial». Y a ello añade que «esta sentencia nos invita a realizar una reflexión sobre la igualdad entre hombre y mujeres. (...) A ambos cónyuges se les deben exigir los mismos deberes jurídicos en el matrimonio y su incumplimiento habría de ser objeto de la misma sanción civil, sin que el efecto que produce la infidelidad en la mujer merezca una mayor reprobación jurídica, ya que ello constituiría una discriminación por cuestión de género».

De todas formas, al mantener en lo sustancial la doctrina sentada en la sentencia de 30 de julio de 1999, implica la reiteración que, exige el artículo 1.6 del Código civil y la consolidación de la jurisprudencia en relación con la materia. Dudaba de dicha reiteración la sentencia de la Audiencia Provincial Cádiz, secc. 2.ª, 3 de abril de 2008 (*JUR* 2008, 234675) cuando afirmaba que «su posición es contraria a la del Alto Tribunal que por lo demás es discutible que haya sentado jurisprudencia al tratarse de resoluciones con fundamento al menos parcialmente diverso» (FJ 1.º).

²⁸ RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2000). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1999, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 52, 163; CARRASCO PERERA, Á. (2006). *Derecho de familia. Casos, reglas, argumentos*, Madrid: Dilex, 571. Recordemos que, la Sentencia de 30 de julio de 1999 el actor basó la demanda en los artículos 67 y 68 en relación con el artículo 1101 del Código civil, por considerar que la fidelidad era una obligación contractual que tiene su origen en el contrato de matrimonio. El Tribunal Supremo manifestó al respecto que «no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón de la propia naturaleza del matrimonio...».

²⁹ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (2007). Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales, *LA LEY*, tomo II, 1662; del mismo autor (2018), Denegación de la indemnización por daño moral derivado de la ocultación dolosa de la verdadera filiación biológica del hijo matrimonial, *op. cit.*, 4 dispone que «el matrimonio no es un contrato, sino un negocio jurídico de Derecho de familia que afecta profundamente a la persona de los cónyuges en la medida en que les impone una plena comunidad de vida, material y espiritual, la cual no tiene parangón posible con ninguna de las relaciones jurídicas nacidas de la celebración de un contrato»; MURILLAS ESCUDERO, J. M. (2015). La responsabilidad civil extracontractual por daños morales en la relación conyugal, *REDUR*, número 13, diciembre, 116; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.ª T. (2010). ¿Es indemnizable la infidelidad?, *Revista de Derecho de Familia*, número 47, 35; MONTERROSO CASADO, E. (2019). Responsabilidad civil y consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de fidelidad: una cuestión de género, *op. cit.*, 1564. *Id.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial León, secc. 2.ª, 10 de noviembre de 2010 (*AC* 2010, 2120).

³⁰ PLAZA PENADÉS, J. (2016). Comentario al artículo 1902 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., Navarra: Civitas Thomson Reuters, 1364-1365.

³¹ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21 de abril de 2005 (*RJ* 2005, 4133).

³² *RJ* 2008, 6913.

³³ *RJ* 2018, 5158.

³⁴ *RJ* 1999, 5721; y *RJ* 1999, 5726.

³⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). Comentario a los artículos 67 y 68 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado*, vol. I, 2.ª ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters, 446.

³⁶ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (2006). Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales, *op. cit.*, 151. Para MURILLAS ESCUDERO, J. M. (2015), La responsabilidad civil extracontractual por daños en la relación conyugal, *op. cit.*, 112 el deber de guardarse fidelidad es «un deber incoercible y lo asumen recíprocamente los cónyuges en el momento de contraer matrimonio afirmando su compromiso de cumplir el contenido del artículo 68 del Código civil».

³⁷ LÓPEZ DE LA CRUZ, L. (2010). El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales, *op. cit.*, 30; UREÑA MARTÍNEZ, M. (2019). La ocultación de la paternidad matrimonial no genera daño moral ni patrimonial resarcible *ex* artículo 1902 del Código civil, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 110, mayo-agosto, 236 entiende acertada la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo al considerar que el deber conyugal de fidelidad tiene un carácter eminentemente moral, y su incumplimiento apenas origina consecuencias, sobre todo a partir de la reforma del Código civil por Ley 15/2005: RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.ª. (2001). De nuevo sobre la reparación de daños en el ámbito del matrimonio (A propósito de la STS de 14 de octubre de 2010), *Diario LA LEY*, número 7582, 4 de marzo, 1831; FARNÓS AMORÓS, E. (2007). Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad, *Indret*, octubre, 11 y 20; MARTÍN-CASALS, M., y RIBOT, J. (2011). Daños en Derecho de Familia: un paso adelante, dos atrás, *op. cit.*, 541; ECHEVARRÍA DE RADA, M.ª T. (2015). Responsabilidad civil por infidelidad conyugal, *Revista LA LEY Derecho de Familia*, «Familia y responsabilidad civil», número 8, octubre-diciembre, 2-3; MONTERROSO CASADO, E. (2019). «Responsabilidad civil y consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de fidelidad: una cuestión de género», *op. cit.*, 1564; MURILLAS ESCUDERO, J. M. (2015). La responsabilidad civil extracontractual por daños morales en la relación conyugal, *op. cit.*, 112-113 y 123 quien, asimismo, precisa que «si admitiéramos la obligación de indemnizar el daño moral que puede causar la infidelidad, estaríamos realizando una contrarreforma del Código civil volviendo a establecer una sanción por la infidelidad». Y se pregunta «¿Dónde quedaría la autonomía privada de la exposición de motivos de la Ley 15/2005? ¿Y cómo obligaríamos al cónyuge a mantener la exclusividad sexual?». Por su parte, NEVADO CATALÁN V. (2018) Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad, *op. cit.*, 12 señala que «no antes de aprobarse la Ley 15/2005 era indemnizable la infidelidad, ni lo es ahora, pues, la libertad individual, por un lado, y la consideración de los disgustos y decepciones que la infidelidad puede provocar como un riesgo general de la vida, impiden estimar las pretensiones resarcitorias». *Vid.*, asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Segovia, secc. Única, 30 de septiembre de 2003 (AC 2003, 24422); de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.ª, 10 de noviembre de 2010 (AC 2010, 2120); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 8.ª, 16 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 203925).

³⁸ FARNÓS AMORÓS, E. (2011). Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad, *op. cit.*, 11-12.

³⁹ FERRER I RIVA, J. (2001). Relaciones familiares y límites del derecho de daños, *op. cit.*, 15.

⁴⁰ MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J. (2019). Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo, *op. cit.*, 262.

⁴¹ GARCÍA CANTERO, G. (1982). Comentario al artículo 68 del Código civil. En: M. Albadaejo García (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, T. II, Madrid: Edersa, 196; GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª del C. (1984). Comentario al artículo 67 del

Código civil, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid: Tecnos, 322; ATIENZA NAVARRO, M.^a L. (2006). La incidencia de las reformas de 2005 en materia de efectos personales del matrimonio. En: J. R. de Verda y Beamonte (dir.), *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia de 2005*, Navarra: Thomson Aranzadi, 160; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (2006). Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales, *op. cit.*, 164-165 quien precisa que, los deberes conyugales «integran el núcleo mismo la causa del negocio matrimonial»; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (2012). Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales. En: R. de Verda y Beamonte (coord.), *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 145-147; del mismo autor (2018). Denegación de la indemnización por daño moral derivado de la ocultación dolosa de la verdadera filiación biológica del hijo matrimonial, *op. cit.*, 3-4 precisa que «los deberes conyugales no son meras obligaciones de conciencia propuesta a los esposos para un feliz desarrollo del matrimonio, sino que constituyen auténticas obligaciones jurídicas» y añade que «la supresión, como causa de separación, del incumplimiento de los deberes conyugales operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, no es argumento para negar la juridicidad de los deberes conyugales, pues esta nueva orientación legal se explica en un planteamiento general, de eliminación de todas las causas de separación o divorcio, distintas de la mera voluntad de los cónyuges de seguir conviviendo». *Vid.*, asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial Cádiz, secc. 2.^a, 3 de abril de 2008 (*JUR* 2008, 234675) (FJ 2.^o); y, secc. 8.^a, 16 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 203955).

Por su parte, RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M. (2003). Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho, *op. cit.*, 73 y 77 tras señalar que, son «obligaciones legales sin carácter patrimonial, pero desde luego su infracción puede producir un daño moral resarcible y a veces consecuencias económicas»; precisa que «por sí sola la comisión del incumplimiento de un deber conyugal no es indemnizable, pero no porque no se esté ante un deber jurídico, sino porque la admisión del resarcimiento en cualquier caso haría peligrar seriamente el principio de unidad familiar y daría lugar a una indeseable multiplicidad de pleitos».

⁴² MURILLAS ESCUDERO, J. M. (2015). La responsabilidad civil extracontractual por daños morales en la relación conyugal, *op. cit.*, 114 y 123; NEVADO CATALÁN, V. (2018) Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad, *op. cit.*, 12; GARCÍA AMADO, J. A. (2017). Infidelidad matrimonial y engaño sobre la paternidad ¿Dónde está el daño indemnizable? En: J.A. García Amado (dir.), P. Gutiérrez Santiago y M. Ordás Alonso (coords.), *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares*, Barcelona: Bosch, 100; RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M. (2003). Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho, *op. cit.*, p 12; FARNÓS AMORÓS, E. (2011). Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad, *op. cit.*, 34 quien, asimismo, matiza acertadamente que la discrepancia parental «no siempre deriva de la infidelidad, como ocurre cuando una mujer pasa rápidamente de una relación a otra y el embarazo se atribuye a su nueva pareja o cuando es el resultado de una mala praxis médica, como sucede cuando la mujer es inseminada o fecundada por error con esperma de hombre distinto a su pareja» (p. 13); de la misma autora (2007). Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad, *op. cit.*, 20; BELHADJ BEN GÓMEZ, C. (2015). Ocultación de paternidad y daños morales, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, abril, 106; MONTERROSO CASADO, E. (2019). Responsabilidad civil y consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de fidelidad: una cuestión de género, *op. cit.*, 1566; YZQUIERDO TOLSADA, M. (2018). Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018. Ocultación al marido de la verdadera paternidad. Consecuencias para el Derecho de familia y para la responsabilidad civil, En: M. Yzquierdo Tolsada (coord.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, vol. 10, 418, 420 y 421.

En contra, LÓPEZ CRUZ, L. (2019). Responsabilidad civil por los daños morales ocasionados en el ámbito familiar a causa de la ocultación de la paternidad. Comentario a la STS de 13 de noviembre de 2018, *Revista de Derecho Patrimonial*, número. 48, enero-abril, 234-235 para quien «ni son indemnizables los daños originados por el incumplimiento de los deberes conyugales, ni por la ocultación de la paternidad».

⁴³ NEVADO CATALÁN, V. (2018). Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de la paternidad, *op. cit.*, 15; RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.^a. (2009). *Responsabilidad civil en el derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, *op. cit.*, 134-135; MARTÍN CASALS, M., y RIBOT IGUALADA, M. (2019). Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo, *op. cit.*, 264.

⁴⁴ RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M. (2003). Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho, *op. cit.*, 74; de la misma autora (2009). *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, *op. cit.*, 132-133; MARTÍN CASALS, M., y RIBOT IGUALADA, J. (2019). Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo, *op. cit.*, 264. Por su parte, FARNÓS AMORÓS, E. (2011). Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad, *op. cit.*, 17, argumenta al respecto que en todo caso «el requisito tradicional de criterios de imputación más exigentes encontraría justificación en la naturaleza especial de las relaciones familiares y en los distintos estándares de conducta que estas imponen».

Vid., las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de julio de 2010 (*RJ* 2010, 5152); y 18 de junio de 2012 (*RJ* 2012, 6849); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.^a, 2 de noviembre de 2004 (*AC* 2004, 1994) actuación negligente de la concepción y dolosa en la ocultación, y, el cómputo del plazo desde el conocimiento del resultado de las pruebas biológicas; de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.^a, 2 de enero de 2007 (*JUR* 2007, 59972); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.^a, 5 de septiembre de 2007 (*JUR* 2007, 340366); de la Audiencia Provincial de León, secc. 1.^a, 30 de enero de 2009 (*JUR* 2009, 192431); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 23 de julio de 2009 (*JUR* 2009, 46435); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5.^a, 18 de noviembre de 2009 (*AC* 2010, 60); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 3.^a, 16 de octubre de 2009 (*JUR* 2010, 79320); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.^a, 18 de noviembre de 2009 (*AC* 2010, 60); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 3.^a, 8 de noviembre de 2010 (*AC* 2010, 2303); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 5.^a, 14 de julio de 2011 (*AC* 2011, 1537); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 17.^a, 27 de octubre de 2011 (*JUR* 2015, 4436); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.^a, 18 de mayo de 2012 (*JUR* 2012, 190526); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.^a, de 28 de marzo de 2012 (*AC* 2012, 910); de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.^a, de 23 de noviembre de 2012 (*AC* 2012, 1643); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 9.^a, 9 de mayo de 2014 (*AC* 2014, 1397); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 8.^a, 16 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 293955); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 11.^a, 13 de noviembre de 2014 (*AC* 2015, 228); de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.^a, 9 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 29380); de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.^a, 3 de marzo de 2016 (*AC* 2016, 799); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9.^a, 6 de noviembre de 2017 (*JUR* 2018, 111191); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.^a, 9 de marzo de 2018 (*JUR* 2018, 112998); de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.^a, 19 de abril de 2018 (*JUR* 2018, 114596); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, 29 de mayo de 2018 (*JUR* 2018, 168965).

⁴⁵ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Segovia, secc. 1.^a, 11 de diciembre de 2007 (*JUR* 2008, 148138); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.^a, 13 de junio de 2014 (*AC* 2014, 1628); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.^a, 22 de marzo de 2018 (*JUR* 2018, 151429).

⁴⁶ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, 16 de enero de 2007 (*JUR* 2007, 323682) se condena al abono de indemnizaciones no por dolo, pero sí por culpa grave; y, de la Audiencia Provincial Asturias, secc. 5.^a, 18 de mayo de 2012 (*JUR* 2012, 190526) procedió incurriendo en culpa grave que, determinó el reconocimiento por el actor del nacido como hijo propio y su tratamiento como tal.

⁴⁷ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., (2007). Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales, *op. cit.*, 1662; COLÁS ESCANDÓN, A. M. (2011). Consecuencias derivadas del incumplimiento del régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos. Especial re-

ferencia al resarcimiento de daños morales, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, número 6, 140; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M. B., y PÉREZ VALLEJO, A. M. (2012). *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamentos para su reclamación*, *op. cit.*, 93, 98 y 99; ÁLVAREZ OLALLA, M.^a P. (2011). Prescripción de la acción ejercitada por el marido contra su exmujer por daños sufridos al determinarse judicialmente la filiación extramatrimonial de una hija, previamente inscrita como matrimonial. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2010, *Revista Aranzadi Civil Doctrinal*, número 9, 5; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. (2019). Indemnización por daños morales entre los cónyuges. en especial, indemnización por ruptura conyugal, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10, febrero, 583; FARNÓS AMORÓS, E. (2011). Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad, *op. cit.*, 26; GARCÍA AMADO, J. A. (2017). Infidelidad matrimonial y engaño sobre la paternidad. ¿Dónde está el daño indemnizable?, *op. cit.*, 119.

Por su parte, NEVADO CATALÁN V. (2018). Responsabilidad civil derivada de la indevida atribución de la paternidad, *op. cit.*, 19, habla de dolo eventual y señala al respecto que «en la medida en que está al alcance de la madre descartar o confirmar sus sospechas mediante la simple realización de un test de ADN, su decisión de no hacerlo supone una “ignorancia deliberada” que, permitiría apreciar la existencia de dolo eventual en la ocultación a su pareja de las dudas» y concluye que «no sería razonable que pudiese beneficiarse de su propio desconocimiento quien tenía la posibilidad de salir de él y optó por no hacerlo». En cambio, BELHADJ BEN GÓMEZ, C., Ocultación de paternidad y daños morales, *op. cit.*, 106 habla de reserva mental y manifiesta que la ocultación de la paternidad «ha de ser dolosa en todo caso y ha de ampliarse a la negligencia, por lo que la representación de esta posibilidad sin darle conocimiento al que se cree padre supone una suerte de reserva mental que ha de tener respuesta legal».

Vid., las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, 16 de enero de 2007 (*JUR* 2007, 323682) habla, precisamente, del acceso a las pruebas de ADN y de su conocimiento generalizado por parte de la sociedad; de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 2.^a, 3 de abril de 2008 (*JUR* 2008, 24675); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 3.^a, 8 de noviembre de 2010 (*AC* 2010, 2303); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.^a, 10 de diciembre de 2012 (*JUR* 2013, 116337); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.^a, 16 de enero de 2013 (*JUR* 2013, 150976); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 8.^a, 16 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 203955); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 1.^a, 12 de junio de 2014 (*JUR* 2014, 198469); de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.^a, 3 de marzo de 2016; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 6.^a, 16 de octubre de 2017; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 13.^a, 25 de julio de 2018 (*JUR* 2018, 218657); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 8.^a, 24 de mayo de 2019 (*JUR* 2019, 214532).

⁴⁸ En esta línea, ESPÍN ALBA, I. (2016). Daño moral por ocultación de la verdadera paternidad y responsabilidad parental, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 758, noviembre-diciembre, 256.

⁴⁹ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.^a, 18 de noviembre de 2009 (*AC* 2010, 60), computo del plazo de la acción desde el momento que adquiere firmeza la sentencia que estimaba la demanda de impugnación; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, 23 de julio de 2009 (*JUR* 2009, 46435); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 8.^a, 16 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 203955).

⁵⁰ MONTERROSO CASADO, E. (2019). Responsabilidad civil y consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de fidelidad: una cuestión de género, *op. cit.*, 1562.

⁵¹ MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J. (2019). Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo, *op. cit.*, 268.

⁵² BARCELÓ DOMENECH, J. (2012). El criterio de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar, *op. cit.*, 119-121.

⁵³ ROCA I TRIAS, E. (2000). La responsabilidad civil en el Derecho de Familia. Venturas y desventuras de los cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil, *op. cit.*, 562.

⁵⁴ RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M. (2003). Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de

la pareja de hecho, *op. cit.*, 75; ESPÍN ALBA, I. (2016). Daño moral por ocultación de la verdadera paternidad y responsabilidad parental, *op. cit.*, 3478 entiende que las prestaciones reparatorias «deberían estar restringidas a aquellos supuesto en que, como consecuencia de la ocultación, existe una pérdida o importante merma de los lazos afectivos y de la relación entre el falso padre y aquella persona que creía ser su hijo».

⁵⁵ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, 22 de julio de 2005 (*JUR* 2006, 163268); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 3.^a, 13 de diciembre de 2006 (*JUR* 2006, 38139); de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.^a, 16 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 217448); de la Audiencia Provincial Segovia, secc. 1.^a, 11 de diciembre de 2007 (*JUR* 2008, 148138) fija como indicio para acreditar el desconocimiento de la madre ante la falta de paternidad biológica de su marido, su propia oposición a la demanda de impugnación a la paternidad; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 14.^a, 31 de octubre de 2008 (*AC* 2009, 93); de la misma Audiencia Provincial, secc. 16.^a, 28 de noviembre de 2008 (*JUR* 2009, 72573) que destaca la irrelevancia del daño al afirmar que «en el presente caso, lo máximo que se sabe es que el demandante estaba disgustado y por supuesto reconoce no haber tenido afectación su trabajo ni tener ansiedad, razón por la cual en el recurso se insiste en la indemnizabilidad por el dolo de la demandada por mentir sobre paternidad) no por daño psicológico del demandante»; de la Audiencia Provincial Castellón, secc. 3.^a, 10 de febrero de 2009 (*AC* 2009, 346); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 3.^a, 8 de noviembre de 2010 (*AC* 2010, 2303); de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.^a, 10 de noviembre de 2010 (*AC* 2010, 2120); de la Audiencia Provincial Cádiz, secc. 5.^a, 21 de septiembre de 2012 (*JUR* 2012, 353634) califica la naturaleza del daño como duradero, y entiende prescrita la acción; de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.^a, 23 de noviembre de 2012 (*AC* 2012, 1643); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.^a, 13 de junio de 2014 (*AC* 2014, 1628); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 6.^a, 9 de julio de 2015 (*JUR* 2015, 235882); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 6.^a, 22 de septiembre de 2016 (*JUR* 2016, 227006); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.^a, 22 de marzo de 2018 (*JUR* 2018, 151429).

Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9.^a, 6 de noviembre de 2017 (*JUR* 2018, 111191) entiende que no concurre la acción culpable ni desde luego dolosa del demandado —el padre biológico— que dé lugar a responsabilidad extracontractual, pues, «no considera que el demandado carente de posesión de estado, ajeno al círculo familiar, y un extraño para los menores, tuviese obligación de irrumpir en una familia legalmente constituida, con los afectos consolidados inherentes a tal situación, afectos filiales y fraternales y hacia la familia extensa, abuelos, tíos y primos, hubiese de irrumpir, decimos, en la misma, planteando una demanda de filiación, cuando lo haría bajo simples sospechas por importantes que estas fuesen. Tampoco lo era exigible como alega el recurrido haber hecho unas pruebas de paternidad de espaldas al actor, porque aparte de suponer una intromisión en su intimidad, que puede considerarse ilegítima, solo tendrían sentido si a ella siguiese una demanda de paternidad». Es el hecho mismo de la falsa paternidad descubierta el que genera el daño moral, no su ocultación cuando nada trasciende al presunto padre.

⁵⁶ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.^a, 10 de febrero de 2009 (*AC* 2009, 346) que se considera no civilmente responsable a la mujer que ha manifestado al marido sus dudas sobre la paternidad del hijo.

⁵⁷ RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.^a (2003). Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho, *op. cit.*, 73 y 75. Por su parte, ALGARRA PRATS, E. (2012). Incumplimiento de deberes conyugales y responsabilidad civil, *op. cit.*, 37-38 coincide con esta doctrina que mantiene la tesis restrictiva y que limita la reparación de daños entre cónyuges a los supuestos constitutivos de delito o falta o que lesionan derechos fundamentales, pues, «de este modo, puede lograrse una mayor seguridad del sistema y una coherencia con la regulación del matrimonio en la actualidad».

⁵⁸ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.^a, 16 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 217448); y de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.^a, 10 de febrero de 2009 (*AC* 2009, 346).

⁵⁹ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 16.^a, 28 de noviembre de 2008 (*JUR* 2009, 72573).

⁶⁰ LA LEY 94472/2019.

⁶¹ La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 28 de febrero de 2008 (*RJ* 2008, 4035) distingue la distinta valoración del daño moral y patrimonial, al respecto se declara que, «el mayor margen de discrecionalidad en la determinación del importe de la indemnización corresponde a la producción de daños morales, y el menor en el caso de los daños patrimoniales, lo que está en lógica relación con su respectiva naturaleza, aunque en puridad no depende de ella, sino más bien de la certeza que se tiene en cuenta su producción. El daño moral, en cuanto no haya sido objeto de un sistema de tasación legal, dado que no puede calcularse directa ni indirectamente mediante referencias pecuniarias, únicamente puede ser evaluado con criterios amplios de discrecionalidad judicial, según la jurisprudencia que inveteradamente viene poniendo de manifiesto esta circunstancia, diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio de la mayor o menor probabilidad del resultado impedido por la acción dañosa, en los casos de frustración de derechos, intereses o expectativas. El daño patrimonial, sin embargo, aun cuando sea incierto, por no ser posible concretar su importe con referencia a hechos objetivos, por depender de acontecimientos futuros, si admite referencias pecuniarias, y por ello no debe ser apreciado con los criterios de discrecionalidad propios de los criterios de compensación aplicables al daño moral, como si de este se tratase, sino mediante una valoración prospectiva fundada en la previsión razonable de acontecimientos futuros y, en ocasiones, mediante una valoración probabilística de las posibilidades de alcanzar un determinado resultado económico que se presenta como incierto».

⁶² La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 29 de julio de 2011 (*RJ* 2011, 6285) con cita de la Sentencia de este mismo Tribunal de 21 de marzo de 2011 señala que «la información no veraz sobre infidelidades conyugales puede afectar el honor no solo del cónyuge a quien se atribuye la infidelidad, sino también el del cónyuge que la estaría soportando, pues del primero se predica un comportamiento indebido y al segundo se le atribuye una situación socialmente considerada en general como humillante o digna de lástima, lesionando así la dignidad de las personas afectadas o atentando contra su propia estimación, como prevé el artículo 7.7 de la LPDH».

⁶³ *RJ* 2003, 8643.

⁶⁴ *RJ* 2001, 2242.

⁶⁵ Precisa, asimismo que: «En esta idea cabe comprender aspectos tan difusos para su perceptibilidad jurídica, pero, sin lugar a dudas, de general acaecimiento y comprensión dentro del medio social, los siguientes: 1.º) Toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho ilícito (o hasta haber sido víctima de un ataque a su prestigio y reputación artística como en el caso enjuiciado por la Sentencia de 21 de octubre de 1996); si por las características de la gravedad de la lesión, con su residuo de secuelas vitalicias, se origina un componente de desquiciamiento mental en el así lesionado, también es posible que ello integre ese daño moral (...); 2.º) Puede ser también aspecto integrador de ese daño moral, cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos. Por naturaleza o sangre que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales, cuando a consecuencia del hecho ilícito se ve uno de ellos privado temporal o definitivamente de la presencia o convivencia por la persona directamente dañada por dicho ilícito, o por la situación deficitaria o de auténtica orfandad en que pueden quedar ciertas personas por las lesiones por la muerte de sus parientes más cercanos, por ejemplo, en el supuesto de una relación parental intensa, la pérdida del padre con respecto a los hijos, o a la inversa y demás parientes, o incluso, a veces, por relaciones de propia amistad o convivencia, o cuando dichas personas conviven tan estrechamente que se crean lazos pseudo-parentales ahora bien, se puntualiza que en la integración de este daño moral, lo que se trata de incorporar a este concepto no son las privaciones materiales o alimenticias que, a consecuencia de dichas lesiones o muerte, pueden padecer las personas o supervivientes que estuviesen bajo la tutela, custodia o el estipendio económico del lesionado o fallecido, porque obvio es, que tales contingencias se ubicarán dentro del campo de los daños corporales en general, o materiales en su moda-

lidad de perjuicios y es que lo que se pretende sustantivizar como daño moral es el dolor inferido o el sufrimiento, tristeza, angustia o soledad padecida por las personas que ante ese hecho ilícito se ven privadas de la vida de esas seres tan allegados con lazos tan intensos» (Fundamento Jurídico 6.º).

⁶⁶ *RJ* 2015, 4897. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de abril de 2012 (*RJ* 2012, 5902) señala que el daño moral «se identifica con las consecuencias no patrimoniales representadas por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que, en algunas personas pueden producir ciertas conductas, actividades e incluso resultados, con independencia de la naturaleza patrimonial o no del bien, derecho o interés infringido, y se indemniza junto al daño patrimonial, bien mediante la aplicación de reglas específicas como el artículo 1591 del Código civil, bien mediante las generales de responsabilidad contractual o extracontractual de los artículos 1101 y 1902 del mismo texto legal». Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 3.ª, 11 de octubre de 2000 (*AC* 2001, 2) manifiesta que «la reciente jurisprudencia se ha referido a diversas situaciones, entre las que cabe citar, el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, ansiedad, angustia, la zozobra como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre, el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente, impacto, quebranto o sufrimiento psíquico».

⁶⁷ *RJ* 2008, 3556. En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 2 de abril de 2004 (*RJ* 2004, 2607).

⁶⁸ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 31 de mayo de 2000 (*RJ* 2000, 5089).

⁶⁹ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21 de abril de 2005 (*RJ* 2005, 4133).

⁷⁰ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.ª, 2 de noviembre de 2004 (*AC* 2004, 1994) que consideró que el descubrimiento de la paternidad no biológica respecto de sus tres hijos menores «genera un sufrimiento superior al de la muerte de los mismos al no poder elaborar el duelo como repuesta a la pérdida sufrida (...)» (*FJ* 10.º); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, 16 de enero de 2007 (*JUR* 2007, 323682); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.ª, 5 de septiembre de 2007 (*JUR* 2007, 340366); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 8.ª, 16 de mayo de 2014; y de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.ª, 3 de marzo de 2016 (*AC* 2016, 799). En contra, el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de septiembre de 2014 (*JUR* 2014, 245986) que entiende rechazable la equiparación a la muerte, pues la extinción del vínculo no impide una futura recuperación de la relación; y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 2.ª, 3 de abril de 2008 (*JUR* 2008, 234675).

Para ESPÍN ALBA, I. (2016). Daño moral por ocultación de la verdadera paternidad y responsabilidad parental, *op. cit.*, 3469 entiende que «si bien este sufrimiento no es igual al de la pérdida de un hijo, desde luego puede hacerse insoportable y condicional gravemente la salud psíquica y física de quien lo padece». En contra, FARNÓS AMORÓS, E. Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad, *op. cit.*, 21.

⁷¹ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.ª, 2 de enero de 2007 (*JUR* 2007, 59972) «el sufrimiento padecido por el Sr. Pedro Francisco, la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre de que nos habla la jurisprudencia e incluso la pericial psicológica practicada»; de la misma Audiencia, secc. 1.ª, 30 de enero de 2009 (*JUR* 2009, 192431) ha quedado probado el estado de frustración y sufrimiento de D. Raúl que se hizo patente a los ojos de sus familiares y amigos. Presenta un cuadro de tristeza, llanto, astenia y apatía intensa; de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 3.ª, 16 de octubre de 2009 (*JUR* 2010, 79320) se destruye el vínculo creado entre padre e hijo con el evidente perjuicio que de ello se puede derivar para quien se creía padre del hijo de su mujer; de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 17.ª, 27 de octubre de 2011 (*JUR* 2015, 4436) impacto psíquico o emocional en quien ha venido ejerciendo la función que constituye la potestad sobre el menor de edad; de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, 13 de junio de 2017 (*AC* 2017, 1113) existe una situación clara de frustración y desasosiego de quien durante mucho tiempo ha tenido una relación, contacto y cariño con quien pensaba que era su hija, para luego enterarse que se trataba

de un hijo ajeno y por tanto, desvinculado del mismo; de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2.^a, 23 de abril de 2018 (AC 2018, 1384) hay, sin duda, desengaño, frustración y afectación de la imagen y consideración social de no ser padre de quien pública y legalmente lo era; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 13.^a, 25 de julio de 2018 (JUR 2018, 218657) decepción, desilusión, sentimiento de pérdida y frustración que supone no ser realmente quien engendró a quien creía su hijo; y, de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.^a, 19 de abril de 2018 (JUR 2018, 114596) impacto psíquico o emocional del actor que se creía padre de su hijo Elías, que ya cuenta 22 años.

Por su parte, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.^a, 9 de marzo de 2018 (JUR 2018, 112998) ambos progenitores eran plenamente conocedores que el demandado no era el progenitor de la menor, y además de una sentencia de divorcio que fijaba una pensión de alimentos, había una sentencia penal que le condenaba por un delito de abandono de familia, por lo que entiende la Audiencia que la demanda, con su actuar, amparándose en la apariencia formal y no en la verdad material, ha provocado la entrada en prisión del demandado, generándole unos daños psicológicos y morales que han de ser resarcidos.

⁷² Vid., la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, 29 de mayo de 2018 (JUR 2018, 168065) el daño moral deriva simplemente del engaño de la madre y no de la pérdida de la relación con el hijo que se mantiene.

⁷³ En esta línea, FARNÓS AMORÓS, E. (2018). Impugnaciones inesperadas, determinaciones tardías y abono de alimentos. En: R. Barber Cárcamo, S. Quicios Molina y R. Verdera Server (coords.), *Retos actuales de la filiación*, Madrid: Tecnos, 285-286. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 13.^a, 25 de julio de 2018 (JUR 2018, 168065) mantiene relaciones personales el exmarido que impugnó la paternidad y el hijo de 8 años hasta entonces matrimonial, al quedar probado el vínculo afectivo existente entre ambos; de ahí que, ante este hecho considere pertinente por la Audiencia rebajar la cuantía de la indemnización por daño de 10.000 a 3000 euros.

⁷⁴ Vid., la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 20 de noviembre de 2013 (RJ 2013, 7824).

⁷⁵ En esta línea, FARNÓS AMORÓS, E. (2011). Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad, *op. cit.*, 41-42.

⁷⁶ Vid., la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 3.^a, 8 de noviembre de 2010 (AC 2010, 2303) a partir de 2002 se produjo un distanciamiento tan considerable entre Nuria y el actor que cuando este, en 2005 presentó la demanda de impugnación de la filiación paterna, tales lazos ya se habían roto por parte de aquella —que además esta última, es de suponer, terminaría por extinguir—. Tal como habían sucedido los acontecimientos, precisa la Audiencia, «ese estado de cosas se habría producido cualquiera que fuese la filiación de Nuria, que no jugó un papel importante en la génesis de los mismos, por lo que se desprende de autos, de manera que la pérdida en cuestión no fue una consecuencia inherente a las resultas del mentado proceso, salvo, en su caso, en lo concerniente a la querencia del actor hacia su supuesta hija».

⁷⁷ Vid., la Sentencia de la Audiencia Provincial Cantabria, secc. 2.^a, 3 de marzo de 2016 (AC 2016, 799).

⁷⁸ MURILLAS ESCUDERO, J. M. (2015). La responsabilidad civil extracontractual por daños morales en la relación conyugal, *op. cit.*, 124; NEVADO CATALÁN, V. (2018). «Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad», *op. cit.*, 24. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial Alicante, secc. 2.^a, 3 de abril de 2008 (JUR 2008, 234675) que concreta como factores a tener en cuenta para fijar la indemnización: la afectación psicológica cierta sufrida por el actor o la imposibilidad de seguir manteniendo relaciones con la menor, pero también el escaso tiempo de convivencia del actor con la menor, máxime cuando la mitad lo fue a través del régimen de visitas que siguió a la separación, y la no excesiva duración de todo el proceso que tuvo lugar hasta la certeza de ello. Es por lo que fija en concepto de daños psicológicos y morales la suma de 35.000 euros; de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 1.^a, 12 de junio de 2014 (JUR 2014, 198469); y de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 11.^a, 13 de noviembre de 2014 (AC 2015, 228) que entre los parámetros objetivos a valorar hay que destacar: la

duración de la relación paterno-filial, la edad del menor, el vínculo afectivo existente, las consecuencias psicológicas.

⁷⁹ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.^a, 2 de noviembre de 2004 (AC 2004, 1994) fijó la cantidad más elevada hasta la fecha, un total de 100.000 euros en concepto de daños morales que deben satisfacer solidariamente ambos demandados, pues el dolo en el ocultamiento de la no paternidad puede ser reprochable moralmente en mayor medida a la que era su esposa, pero jurídicamente lo es a los dos por igual; en otras se ha concretado la cuantía en la cifra de 40.000 euros: Sentencias de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2.^a, 23 de abril de 2018 (AC 2018, 1384); y, de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.^a, 19 de abril de 2018 (JUR 2018, 114596); 30.000 euros: Sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 2.^a, 3 de abril de 2008 (JUR 2008, 234675); de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.^a, 2 de enero de 2007 (JUR 2007, 59972) y 16.200 por enriquecimiento injusto; de la misma Audiencia, secc. 1.^a, 30 de enero de 2009 (JUR 2009, 192431); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 3.^a, 16 de octubre de 2009 (JUR 2010, 79320); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 5.^a, 14 de julio de 2011 (AC 2011, 1537); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 11.^a, 13 de noviembre de 2014 (AC 2015, 228); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 1.^a, 12 de junio de 2014 (JUR 2014, 198469); y, de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.^a, 3 de marzo de 2016 (AC 2016, 799) entre otras; 25.000 euros: las Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.^a, 16 de enero de 2013 (JUR 2013, 150976); y de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.^a, 5 de septiembre de 2017 (JUR 2017, 245685); 15.000 euros: las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, 16 de enero de 2007 (JUR 2007/323682); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.^a, 18 de noviembre de 2009 (AC 2010, 60) 16.692 euros por daños patrimoniales; de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.^a, 9 de marzo de 2015 (JUR 2015, 129380); y de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.^a, 13 de junio de 2017 (AC 2017, 1113); 12.000 euros: Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.^a, 5 de septiembre de 2007 (JUR 2007, 340366) el engaño no duró más de un año; 8.000 euros: Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 13.^a, 25 de julio de 2018 (JUR 2018, 218657); 5.000 euros: Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.^a, 10 de diciembre de 2012 (JUR 2013, 116337); 4.000 euros: Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 9.^a, 9 de mayo de 2014 (AC 2014, 1397); y, 3.000 euros: Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.^a, 18 de mayo de 2012 (JUR 2012, 190526); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, 29 de mayo de 2018 (AC 2018, 168065).

⁸⁰ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 17.^a, 27 de octubre de 2011 (JUR 2015, 4436) se aporta informes de infartos sufridos, si bien no se ha acreditado que, los mismos, fueran ocasionados como consecuencia de tener conocimiento que el hijo no era suyo.

⁸¹ La asunción del coste de la prueba de paternidad en un 50% por ambos cónyuges, *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 2.^a, 3 de abril de 2008 (JUR 2008, 234675); y, secc. 5.^a, 13 de junio de 2017 (JUR 2017, 221073); y, la asunción de la totalidad del coste por la exesposa, *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial Girona, secc. 2.^a, 19 de abril de 2018 (JUR 2018, 114596).

⁸² MARTÍN CASALS M. y RIBOT IGUALADA J. (2019). Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo, *op. cit.*, 254.

⁸³ *Vid.*, por todos, DE LA CÁMARA, M. (2000). Comentario al artículo 112 a 114 del Código civil. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentario al Código civil y Compilaciones Forales, T. I*, 2.^a ed., Madrid: Edersa, 175; NANCLARES VALLE, J. (2011). Comentarios al artículo 112 del Código civil, *Código civil comentado, vol. I*, Pedro de Pablo Contreras y Rosario Valpuesta Fernández (coords.), Navarra: Civitas Thomson Reuters, 601; GARCÍA VICENTE, J. R. (2001). La impugnación de la paternidad matrimonial en el Código civil: en particular, algunas dudas de constitucionalidad sobre su *dies a quo* de ejercicio, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 15, 111; RIBOT IGUALADA, J. (2006). «Nota crítica a DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (coord.), *Daños en el Derecho de Familia*, Aranzadi Thomson, Cizur Menor, 2006, 254 pp.», *Anuario de Derecho Civil*, T. LIX, Fasc. IV, octubre-diciembre,

1888, precisa que «así las cosas, este tipo de pretensiones no se configuran habitualmente como acciones de daños. Entre otras cosas, porque ello impone un juicio de imputabilidad subjetiva y de causalidad que, las más de las veces hace inviable el recurso en vía de regreso». Por lo que «el remedio adecuado parece ser la acción de enriquecimiento injustificado, si bien esta tampoco está exenta de problemas, especialmente, cuando quien la ejerce no es el otro progenitor, sino un tercero (v.gr. el padre putativo) con quien el menor había convivido»; ÁLVAREZ OLALLA, P. (2015). Daños causados al progenitor a consecuencia de la impugnación de la paternidad, *op. cit.*, 8, manifiesta que, «no debería vedarse a ultranza la posibilidad de reclamar la devolución de las cantidades abonadas como mantenimiento del menor en casos en los que la conducta de los demandados haya sido especialmente reprochable y contraria al principio de buena fe». No obstante, a reglón seguido, añade que «lo cierto es que la exigencia de una especial intencionalidad al respecto nos sitúa más bien ante la acción de responsabilidad civil, que ante las acciones de enriquecimiento».

⁸⁴ Vid., RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1991). Comentario al artículo 112 del Código civil, *Comentario del Código civil, T. I*, Madrid: Secretaría General Técnica. Ministerio de Justicia, 438.

⁸⁵ Vid., VERDERA SEVER, R. (2013). «Comentario al artículo 112 del Código civil». En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil, T. I*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1173.

⁸⁶ LA LEY 55079/2015.

⁸⁷ Formulan voto particular los magistrados Excmos. Sres. D. Antonio SALAS CARCELLER y Don Francisco Javier ORDUNA MORENO al amparo de lo previsto en los artículos 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la LEC. Al respecto alegan que «(...) debe precisarse que el moderno Derecho de familia, referenciado en la Constitución española y las reformas realizadas, se ha profundizado tanto en la responsabilidad familiar que individualmente asume cada cónyuge, como en la diferenciabilidad de sus respectivas responsabilidades de índole patrimonial; todo ello, conforme al principio de igualdad jurídica que informa «plenamente», a los cónyuges tanto para promover matrimonio como para desarrollar las relaciones familiares, sin dispensa o pretexto alguno al respecto. Esta razón de exigibilidad de la responsabilidad familiar que individualmente asume cada cónyuge, así como de la diferenciabilidad de su respectiva responsabilidad patrimonial, resulta predicable de cada uno de los institutos de Derecho de Familia que la sentencia toma en consideración. Así, y en síntesis, respecto de las propias relaciones de paternidad en donde la sentencia reconoce expresamente, la base «principal» que tiene la verdad biológica en materia de filiación, cuya responsabilidad derivada asume cada cónyuge y no los hijos beneficiados por la relación de filiación, como ocurre en el presente caso, donde la reclamación económica no se dirige contra la hija, ni se cuestionan los beneficios obtenidos por ella en dicha relación. Del mismo modo, respecto del derecho de alimentos que, forma parte del contenido básico de la filiación y se encuentra ligado, necesariamente, con la condición de padre o madre (art. 110 CC) que le sirve de fundamento. De forma que, aunque el derecho de alimentos quede integrado, a su vez, en la relación de patria potestad y su peculiar régimen legal, no es menos cierto que, por ello pierda su carácter genuinamente patrimonial que se deriva de su propia naturaleza, sobre todo cuando su toma de razón no es otra que el carácter debido o indebido de su pago; cuestión claramente diferenciable de la función o finalidad asistencial que personalmente informe a la obligación de prestar alimentos respecto de los hijos, auténticos beneficiarios de la misma, como se ha señalado. En parecidos términos, respecto del alcance declarativo y, por tanto, *ex tunc*, que acompaña o caracteriza el ejercicio de la acción de impugnación de filiación matrimonial, que necesariamente declara la ausencia del presupuesto causal de la filiación desde su inicial determinación, sin intervalos o espacios intermedios al respecto. Impugnada con éxito la filiación matrimonial, la consecuencia innegable que se deriva es que el marido no tuvo nunca la condición de padre respecto del hijo. Alcance cuya retroacción de efectos, si bien permite cierta modulación como señala la sentencia (art. 180.3 CC) lo es en consideración, exclusivamente, de la posición jurídica del menor afectado, no respecto de la posición de la madre y su posible responsabilidad en la falsa determinación inicial de la paternidad, o en las consecuencias derivadas de su propia patria potestad respecto con su hijo. En todo caso, si no bastara con las anteriores razones en pro de la debida exigencia de la responsabilidad patrimonial de la mujer respecto

de una obligación de alimentos que cobró, sin causa para ello, y con incumplimiento de su deber de patria potestad a prestarlos íntegramente, debe tenerse en consideración que su comportamiento, acreditado en el presente caso, constituyó una vulneración frontal y directa al principio general de buena fe, tanto en su manifestación nuclear, como en sus respectivas aplicaciones (arts. 7.1 y 1258 CC). En efecto, convenció a su marido para que se sometiera a un sufrido y costoso tratamiento de fertilidad, para acto seguido, tener las relaciones extramatrimoniales que dieron lugar al nacimiento de su hija. Comportamiento doloso, a todas las luces, que debió reforzar la pretensión restitutoria que aquí se reclama pues, en caso contrario, se premia la impunidad de actuación y la ausencia de responsabilidad tanto respecto de ella, como del verdadero progenitor; al cual ya no se le podrá reclamar el pago de estos alimentos que el marido realizó, sin causa y de forma indebida».

Para ESPÍN ALBA, I. (2016). Daño moral por ocultación de la verdadera paternidad y responsabilidad parental, *op. cit.*, 3471, la conclusión más importante del voto particular es que «una solución como la adoptada por la presente sentencia no solo impide el resarcimiento del daño frente a la madre, sino también frente al verdadero padre, en el caso de que llegara a ser conocido». Esta situación puede llevar a que, erróneamente, se vea en la demanda de daños morales, la única salida para obtener algún resarcimiento».

Por su parte, MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J. (2019). «Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo», *op. cit.*, 274-275 después de manifestar que en su opinión la sentencia de 2015 resolvió correctamente la cuestión tal y como se planteó, discrepan del voto particular en lo referente a que la desestimación de la acción de cobro de lo indebido contra la madre «implique necesariamente excluir también la posibilidad de reclamar esas pensiones al padre biológico, en caso de que llegue a ser declarado padre legal». No obstante, añade que de ello «no se sigue que el padre putativo carezca de acción para reclamar lo abonado a quien de hecho se ahorró lo que hubiera tenido que pagar de no haber pagado él».

⁸⁸ Sin embargo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial Toledo, secc. 2.ª, 7 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 42414) se deniega la devolución de 6000 euros reclamados por el exmarido con fundamento en el artículo 1895 del Código civil porque no se acredita la existencia de dolo o mala fe en la madre. Igualmente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.ª, 16 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 217448). Para la restitución de alimentos por cobro de lo indebido (art. 1895) no requiere como presupuesto un criterio de imputación subjetiva en el *accipiens*.

⁸⁹ En la línea de los magistrados que firman el voto particular, MUÑOZ GARCÍA, C. (2017). Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2015. Reembolso de las cantidades satisfechas en concepto de alimentos tras declararse la inexistencia de la relación paterno-filial. En: M. Yzquierdo Tolsada (coord.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil*, vol. 9, 642-643 después de manifestar que «cuando la sentencias de la Audiencia y del Tribunal Supremo estiman que no hay cobro de lo indebido mientras no se declare la inexistencia de la relación paterno-filial, lo que quieren es buscar una fundamentación jurídica *ad hoc* que justifique lo que querían resolver; que no era otra cosa que, la desestimación del reembolso de las cantidades satisfechas en concepto de alimentos», precisa que «lo que sí cree, sinceramente, es que cuando hay ocultación de la paternidad y se pagan alimentos tras la ruptura, con base en la obligación legal de dar alimentos a los hijos, se está produciendo un cobro de lo indebido con el consiguiente enriquecimiento de quien ocultó la verdad y que tendrá que haber cubierto las necesidades de la menor en solitario, o hacer partícipe de ellas al verdadero padre». Ello no obsta, concluye la autora para que «reclame a la madre que, ocultó la verdad biológica, la reparación de los daños y perjuicios causados al amparo del artículo 1902 del Código civil, cuando concurren los requisitos que configuran la responsabilidad civil» (p. 648).

⁹⁰ UREÑA MARTÍNEZ, M. (2019). La ocultación de la paternidad matrimonial no genera daño moral ni patrimonial resarcible exartículo 1902 del Código civil, *op. cit.*, 237 entiende que resulta correcta esta argumentación del Tribunal Supremo en el sentido que «la indebida» prestación alimenticia —que el falso padre abona al hijo, mientras se mantiene la presunción de paternidad matrimonial— no se considera un daño patrimonial resarcible exartículo 1902 del Código civil por los argumentos señalados con anterioridad: los alimentos

se abonaron en cumplimiento de una obligación legal, y se han consumidos para satisfacer las necesidades del menor». Asimismo, LÓPEZ CRUZ, L. (2019). «Responsabilidad civil por los daños morales ocasionados en el ámbito familiar a causa de la ocultación de la paternidad. Comentario a la STS 13 de noviembre de 2018», *op. cit.*, 232 destaca que, el interés casacional de esta sentencia estriba «por un lado, en la protección del interés superior del menor, que se prioriza pese a la no coincidencia de la paternidad aparente y la biológica, y por otro, en el juego que se le da a la presunción matrimonial, pues, mientras esta no es judicialmente desvirtuada despliega todos sus efectos como su de verdadera paternidad biológica se tratase y tales efectos no se verán alterados *a posteriori* aunque se constate filiación distinta».

⁹¹ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 3.ª, 13 de diciembre de 2006 (*JUR* 2007/38139); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 1.ª, de 16 de enero de 2007 (*JUR* 2007, 323682); de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.ª, 16 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 217448); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.ª, 5 de septiembre de 2007 (*JUR* 2007, 340366); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, 16 de enero de 2007 (*JUR* 2007, 323682); y de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.ª, 19 de abril de 2018 (*JUR* 2018, 114596) que cifra la cantidad en 106.769,68 euros.

⁹² Considerando que procede la devolución de las cantidades en aplicación de la doctrina del cobro de lo indebido, *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, 22 de julio de 2005 (*JUR* 2006, 163268) desde la fecha de la interposición de la demanda de impugnación; de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.ª, 2 de enero de 2007 (*JUR* 2007, 59972); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 2.ª, 3 de abril de 2008 (*JUR* 2008, 234675) tras la sentencia de separación matrimonial; de la Audiencia Provincial Santa Cruz de Tenerife, secc. 3.ª, 16 de octubre de 2009 (*JUR* 2010, 79320) la condena al padre biológico, cuya paternidad había sido determinada al pago de 9120 euros en concepto de alimentos asumidos por el actor; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, 18 de noviembre de 2009 (*AC* 2010, 60); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.ª, 28 de septiembre de 2009 (*JUR* 2009, 460702); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, 18 de noviembre de 2009 (*AC* 2010, 60) desde la sentencia de separación; de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, de 15 de octubre de 2010 (*JUR* 2010, 391646); de la misma Audiencia y sección, 18 de mayo de 2012 (*JUR* 2012, 190526); y de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, 13 de junio de 2017 (*AC* 2017, 1113). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, 13 de abril de 2005 (*JUR* 2005, 172541) precisa la imposibilidad de reclamar cantidades devengadas con anterioridad al establecimiento de la pensión. Así señala que «el criterio general es que la prestación voluntaria de alimentos por un obligado es irrepetible, en cuanto supone el cumplimiento de una obligación legal y ninguna norma le reconoce el derecho al reintegro por carecer de la acción correspondiente a tal reclamación. Esto concuerda con la norma del Código civil común (art. 148) y del Codi Família catalán (art. 262) coincidentes en el sentido de prohibir la petición de alimentos pasados, con anterioridad a la reclamación judicial, al estar concebida esta prestación para cubrir necesidades presentes y futuras, de modo que, la reclamación determina la efectividad de la prestación. El derecho a percibir pensiones solo surge desde la reclamación, que constituye así un requisito de eficacia de la prestación. Mientras no se reclame alimentos no surge la deuda relativa a una pensión y la persona que los ha prestado como obligada no puede solicitar pensiones correspondientes a tiempo anterior».

En esta línea, MURILLAS ESCUDERO, J. M. (2015). La responsabilidad civil extracontractual por daños morales en la relación conyugal, *op. cit.*, 124; FARNÓS AMORÓS, E. (2018). Impugnaciones inesperadas, determinaciones tardías y abono de alimentos, *op. cit.*, 278 y 280 tras afirmar que «la madre podría verse obligada a devolver las cantidades pagadas por el padre legal tras la separación de hecho o tras la sentencia o convenio de separación o divorcio que le impone una pensión de alimentos a favor de la menor», precisa que «en estos casos, la acción debería poder retrotraerse al momento del nacimiento del menor si, además del dolo de la parte demandada, consiguen probarse los pagos realizados por el actor desde ese momento».

⁹³ Consideran que existe una obligación de pago mientras se mantiene el vínculo de la filiación y los alimentos se entienden consumibles, *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia

Provincial de Toledo, secc. 2.^a, 7 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 42414) el pago realizado entre los años acotados hasta la fecha de la sentencia que declara la no paternidad, lo es en cumplimiento de una sentencia que lo determina; de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2.^a, 29 de febrero de 2012 (*AC* 2012, 359); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 8.^a, 16 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 203935); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 1.^a, 12 de junio de 2014 (*JUR* 2014, 198469); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.^a, 13 de junio de 2014 (*AC* 2014, 1628); de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.^a, 9 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 129380); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9.^a, 6 de noviembre de 2017 (*JUR* 2018, 111191) rechaza la pretensión resarcitoria al amparo de los artículos 1895 y 1902 del Código civil; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.^a, 22 de marzo de 2018 (*JUR* 2018, 151429) demanda del actor contra la madre y el padre biológico de una menor de cuatro años; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, 29 de mayo de 2018 (*JUR* 2018, 168065).

No obstante, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.^a, 7 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 42414) justifica la no procedencia del cobro de lo indebido en que no se ha acreditado la existencia de dolo o mala fe en los momentos periódicos en que percibió los alimentos, cuando se exige ningún juicio de imputación para la operatividad del cobro de lo indebido en estos casos.

⁹⁴ YZQUIERDO TOLSADA, M. (2018). Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018. Ocultación al marido de la verdadera paternidad. Consecuencias para el Derecho de familia y para la responsabilidad civil, *op. cit.*, 417-418. Por su parte, FERRER RIBA, J. (2018). Los efectos de la filiación y su restricción o exclusión, *Retos actuales de la filiación*, Madrid: Tecnos, 301 va más allá y entiende que «parece razonable, en este punto, permitir la acción de reembolso contra el progenitor legalmente determinado, por el importe que dejó de abonar gracias a la contribución del *solvens*, y también contra el otro, con el mismo alcance retroactivo que la ley establezca para la reclamación de alimentos debidos a los hijos menores de edad (esto es, desde que dicho progenitor conoció o pudo conocer razonablemente su condición como tal)».

⁹⁵ YZQUIERDO TOLSADA, M. (2018). Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018. Ocultación al marido de la verdadera paternidad. Consecuencias para el Derecho de familia y para la responsabilidad civil, *op. cit.*, 421.

⁹⁶ *RJ* 2016, 4457 y *RJ* 2016, 4844. La primera considera que «el artículo 148.1 del Código civil establece una mínima retroactividad hasta la fecha de la interposición de la demanda y no desea una posible reclamación extrajudicial, por un determinado periodo, como ocurre en el Código civil de Cataluña, siendo así que hasta ese momento los alimentos ya se han prestado o han sido atendidos por quien los reclama y como tales se han consumido, desapareciendo la necesidad», a lo que añade que «se trata, sin embargo, de una previsión legal establecida en beneficio del alimentante que atiende a la especial naturaleza de la deuda alimenticia y a un momento en que este conoce su deber de prestación frente al alimentista que ha dejado de cumplir y que finalmente le impone la sentencia. La reclamación fija el momento a partir del cual el deudor interpelado por el acreedor no paga, incumple la obligación que le impone la ley de abonar una prestación alimenticia que hasta ese momento ha sido cubierta. Y si el alimentista carece de acción para ampliar su reclamación a un momento anterior, porque lo impide el artículo 148, con mayor motivo no la tendrá su madre a través de la acción de reembolso ejercitada al margen de las reglas propias que resultan de la obligación de proveer alimentos en orden a satisfacer las múltiples necesidades de los hijos. Puede haber, sin duda, una obligación moral a cargo de quien finalmente es declarado padre, pero lo cierto es que la ley no concede acción para pedir el cumplimiento de un deber de esta clase y considera, igualmente, justo negar acción para compensar una situación que puede considerarse injusta» (*Fundamento de Derecho* 3.º). La segunda indica al respecto que lo que el legislador ha querido con tal disposición «es proteger al deudor de alimentos, evitando que le sea reclamada una cantidad elevada de dinero (hasta cinco años de pensiones, a tenor del art. 1966.1.º CC) a quien podía desconocer o dudar razonablemente que era, o por qué importe era, deudor de alimentos. Así lo ha explicado la doctrina científica más autorizada en la materia (*Fundamento de Derecho* 3.º, número 6).

⁹⁷ En todo caso, frente a esta limitación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la exigibilidad de los alimentos debidos a los hijos menores de edad a los devengados a partir de la fecha de la demanda de su reclamación en aplicación del artículo 148.1 del Código civil, FERRER RIBA, J. (2018). «Los efectos de la filiación y su restricción o exclusión», *op. cit.*, 300 le parece oportuna «la introducción de una regla específica para los alimentos debidos a los hijos menores de edad, que permitiera la reclamación a todo progenitor —salvando los efectos de la prescripción— desde que conoció o pudo conocer su condición de tal, con independencia del momento de determinación de la filiación y de la reclamación judicial o extrajudicial de los mismos». Asimismo, FARNÓS AMORÓS, E. (2018). «Impugnaciones inesperadas, determinaciones tardía y abono de los alimentos», *op. cit.*, 293 defiende la necesidad de modificar el artículo 148.1 del Código civil, pues tal como está redactado en la actualidad «no solo desprotege a las madres solas, sino que es contraria al interés superior del menor».

⁹⁸ En esta línea, el artículo 240-9 de la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil al disponer que «1. La obligación a dar alimentos es exigible desde que los necesite para subsistir la persona que tiene derecho a percibirlos, pero no se abonan sino desde la fecha de reclamación judicial o extrajudicial; 2. En el caso de los alimentos a los hijos menores pueden solicitarse los anteriores a la reclamación judicial o extrajudicial, salvo que el deudor desconociera su paternidad. En este último caso se abonarán desde la reclamación judicial».

⁹⁹ En esta línea, MARTÍN CASALS, M., y RIBOT IGUALADA, J. (2019). Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo, *op. cit.*, 276; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2017). El valor de los deberes personales entre los cónyuges: incumplimiento del deber de fidelidad. En: J.A. García Amado (dir.), P. Gutiérrez Santiago y M. Ordás Alonso (coords.), *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares*, Madrid: La Ley, 58-59.

¹⁰⁰ Vid., las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 13 de enero de 2015 (RJ 2015, 266); 2 de febrero de 2015 (RJ 2015, 488); y 3 de marzo de 2015 (RJ 2015, 603) entre otras.

Para YZQUIERDO TOLSADA, M. (2018). Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018. Ocultación al marido de la verdadera paternidad. Consecuencias para el Derecho de familia y para la responsabilidad civil, *op. cit.*, 414, este recordatorio «se antoja innecesario, pues existe una infinidad de sentencias del Tribunal Supremo precisamente en torno al *dies a quo* o al cómputo del plazo».

¹⁰¹ La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 28 de octubre de 2009 (RJ 2009, 5817) distinguiendo entre el daño continuado y el daño duradero o permanente, que es aquel que se produce en un momento determinado por la conducta del demandado pero persiste a lo largo del tiempo con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado.

¹⁰² La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 7 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 4474) distingue entre daños permanentes y daños continuados. El daño duradero o permanente «es el que se produce en un momento determinado, pero persiste a lo largo del tiempo, con la posibilidad, incluso de agravarse por factores ajenos a la acción u omisión del demandado. En caso de daño duradero o permanente el plazo de ejercicio comenzará a correr «desde que lo supo el agraviado» como dispone el artículo 1968.2 del Código civil, es decir, desde que el afectado tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su trascendencia mediante pronóstico razonable. De otro modo, se daría la hipótesis de absoluta imprevisibilidad de la acción, vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada por el artículo 9.3 de la Constitución Española y fundamento, a su vez, de la prescripción y la caducidad. En cambio, los daños continuados, esto es, lo de producción sucesiva causados por una conducta continuada en el tiempo, no se inicia el cómputo del plazo de presunción hasta la producción del resultado definitivo. Si bien, ha de matizarse que esto es así, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la producción de los daños». (*Fundamento de Derecho 3.º*).

Por su parte, en la línea de la doctrina establecida en esta Sentencia de 14 de julio de 2010, Vid., las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 17.ª, 27 de octubre

de 2011 (*JUR* 2015, 4436); de la Audiencia Provincial d Cádiz, secc. 5.^a, 21 de septiembre de 2012 (*JUR* 2012, 353634); de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.^a, 3 de marzo de 2016 (*AC* 2016, 799); y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 6.^a, 22 de septiembre de 2016 (*JUR* 2016, 227006).

¹⁰³ Para MARTÍNS CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J. (2019). Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo, *op. cit.*, 252 entienden que en este punto, es importante destacar que fijar un *dies a quo* distinto para cada uno de los distintos perjuicios que provienen de un mismo hecho, no parece la solución más adecuada. Supone confundir el daño como interés jurídico protegido que justifica otorgar tutela aquiliana en estos casos con los perjuicios o concretas partidas resarcitorias que son consecuencia del daño y escindir la acción en tantas acciones como perjuicios resarcibles».

¹⁰⁴ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 14 de julio de 2010 (*RJ* 2010, 5152) que fija para el comienzo de la fecha del cómputo la notificación de la resolución que declara firme la sentencia de impugnación; y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 3.^a, 5 de julio de 2002 (*AC* 2002, 243519); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.^a, 11 de mayo de 2004 (*AC* 2004, 259384); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 3.^a, 20 de septiembre de 2006 (*JUR* 2006, 279201); de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.^a, 2 de enero de 2007 (*JUR* 2007, 59972); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.^a, 18 de noviembre de 2009 (*AC* 2010, 60); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 17.^a, 27 de octubre de 2011 (*JUR* 2015, 4436); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.^a, 21 de septiembre de 2012 (*JUR* 2012, 353634); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 11.^a, 13 de noviembre de 2014 (*AC* 2015, 228); de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.^a, 8 de junio de 2016 (*JUR* 2016, 172274); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 6.^a, 22 de septiembre de 2016 (*JUR* 2016, 227006) el *dies a quo* del plazo prescriptivo en el momento de la notificación de la resolución que declara la firmeza de la sentencia que estima la impugnación; y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 6.^a, 16 de octubre de 2017 (*AC* 2018, 1076).

Para FARNÓS AMORÓS, E. (2018). Impugnaciones inesperadas, determinaciones tardía y abono de los alimentos, *op. cit.*, 284 indica que el momento en que recae la sentencia firme de impugnación «se considera un hecho objetivo que aporta mayor seguridad jurídica, ya que permite elaborar un discurso basado en el carácter definitivo y oficial de la pérdida».

¹⁰⁵ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.^a, 2 de noviembre de 2004 (*AC* 2004, 1994) valora como *dies a quo* el momento del conocimiento del resultado de las pruebas de ADN.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.^a, 19 de abril de 2018 (*JUR* 2018, 114596) señala al respecto que una cosa es reconocer que la esposa fue infiel y otra muy distinta reconocer que fruto de esta relación extramatrimonial fuera concebido el hijo nacido constante matrimonio. Asimismo, en cuanto a la prescripción de la acción ratifica lo resuelto en la sentencia de instancia acreditando que el actor tuvo conocimiento que el hijo nacido en el matrimonio no era su hijo biológico, cuando se lo comunicó su hijo Elías en agosto de 2016, y la demanda se interpone en diciembre de 2016, no estando en consecuencia prescrita la acción ejercitada de conformidad con lo establecido en el artículo 121-21.3 del Código civil catalán que, fijaba un plazo de tres años para el ejercicio de la acción por responsabilidad extracontractual.

¹⁰⁶ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.^a, 10 de julio de 2018 (*JUR* 2018, 312234).

¹⁰⁷ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.^a, 16 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 217448); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, 23 de julio de 2009 (*JUR* 2009, 464365); y, de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.^a, 19 de abril de 2018 (*JUR* 2018, 114596).

¹⁰⁸ La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 20 de julio de 2017 (*RJ* 2017, 4142) de nuevo dispone que «no existe duda que la presentación de la solicitud de conciliación, con ulterior admisión de la solicitud, interrumpe la prescripción». En cuanto a la fecha de inicio del cómputo del plazo de prescripción tras la interrupción, la Sentencia de este mismo Tribunal y Sala, 10 de septiembre de 2010 (*RJ* 2010, 6966) sostiene que «es

jurisprudencia de esta Sala que la interrupción de la prescripción implica la amortización del tiempo pasado, que se tiene por no transcurrido, de suerte que a partir de la interrupción hay que comenzar a computar de nuevo el plazo para que se cumpla el tiempo de prescripción». Dicha jurisprudencia es aplicada también por otras Sentencias de este Alto Tribunal y Sala, como las de 16 de marzo de 2006 (*RJ* 2006, 5430) y 12 de junio de 2007 (*RJ* 2007, 5567) al señalar la primera que tras la interrupción «el tiempo tiene que volver a comenzar a contarse para dar lugar, en su caso, a una nueva prescripción», así como que la «prescripción «inutiliza el tiempo transcurrido para el cómputo» mientras que la suspensión paraliza la prescripción; y al indicar la segunda que interrumpida la prescripción por haberse promovido acto de conciliación y celebrado este sin avenencia «a partir de ese momento pudo ejercitarse nuevamente la acción». Asimismo, esta última resolución afirma que «el acto de conciliación instado por los actores-recorridos contra los demandados se celebró “sin avenencia” el día 14 de enero de 1994 y a partir de ese momento pudo ejercitarse nuevamente la acción de reclamación nacida desde el momento de la producción del hecho causante del daño, ya que para los actores resultaba evidente que la conciliación no había producido convenio o acuerdo alguno y que, por tanto, les quedaba como única salida la formulación de la demanda para la obtención de sus pretensiones resarcitorias». Más adelante concluye que «de conformidad con lo establecido en el artículo 479 de la anterior LEC, la presentación con ulterior admisión de la petición de conciliación interrumpirá la prescripción, pero el plazo legal de la misma comienza a correr de nuevo inexorablemente desde que el acto se da por terminado sin efecto al no haberse logrado avenencia».

Tal doctrina ha tenido su plasmación en el artículo 143 de la Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción voluntaria al afirmar en su párrafo segundo que «el plazo para la prescripción volverá a computarse desde que recaiga decreto del secretario judicial —letrado de la administración de justicia— o auto del juez de paz». Si bien, apuntan MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J. (2019). Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo, *op. cit.*, 253 que, actualmente el plazo para la prescripción no se computa necesariamente desde la celebración del acto de conciliación.

1.3. Derechos Reales

Los derechos de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Rústicos

The pre-emptive and first refusal rights in the Law on Rural and Agricultural Leases

Por

FRANCISCO MILLÁN SALAS
*Profesor Contratado Doctor de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid*

RESUMEN: Este trabajo aborda el estudio de los derechos de tanteo y retracto en la Ley 49/2003, de Arrendamientos Rústicos. Estos derechos permiten al arrendatario que sea agricultor profesional adquirir con preferencia la finca rústica que lleva en arriendo y que el propietario ha decidido transmitir o ya ha transmitido *inter vivos*. Se analizan los titulares de estos derechos, los distintos negocios jurídicos que dan lugar al ejercicio del tanteo y retracto y los supuestos en que procede o no el ejercicio de estos derechos. Asimismo, se estudian las distintas garantías que tiene el arrendatario en orden al ejercicio del derecho de retracto. El arrendatario-retrayente como consecuencia del ejercicio del retracto se subroga en el lugar del adquirente en el negocio jurídico celebrado entre este y el transmitente, no se ve afectado por los actos que el adquirente realice con posterioridad a la transmisión y adquiere la plena propiedad de toda la finca rústica, de una parte determinada o de una cuota de la misma, extinguiéndose por confusión de derechos el contrato de arrendamientos rústicos. También abordamos el problema de la preferencia cuando concurren distintas personas y por distintos conceptos que tienen derecho de adquisición preferente sobre la finca rústica arrendada.

ABSTRACT: *This paper analyses the pre-emptive and first refusal rights enshrined in the Spanish Law 49/2003, on Rural and Agricultural Leases. The Law confers to tenants who are professional farmers the right to the preferential acquisition of the rural property where he is a tenant, when the owner has transferred the property inter-vivos. The paper examines the legal capacity of right-holders, the legal transactions which can be subject to pre-emptive and first refusal rights, the cases in which these rights do not apply and the legal guarantees and safeguards granted to leaseholders. A leaseholder who exercises the first refusal rights takes the place of the first purchaser; he/she is not affected by further actions carried out by the later after the first transfer, and would finally acquire the full ownership of the entire farmland or part thereof. The agricultural lease contract shall conclude in parallel. We also address the issue of better rights between potential right holders and the conflicting interest altogether.*

PALABRAS CLAVE: Arrendamiento. Rústico. Arrendatario. Tanteo. Retracto.

KEY WORDS: Lease. Rural. Tenant. Pre-emption. First refusal.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.—II. JUSTIFICACIÓN DE LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO.—III. TITULARES DE LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO.—IV. OBJETO DE LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO: 1. FINCA RÚSTICA ARRENDADA. 2. TRANSMISIÓN DE LA NUDA PROPIEDAD, DE PORCIÓN DETERMINADA O DE PARTICIPACIÓN INDIVISA DE LA FINCA RÚSTICA ARRENDADA.—V. NEGOCIOS JURÍDICOS QUE DAN LUGAR AL TANTEO Y AL RETRACTO.—VI. TANTEO.—VII. RETRACTO: 1. CONCEPTO. 2. SUPUESTOS QUE DAN LUGAR AL EJERCICIO DEL RETRACTO Y PLAZO PARA SU EJERCICIO. 3. ELEMENTOS PERSONALES. 4. ELEMENTOS REALES. 5. ELEMENTOS FORMALES. 6 GARANTÍAS DEL ARRENDATARIO: A) *Notificación de la transmisión al arrendatario.* B) *Acreditación de la notificación.* 7. EFECTOS.—VIII. SUPUESTOS EN LOS QUE NO PROCEDEN LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO.—IX. PREFERENCIA DE LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO.—X. EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO EN CASOS ESPECIALES: 1. FINCA CON DIFERENTES ARRENDATARIOS DE APROVECHAMIENTOS DIVERSOS. 2. ARRENDATARIOS DE PARTES DE UNA MISMA FINCA O EXPLOTACIÓN. 3. FINCA ARRENDADA PARCIALMENTE.—XI. CONCLUSIONES.—XII. RESOLUCIONES CITADAS.—XIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

El retracto de arrendamientos rústicos aparece regulado por vez primera en los artículos 16 y 17 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935 (en adelante LAR de 1935), el artículo 16 establecía que «en todo caso de transmisión a título oneroso de una finca rústica arrendada, de porción determinada o de participación indivisa de la misma, podrá el arrendatario ejercitar el derecho de retracto». Los artículos 16 y 17 de la LAR de 1935 fueron reformados por la Ley de 16 de julio de 1949, extendiendo el retracto a la donación *inter vivos*, con excepción de la donación por razón de matrimonio. Con posterioridad, la regulación del retracto aparece en los artículos 16 y 17 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 29 de abril de 1959, donde se recoge el contenido de los artículos 16 y 17 de la LAR de 1935 con las modificaciones sufridas por la Ley de 1949.

Toda esta legislación fue derogada por la Ley 83/1980, de Arrendamientos Rústicos, de 31 de diciembre (en adelante Ley 83/1980), en cuyos artículos 86 a 97 regulaban el derecho de retracto y, por primera vez, el derecho de tanteo.

A su vez, la Ley 83/1980 ha sido derogada por la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos (en adelante Ley 49/2003), quien reduce la duración mínima del contrato a tres años y suprime los derechos de tanteo y retracto, estableciendo en su exposición de motivos las causas de dicha supresión: «Con la regulación de la duración, pierden sentido los derechos de adquisición, el tanteo y el retracto, minuciosamente regulados en la Ley de 1980; por otra parte, la posible aplicación de tales derechos, que implican una notable limitación a la propiedad, alejaba a los propietarios de arrendar y, por tanto, se ha creído oportuno suprimirlos ahora, en aras de la libre circulación de la tierra que se estima cada día más conveniente».

Sin embargo, la Ley 49/2003 ha sido modificada por la Ley 26/2005, de 30 de noviembre (en adelante Ley 26/2005), ampliando el plazo de duración mínima

del contrato a cinco años y declarando su exposición de motivos que «Para ser eficaz, la ley tiene que posibilitar que, en igualdad de condiciones, determinados arrendatarios puedan incrementar su actividad económica, y para ello introduce los mecanismos de tanteo y retracto que le permiten acceder a arrendamientos de nuevas tierras».

Bajo el enunciado «Derechos de tanteo, retracto y adquisición preferente» se regulan en el artículo 22, apartados 2 al 9 de la Ley 49/2003 los derechos de tanteo y retracto arrendaticios rústicos, tras modificación sufrida por la Ley 26/2005. Sin embargo, no reconoce tales derechos al aparcerero como así hacía el artículo 118 de la Ley 83/1980.

El legislador con el enunciado del artículo 22 y con las referencias al derecho de adquisición preferente que hace el artículo 22 en sus apartados 3 y 5 da a entender que estamos ante tres derechos: tanteo, retracto y adquisición preferente; en cambio, el artículo 22.2 concede al arrendatario, en toda transmisión *inter vivos* de fincas rústicas arrendadas, los derechos de tanteo y retracto, sin mencionar la adquisición preferente; igualmente solo se menciona el tanteo y el retracto en los apartados 7 y 8. A nuestro juicio estamos ante dos derechos: tanteo y retracto. La adquisición preferente es el género y el tanteo y el retracto son formas de adquisición preferente. La expresión «adquisición preferente» aparece en el artículo 22 como una reiteración o redundancia de los derechos de tanteo y retracto¹.

II. JUSTIFICACIÓN DE LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO

Como derechos de adquisición preferente, el tanteo y el retracto atribuyen al arrendatario prioridad para adquirir, frente a otra persona, la finca rústica arrendada que el transmitente se propone transmitir o que ya ha transmitido. Se consideran, por tanto, como una forma de acceso a la propiedad por el arrendatario de la finca rústica que cultiva, produciendo una quiebra del principio de la autonomía de la voluntad y de la libre circulación de los bienes. Así, en el caso de que sean varios los arrendatarios de partes diferentes de una misma finca, el derecho de tanteo y retracto podrá ejercitarlo cada uno por la porción que tenga arrendada, lo que implica que el transmitente tenga que realizar distintas transmisiones quedando la finca dividida en varias partes (igual ocurre si solo una parte de la finca ha sido arrendada, aunque el derecho de tanteo y retracto se limita solo a la parte arrendada y no a toda la finca), e incluso, si alguno de esos arrendatarios no quiere ejercer los derechos de tanteo y retracto por la parte que lleva arrendada, podrá ejercerlos cualquiera de los demás arrendatarios, de manera que aquí, además, se quiebra la finalidad de los derechos de adquisición preferente al tener acceso a la propiedad de una parte de la finca quien no la cultiva, aunque cultive en arrendamiento otra parte de la misma finca.

Para asegurarse el cumplimiento de la finalidad perseguida por los derechos de adquisición preferente, el acceso a la propiedad de la tierra por parte del arrendatario, las leyes de arrendamientos rústicos desde la de LAR de 1935 hasta la Ley 83/1980 establecieron una prohibición temporal al arrendatario de enajenar, arrendar o cederla en aparcería, que en caso de incumplirla el arrendador podría pedir la resolución del contrato, recuperando la propiedad de la finca². Esta limitación a la facultad de disposición del arrendatario tenía por finalidad que el arrendatario realizase rápidos y especulativos contratos, dejando de explotar la finca adquirida como consecuencia de los derechos de tanteo y

retracto. Sin embargo, esta limitación a la facultad de disponer del arrendatario, como contraprestación a los derechos de adquisición preferente, no se encuentra regulada en la vigente Ley 49/2003 de Arrendamientos Rústicos, modificada por la Ley 26/2005.

La supresión de esta limitación al arrendatario, el que la Ley 49/2003, tras la modificación por la Ley 26/2005, establezca un plazo de duración mínimo de cinco años, sin prórroga forzosa sino voluntaria de cinco años, de manera que el arrendador que quiera transmitir la finca puede dejar pasar estos cortos plazos de tiempo, dando por terminado el contrato, y transmitírsela a quien quiera, o que el arrendatario, una vez terminado el arriendo, no tenga preferencia para volver a arrendar la finca en caso de que el propietario decida volver a arrendarla³, todos estos motivos hacen que los derechos de tanteo y retracto arrendaticios rústicos hayan perdido el sentido y finalidad para el que en su día fueron reconocidos.

En este mismo sentido se manifiesta DÍEZ SOTO cuando afirma que «la subsistencia de los derechos de adquisición preferente se antoja francamente inútil, y por tanto inconveniente, en un momento en que el modelo de contrato arrendaticio tiene ya muy poco que ver con el que acogieron las anteriores leyes de arrendamientos rústicos, fundamentalmente porque la realidad socioeconómica que se trata de regular también ha variado profundamente»⁴.

Estos derechos han fracasado históricamente en su objetivo de acceso a la propiedad. No han alcanzado los resultados prácticos que cabía esperar por dos razones de índole financiera a juicio de DE LA CUESTA SÁENZ y POVEDA BERNAL: primera, porque la adquisición de la propiedad inmoviliza buena parte del capital disponible para el cultivador; quien para financiar la operación se endeuda además por largo tiempo, ya que suele contratar un préstamo que garantiza con la hipoteca de la finca o explotación; y, segunda, porque, a diferencia del *leasing*, tras el pago de las rentas durante toda la vigencia del contrato, en ocasiones de larga duración, debía pagar íntegro el valor actual y no el residual de la finca⁵.

III. TITULARES DE LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO

1. ARRENDATARIO RÚSTICO

Los derechos de tanteo y retracto que reconoce la Ley 49/2003 tras la modificación por la Ley 26/2005 corresponden al arrendatario, agricultor profesional, que tenga concertado un contrato de arrendamiento rústico sujeto a las normas de la Ley 49/2003. No es posible, por tanto, tal ejercicio en los contratos no considerados como arrendamientos rústicos (art. 5), ni en los arrendamientos exceptuados de la Ley 49/2003 (art. 6), ni a los arrendamientos a los que no se le aplica la Ley 49/2003 (art. 7).

Además, al tener la Ley 49/2003 carácter irretroactivo, al proclamar su disposición transitoria primera que «Los contratos de arrendamiento y de aparcería vigentes a la entrada en vigor de esta ley, se regirán por la normativa aplicable al tiempo de su celebración», y suprimir los derechos de tanteo y retracto, y dado que dicha ley, según su disposición final tercera, entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el BOE, lo que entró en vigor el 27 de mayo de 2004, tampoco es posible el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto por parte de aquellos arrendatarios cuyos contratos de arrendamientos rústicos se concertaron desde el 27 de mayo de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2005, fecha de la entrada en vigor de la Ley 26/2005⁶, que vuelve a reconocer los derechos de tanteo y retracto.

Tienen derecho de tanteo y retracto a la muerte del arrendatario sus sucesores legítimos [art. 24 e) Ley 49/2003⁷], siempre que sean agricultores profesionales.

No tienen derecho de tanteo y retracto: el subarrendatario (STS de 10 de abril de 1992); el cesionario; el arrendatario que hubiese cedido su derecho (STS de 30 de junio de 1950); el arrendatario, persona física, que no sea agricultor profesional; el aparcerero, en cuanto que, aunque a la aparcería se le aplicarán con carácter supletorio, las normas sobre arrendamientos rústicos contenidas en los capítulos II, III, VI y VIII (art. 29 Ley 49/2003), vemos que no le son aplicables las contenidas en el capítulo VII, que, entre otras, recogen las normas relativas a los derechos de tanteo y retracto, en cambio, el artículo 118 de la Ley 83/1980 sí que reconocía al aparcerero el ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto y adquisición preferente al establecer: «Uno. El aparcerero tendrá derecho en toda enajenación intervivos de la finca rústica que explote en aparcería, de su nuda propiedad, de porción determinada o de participación indivisa de la misma, a acceder a la propiedad de ella mediante el ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto y adquisición preferente con los mismos requisitos, condiciones y efectos que se establecen para el arrendatario en esta Ley»; tampoco tienen derecho de tanteo y retracto los usufructuarios, los censatarios y los acreedores anticréticos porque, aunque tengan derecho a disfrutar de la finca, no tienen la condición de arrendatarios; ni el precarista (STS de 2 de febrero de 1993) al no tener título alguno para poseer la finca.

No es preciso para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto que el arrendatario se encuentre al corriente de pago de la renta, ni que el contrato de arrendamiento rústico conste por escrito, pues aunque el artículo 11.1 de la Ley 49/2003 establece que «los contratos de arrendamiento deberán constar por escrito», añade que «a falta de pacto entre las partes y salvo prueba en contrario, se presumirá la existencia de arrendamiento siempre que el arrendatario esté en posesión de la finca», por lo tanto, es preciso que el arrendatario posea la finca en virtud de un contrato de arrendamiento válido sujeto a las normas de la Ley 49/2003, con independencia de que el contrato sea verbal o escrito o que esté o no inscrito en el Registro general de arrendamientos rústicos, que según la disposición adicional tercera de la Ley 49/2003 tendrá carácter público e informativo. No se exige, como mantiene DÍEZ SOTO, que la condición de arrendatario se haya ostentado durante un plazo mínimo anterior al ejercicio de la preferencia⁸.

El arrendatario para ejercitar los derechos de tanteo y retracto ha de tener tal condición en determinados momentos. En el caso de tanteo, en el momento en el que el transmitente notifica al arrendatario su propósito de enajenar la finca rústica arrendada y en el momento de ejercitarlo; y en el caso del retracto, en el momento de la transmisión *inter vivos* de dicha finca y en el momento de ejercitarlo. Tanto para el tanteo como para el retracto ambos momentos pueden tener lugar durante la vigencia del contrato, durante sus prórrogas o durante la subsistencia del mismo a pesar de haberse extinguido el derecho del arrendador como vamos a ver a continuación.

Tienen capacidad para arrendar fincas rústicas no solo quienes teniendo capacidad para contratar tienen la plena capacidad del dominio sobre la finca, sino, además, quienes, no ostentando la plena titularidad del dominio sobre la finca, poseen sobre ella un derecho de goce, como es el caso de los usufructuarios, superficiarios, enfiteutas o censatarios a primeras cepas. Ya que los arrendamientos otorgados por dichas personas que poseen un derecho de goce sobre la finca se resolverán al extinguirse el derecho del arrendador (art. 10 Ley 49/2003), hemos de entender que el arrendatario no tendría derecho de tanteo o retracto cuando la

resolución del derecho del arrendador; por ejemplo, por el fallecimiento del usufructuario, haya tenido lugar antes del momento en que el arrendatario podría ejercitar tales derechos⁹. Sin embargo, esta regla encuentra dos excepciones en el mismo artículo 10 Ley 49/2003: una primera excepción es que al extinguirse el derecho del arrendador no haya terminado el año agrícola, en este caso subsistirá hasta que este concluya; y, una segunda excepción, es cuando al otorgamiento del contrato de arrendamiento hubiera concurrido el propietario (se entiende que da su pleno consentimiento a dicho contrato), en este supuesto el arriendo subsistirá durante todo el tiempo concertado en el contrato, cuando este exceda de la duración de los derechos de goce que tienen los usufructuarios, superficiarios, enfiteutas y quienes tengan un análogo derecho de goce sobre la finca o explotación. En estos casos, en los que a pesar de que el derecho del arrendador se haya extinguido el arrendamiento subsiste, el arrendatario podría ejercitar los derechos de tanteo y retracto si el momento de su ejercicio se produce durante la subsistencia del arrendamiento.

La Ley 49/2003 no establece límites superficiales al arrendatario para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, a diferencia de la Ley 83/1980, que establecía en el artículo 97 que «Los arrendatarios que a la vez sean propietarios de más de 20 hectáreas en regadío o de 200 de secano en territorio nacional no podrán ejercitar ninguno de los derechos de adquisición que establecen los artículos anteriores».

Lo que sí establece la Ley 49/2003 son límites superficiales para ser arrendatario, así el artículo 9.6 establece que: «En todo caso, no podrán ser arrendatarios de fincas rústicas las personas físicas que por sí o por persona física o jurídica interpuesta, sean ya titulares de una explotación agraria, o de varias, cuyas dimensiones y demás características serán fijadas en las distintas comarcas del país por los órganos competentes de las comunidades autónomas, sin que pueden exceder en total de 500 hectáreas de secano o 50 de regadío. Cuando se trate de finca para aprovechamiento ganadero en régimen extensivo, el límite máximo será de 1000 hectáreas. En el caso de las cooperativas agrarias y cooperativas creadas para la explotación comunitaria de la tierra, el límite anterior se multiplicará por el número de miembros que las compongan»¹⁰.

Los derechos de tanteo y retracto no nacen directamente del contrato de arrendamientos rústicos, sino que nacen, en el caso del tanteo, desde que el transmitente de la finca rústica arrendada notifica de forma fehaciente al arrendatario su propósito de enajenarla, y, en el caso del retracto, desde que el arrendatario tiene conocimiento exacto y completo de la transmisión *inter vivos* de la finca rústica arrendada. Los derechos de tanteo y retracto son derechos potestativos que, desde que se cumplen los presupuestos antes indicados y, además, en el caso de que el arrendatario sea persona física cuando tenga la cualidad de agricultor profesional, entran a formar parte del patrimonio del arrendatario y desde entonces los tendrá, pudiendo ejercitarlos o no, o renunciarlos o no, a su voluntad, sin que sea posible el ejercicio o la renuncia anticipada de los mismos¹¹. Sin embargo, el artículo 25.8 de la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos establece que las partes podrán pactar la renuncia del arrendatario al derecho de adquisición preferente.

2. ARRENDATARIO PERSONA FÍSICA QUE SEA AGRICULTOR PROFESIONAL

Respecto a las personas que tienen derecho de tanteo y retracto, la Ley 49/2003 se refiere en primer lugar al arrendatario, persona física, que sea agricul-

tor profesional. Aunque la Ley 49/2003 no exige el requisito de la profesionalidad para ser arrendatario, tal requisito debe concurrir en el arrendatario, persona física, para el ejercicio del tanteo y retracto. En este sentido, el artículo 9.1 de la Ley 49/2003 define, a los efectos de esta Ley, al agricultor profesional como quien obtenga unos ingresos brutos anuales procedentes de la actividad agraria superiores al duplo del Indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) establecido en el Real Decreto Ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del Salario Mínimo Interprofesional y para el incremento de su cuantía¹², y cuya dedicación directa y personal a esas actividades suponga, al menos, el 25 por cien de su tiempo de trabajo.

A la vista de este artículo, son dos los requisitos que determina el concepto de agricultor profesional: la obtención de un determinado nivel de ingresos provenientes de la actividad agraria; y la dedicación directa y personal a la actividad agraria, al menos, en un 25 por ciento de su tiempo de trabajo. El cumplimiento de ambos requisitos por parte del arrendatario implica la atribución al mismo de la condición de agricultor profesional y, consecuentemente, la posibilidad de ejercitar los derechos de tanteo y retracto¹³. La Ley 49/2003 no concede los derechos de tanteo y retracto al arrendatario que no sea agricultor profesional, ya que su dedicación a la actividad agraria es mínima y su fuente de ingresos no proviene fundamentalmente de esa actividad.

Puede ocurrir que durante la vigencia del contrato de arrendamientos rústicos el arrendatario no obtenga un año los ingresos que exige la ley para ese año debido a una mala cosecha o a la bajada de los precios de los productos agrarios, a pesar de que el arrendatario haya dedicado directa y personalmente a la actividad agraria, al menos, el 25 por ciento de su tiempo de trabajo; o, puede ocurrir, lo contrario, que obtenga el nivel de ingresos que marca la ley pero no haya dedicado directa y personalmente a la actividad agraria el 25 por ciento de su tiempo de trabajo. Es posible, por tanto, que un arrendatario, persona física, durante la vigencia del contrato tenga un año la condición de agricultor profesional y otro año no. Ante esta eventualidad, el problema está en determinar en qué momento el arrendatario, persona física, ha de ser agricultor profesional para, consecuentemente, ejercitar los derechos de tanteo y retracto. DÍEZ SOTO mantiene que la profesionalidad en el arrendatario debe concurrir precisamente en el momento en que se produce la enajenación que abre la posibilidad de ejercicio del retracto, correspondiendo a los juzgadores de instancia determinar la existencia o no de profesionalidad con arreglo a las pruebas obrantes en autos (SSTS de 26 de febrero de 1942 y 27 de marzo de 1992)¹⁴.

3. PERSONAS JURÍDICAS

La Ley 49/2003 menciona como titulares de los derechos de tanteo y retracto, además del arrendatario, persona física, que sea agricultor profesional, a las entidades a que refiere su artículo 9.2, estas son las cooperativas agrarias, las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, las sociedades agrarias de transformación y las comunidades de bienes.

Para ser arrendatarias las cooperativas agrarias, las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra y las sociedades agrarias de transformación deben tener, incluido en su objeto social, conforme a sus estatutos, el ejercicio de la actividad agraria y, en su caso, de actividades complementarias a esta dentro del

ámbito rural¹⁵, siempre que no excedan de los límites superficiales establecidos en el apartado 6 del artículo 9 de la Ley 49/2003, anteriormente vistos.

No tienen derecho de tanteo y retracto las personas jurídicas, sean civiles, mercantiles o laborales que, a pesar de reunir las condiciones para ser arrendatarias por haber incluido en su objeto social, conforme a sus estatutos, el ejercicio de la actividad agraria o de actividades complementarias a esta dentro del ámbito rural, no hayan adoptado alguna de las formas sociales que señala el artículo 9.2, estaríamos en los casos de la sociedad anónima, de la sociedad comanditaria por acciones, de la sociedad colectiva, de la sociedad de responsabilidad limitada, de la sociedad limitada nueva empresa, de la sociedad anónima laboral, etc.; ni las entidades u organismos de las Administraciones públicas, aunque pueden ser arrendatarios cuando estén facultados, conforme a sus normas reguladoras, para la explotación de fincas rústicas según el artículo 9.5 de la Ley 49/2003.

IV. OBJETO DE LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO

El artículo 22.2 de la Ley 49/2003 concede el derecho de tanteo y retracto al arrendatario en toda transmisión *inter vivos* de fincas rústicas arrendadas, de su nuda propiedad, de porción determinada o de participación indivisa de aquellas.

1. FINCA RÚSTICA ARRENDADA

Por lo que se refiere a la finca rústica, los arrendamientos rústicos se definen como «aquellos contratos mediante los cuales se ceden temporalmente una o varias fincas, o parte de ellas, para su aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal a cambio de un precio o renta» (art. 1.1 Ley 49/2003); de manera que, para que un contrato sea considerado de arrendamiento rústico, la finca ha de tener la consideración de rústica al tener un aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal¹⁶.

El arrendamiento puede recaer sobre una finca o sobre varias, o sobre una parte de la finca. También es posible el arrendamiento de explotaciones agrícolas, ganaderas o forestales, cuando sea dicha explotación objeto del arrendamiento en el conjunto de sus elementos, considerada como una unidad orgánica y siempre que lo hagan constar las partes expresamente en el contrato, acompañando el correspondiente inventario (arts. 1.3 y 2 de la Ley 49/2003).

La finca o fincas, o parte de ellas, o la explotación que se transmiten *inter vivos* han de estar arrendadas para que el arrendatario ejercite los derechos de tanteo y retracto. Ellas han de constituir el objeto del contrato de arrendamientos rústicos, siempre que dicho contrato esté sujeto a las normas de la Ley 49/2003.

2. TRANSMISIÓN DE LA NUDA PROPIEDAD, DE PORCIÓN DETERMINADA O DE PARTICIPACIÓN INDIVISA DE LA FINCA RÚSTICA ARRENDADA

El arrendatario tendrá derecho de tanteo y retracto cuando se transmita *inter vivos* tanto la plena propiedad como la nuda propiedad, y tanto si se transmite toda la finca o solo una parte determinada o indivisa de la misma.

Cuando lo que se transmita sea la nuda propiedad de la finca, mantiene MARTÍNEZ VALENCIA, «que siendo la nuda propiedad el dominio despojado del

ius fruendi, no hay inconveniente en admitir que su enajenación pueda dar lugar al retracto, aunque, eso sí, con las limitaciones consiguientes. No ocurre lo mismo en el otro supuesto que puede darse: el de que sea el usufructuario quien enajene su derecho, pues tratándose en este caso de un *ius in re alinea*, admitir el retracto sería interferirse en el derecho de dominio, el cual no puede quedar afectado por los actos de disposición del simple usufructuario»¹⁷. Como consecuencia del ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, recaerá en una misma persona, hasta que se extinga el derecho del arrendador-usufructuario, las condiciones de nudo propietario y arrendatario de la misma finca arrendada. También es posible que el derecho de retracto se ejercite una vez que el usufructo se ha extinguido y consolidado en la plena propiedad, en este caso, el retrato ha de ejercitarse no por la nuda propiedad sino por la plena propiedad, con el problema de cuál ha de ser la contraprestación que el retrayente ha de pagar al adquirente, esto es, si solo el valor de la nuda propiedad, o si también el valor del usufructo extinguido y consolidado en la plena propiedad. Las SSTs de 6 de febrero de 1992 y de 3 de marzo de 1992 mantienen que el retrayente tiene que pagar únicamente el precio pagado por el adquirente correspondiente a la nuda propiedad, que no hay enriquecimiento injusto por el retrayente en cuanto que el adquirente solo pagó el precio de la nuda propiedad y no del usufructo de la finca arrendada que ahora tiene en plena propiedad.

Cuando lo que se transmita sea una porción determinada de la finca, porción debidamente señalizada y delimitada, el arrendatario tiene derecho de tanteo y retracto sobre dicha porción. Se trata de la segregación de parte de una finca en la que toda o al menos la parte que se segrega está dada en arriendo. En el caso de que toda la finca esté arrendada, puede estarlo a favor de un mismo arrendatario o de varios por partes diferentes de la finca. En cualquier caso, la transmisión se limita a una parte de la finca respecto de la cual el arrendatario de dicha parte tiene derecho a ejercitar el tanteo y el retracto sobre la misma.

Cuando la transmisión sea de una participación indivisa de una finca rústica arrendada, el arrendatario tiene derecho a ejercitar el tanteo y el retracto no sobre una porción de terreno debidamente señalizada y delimitada de la finca, sino sobre la cuota indivisa de la finca rústica que lleva en arriendo y de la que el condueño-arrendador pretende transmitir o ya ha transmitido, teniendo el arrendatario rústico preferencia para adquirir dicha cuota frente a los demás condueños. En este caso, el arrendatario, como consecuencia del ejercicio del tanteo y retracto, es, además de arrendatario, condueño-arrendador de la finca rústica arrendada. Como condueño de la finca rústica puede adquirir la totalidad de la misma, en caso de que el otro u otros condueños vendan su participación, como consecuencia del retracto de comuneros.

V. NEGOCIOS JURÍDICOS QUE DAN LUGAR AL TANTEO Y AL RETRACTO

El artículo 22.2 de la Ley 49/2003 establece que el arrendatario tendrá derecho de tanteo y retracto en toda transmisión *inter vivos* de fincas rústicas arrendadas, incluida la donación, aportación a sociedad, permuta, adjudicación en pago o cualquiera otra distinta de la compraventa.

La expresión «transmisión» se refiere a la transmisión del dominio, y dentro de ella se comprende tanto las transmisiones onerosas como las gratuitas. No es posible reducir tal expresión a las transmisiones onerosas, en tanto que a continuación se dice «incluida la donación», ni tampoco es posible reducirla,

dentro de las transmisiones onerosas, a la compraventa, ya que el precepto incluye la aportación a sociedad, permuta, adjudicación en pago o cualquiera otra distinta de la compraventa. Se ha de tratar de una transmisión *inter vivos*, por lo que se ha de excluir, por una parte, la ocupación y la usucapión al no haber transmisión por el dueño, y, por otra, la herencia al no ser una transmisión *inter vivos* sino *mortis causa*. Tampoco es posible el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto cuando el propietario de la finca rústica arrendada haya sido expropiado de la misma.

Cuando el artículo 22.2 de la Ley 49/2003 emplea la expresión «o cualquiera otra distinta de la compraventa» está introduciendo un sistema de *numerus apertus* respecto a las transmisiones que dan lugar al tanteo y al retracto. Por lo que, además de las transmisiones que expresamente menciona el artículo 22.2 de la Ley 49/2003, podemos destacar: el censo reservativo, la renta vitalicia, el contrato de alimentos o la venta en pública subasta.

Respecto a la compraventa, como negocio jurídico que da lugar al ejercicio por el arrendatario de los derechos de tanteo y retracto implica una transmisión *inter vivos* a título oneroso de la finca rústica arrendada.

En el caso de ventas forzosas (incluyendo las derivadas de ejecución hipotecarias y de apremios administrativos, así como las realizadas por vía notarial), mantiene DÍEZ SOTO que, en principio, debería descartarse, desde el punto de vista legal, la posibilidad de admitir el uso del tanteo, admitiéndose el retracto una vez producido el remate en favor de un tercero (SSTS 16 de mayo de 1946, 20 de febrero de 1975 o 9 de junio de 1990)¹⁸. En cambio, para DÍEZ FLORES sí es posible el ejercicio del tanteo cuando la venta forzosa ha sido perfeccionada y antes de su consumación, si una vez aprobado el remate, el rematante se decide a notificárselo al arrendatario antes de la expedición del auto de adjudicación del remate¹⁹. Se admita o no el tanteo, lo que está claro es que es posible el ejercicio del retracto. El plazo para el ejercicio del retracto, según SSTS de 28 de junio de 1949, de 17 de febrero de 1956, de 29 de febrero de 1960 y de 20 de febrero de 1975, empieza a contarse, en los casos de subasta judicial, desde el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, en cambio, las SSTS de 11 de julio de 1992 y de 8 de junio de 1995, mantienen que el plazo empieza a contarse con la aprobación del remate y la subsiguiente adjudicación al rematante de la finca subastada.

En cuanto a la donación, el hecho de que el arrendador simulara un contrato de donación cuando realmente estaba celebrando una compraventa con la intención de que el arrendatario no pudiera ejercitar el derecho de retracto, fue el motivo por el que la Ley de 16 de junio de 1949 incluyera a la donación *inter vivos*, excepto la de por razón de matrimonio, como uno de los negocios jurídicos que daban lugar al retracto de arrendamientos rústicos. La donación como negocio jurídico que da lugar al tanteo y al retracto de arrendamientos rústicos implica la transmisión *inter vivos* a título gratuito de fincas rústicas arrendadas.

Sin embargo, según el artículo 22.5 a) de la Ley 49/2003, no es posible el ejercicio por el arrendatario de los derechos de tanteo y retracto en las donaciones, cuando el donatario-adquirente sea el cónyuge del donante-transmitente o descendiente, ascendiente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. La Ley 49/2003 ha ampliado el círculo de familiares del donante a los colaterales de grado ya sean por consanguinidad o afinidad en relación a la Ley 83/1980 donde en su artículo 92 establecía que «No procederán los derechos de tanteo, retracto y adquisición preferente en los casos siguientes: a) En las transmisiones a título gratuito cuando el adquirente sea descendiente o ascendiente del

transmitente o su cónyuge». La razón de esta excepción puede estar en cuanto la donación puede ser un anticipo de la herencia (hay que recordar que las transmisiones *mortis causas* están excluidas de los derechos de tanteo y retracto), de manera que el donante puede donar la plena propiedad o la nuda propiedad de la finca o explotación arrendada a favor de las personas antes mencionadas sin que el arrendatario pueda hacer uso del tanteo ni del retracto, con la finalidad de mantener la finca o explotación dentro del círculo familiar. Hay que destacar, como mantiene MAS BADÍA, que el artículo 22.5 a) de la Ley 49/2003 «no extiende expresamente el beneficio al conviviente de hecho, pero parece injustificado no realizar una interpretación extensiva de la norma en este sentido cuando la misma favorece, incluso, a los parientes por afinidad, cuya vinculación con el transmitente es mucho menor que la que le liga a su pareja de hecho»²⁰.

En cuanto a la permuta, se trata de un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra (art. 1538 del Código civil); este contrato aparece recogido por primera vez como un supuesto en el que el arrendatario podrá ejercitar el derecho de tanteo y retracto en la Ley 83/1980. El reconocimiento legal se debió al criterio jurisprudencial, SSTs de 11 de junio de 1945, 1 de diciembre de 1947 o 27 de febrero de 1954, de que la expresión «transmisión a título oneroso de la finca rústica arrendada» recogida en el párrafo primero del artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1935 como del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 1959, comprende a la permuta.

Sin embargo, según el artículo 22.5 b) de la Ley 49/2003, no es posible el ejercicio por el arrendatario de los derechos de tanteo y retracto en la permuta de fincas rústicas siempre que los predios que se permutan tengan una extensión inferior a 10 hectáreas de secano, o una de regadío y que la permuta se efectúe para agregar una de las fincas permutadas. La finalidad de esta excepción está en la formación de fincas con una extensión superficial para sean económicamente rentables. La permuta ha de hacerse para agregar al menos una de las fincas permutadas a otra finca rústica del otro permutante, condición que solo se cumplirá si ambas fincas son colindantes. Así tiene sentido que, según el artículo 22.6 de la Ley 49/2003, el retracto de colindantes establecido por el artículo 1523 del Código civil, cuando no excedan de una hectárea tanto la finca objeto de retracto como la colindante que lo fundamenta, tenga preferencia frente a los derechos de tanteo y retracto arrendaticios rústicos, ya que el retracto de colindantes y el supuesto en que no es posible ejercitar los derechos de tanteo y retracto en caso de permuta de la finca rústica arrendada persiguen la misma finalidad.

Por lo que respecta a la aportación a sociedad de una finca rústica arrendada²¹, esta supone una transmisión *inter vivos* de la misma a cambio de acciones o participaciones sociales. Dicha aportación puede ser a todo tipo de sociedades, sean civiles, mercantiles o laborales, cooperativas agrarias o de explotación comunitaria de la tierra, sociedades agrarias de transformación, etc.

En cuanto a la adjudicación en pago, supone la realización por el deudor, con el consentimiento del acreedor, de una prestación distinta de la debida, y consecuentemente la extinción de la obligación. En nuestro caso, la adjudicación en pago consiste en la transmisión de la finca rústica arrendada en pago o cumplimiento de una obligación nacida de un contrato cuyo precio se paga con la entrega de dicha finca.

En el supuesto de censo reservativo, cuando una persona —censualista— pretende ceder o cede a otra —censatario— el pleno dominio de una finca rústica arrendada, reservándose el derecho a percibir sobre el mismo inmueble una pensión anual que deba pagar el censatario, el arrendatario tiene derecho para

ejercitar el tanteo y el retracto de arrendamientos rústicos y, consecuentemente, adquirir el pleno dominio de la finca rústica arrendada, quedando obligado al pago de la pensión al censalista.

En cuanto al contrato de renta vitalicia, este 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. En este caso, el arrendatario puede ejercitar el tanteo y retracto cuando ese capital cuyo dominio se proyecta transmitir o se ha transmitido esté formado por una o varias fincas rústicas arrendadas a su favor, quedando obligado a pagar la pensión al pensionista. La STS de 19 de diciembre de 1995 reconoce la posibilidad de ejercer el derecho de retracto arrendaticio rústico cuando la transmisión de la finca rústica arrendada ha tenido lugar mediante el contrato de renta vitalicia.

Por lo que respecta al contrato de alimentos está definido en el artículo 1791 del Código civil como aquel contrato por el que «una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos». En el caso de que entre dichos bienes que el alimentista tiene el propósito de transmitir o ya ha transmitido se encuentren fincas rústicas arrendadas, no existe, en principio, ningún inconveniente para ejercitar el tanteo o el retracto ya que se trata de la transmisión *inter vivos* de fincas rústicas arrendadas. Sin embargo, el contrato de alimentos se caracteriza por ser *intuitu personae*, característica que se acentúa aún más cuando se pacta la convivencia entre alimentista y alimentante. En el caso de que se pacte la convivencia, entendemos que no es posible el ejercicio del tanteo o del retracto por el arrendatario. En cambio, cuando la prestación de alimentos no incluya la convivencia, será el juez el que, en base a las condiciones u obligaciones pactadas en el contrato de alimentos, decida admitir o rechazar el ejercicio del tanteo y del retracto²².

VI. TANTEO

El tanteo es un derecho de adquisición preferente en virtud del cual el arrendatario tiene prioridad para adquirir, frente a un posible adquirente, la finca rústica arrendada que el transmitente, por actos *inter vivos*, se propone transmitir.

Para iniciar todo el proceso para el ejercicio del tanteo el transmitente de la finca rústica está obligado a notificar fehacientemente al arrendatario su propósito de enajenar, indicando los elementos esenciales del contrato que pretende realizar.

En la notificación se expresará la clase de transmisión que se propone realizar el transmitente, que ha de ser una transmisión *inter vivos*; el nombre y circunstancias personales del posible adquirente²³ ya que uno de los supuestos que dan lugar al ejercicio del retracto por parte del arrendatario es porque no corresponde la persona del adquirente que figura en la escritura de enajenación con la persona que figuraba en aquella notificación previa; la finca rústica o explotación o la parte de finca o explotación objeto de transmisión; el precio, que en el supuesto de que en la transmisión proyectada conste el precio, este es el que ha de pagar el arrendatario si adquiere la finca en virtud del ejercicio del derecho de tanteo, pero si, por el contrario, no consta el precio, caso, por ejemplo, de la donación o la permuta, el artículo 22.2 de la Ley 49/2003 establece que «a falta de precio, una estimación del que se considere justo, de acuerdo

con el apartado 1 del artículo 11 y teniendo en cuenta los criterios establecidos en la disposición adicional segunda de esta ley», por lo que la estimación será según el precio de mercado que tengan las fincas rústicas en esa zona o comarca. Cuando la transmisión proyectada se refiera a la totalidad de una finca de la que solo una parte de su extensión está arrendada, la notificación deberá especificar, según se deduce del artículo 22.9 de la Ley 49/2003, la cantidad que del total importe del precio corresponde a la porción dada en arriendo; la notificación puede contener cualquier condición referente a la finca objeto de transmisión como al precio, por ejemplo, aplazamiento y fraccionamiento del precio, lugar y momento de entrega de la finca, etc.

Recibida la notificación por el arrendatario, este dispone de un plazo de 60 días hábiles para ejercitar el derecho de tanteo. Se trata de un plazo de caducidad que se cuenta a partir del día siguiente a la fecha de recepción por el arrendatario de la notificación previa hecha por el transmitente. El arrendatario ejercita el derecho de tanteo notificando fehacientemente al enajenante su voluntad de adquirir la finca en el mismo precio y condiciones indicados en la notificación previa que realizó el transmitente. El arrendatario no puede ejercitar el tanteo, como mantiene MAS BADÍA, «dirigiendo una contrapropuesta al transmitente en la que le ofrezca adquirir la finca en condiciones diferentes a las de la transmisión proyectada. De aceptar el enajenante esta propuesta y transmitir la finca al arrendatario de acuerdo con ella no se trataría del ejercicio del tanteo, sino de un negocio traslativo independiente del mismo»²⁴.

La Ley 49/2003 exige que tanto la notificación realizada por el transmitente al arrendatario de su propósito de enajenar, como la realizada por el arrendatario al transmitente de su voluntad de adquirir la finca, han de ser fehacientes, por lo que han de tratarse de notificaciones notariales o judiciales a través del acto de conciliación. Estas notificaciones son las que prueban la realización de las mismas, la exactitud de su contenido y la fecha de recepción por sus destinatarios. La STS de 20 de mayo de 1981 ha declarado que «la notificación ha de ser clara y precisa, como es necesario al interés de los particulares para saber en cada caso donde empiezan y donde terminan sus respectivos derechos», el arrendatario ha de tener un conocimiento «pleno, cabal, cierto, completo, exacto, perfecto, de las condiciones esenciales y no esenciales». Teniendo conocimiento completo de dichas condiciones, el arrendatario podrá decidir si le interesa o no ejercitar el derecho de tanteo.

Cuando el arrendatario recibe del transmitente la notificación fehaciente con el propósito de enajenar la finca rústica arrendada, puede ocurrir: o que el arrendatario no ejercite el derecho de tanteo en el plazo legal; o que el arrendatario notifique fehacientemente al transmitente su voluntad de adquirir la finca pero por un precio o en unas condiciones distintas a las indicadas por el transmitente en la notificación previa, en ambos casos el transmitente puede libremente transmitir la finca arrendada en las condiciones y a la persona indicada en la notificación, quedando esta subrogada en todos los derechos y obligaciones del transmitente y continuando el arrendatario en el contrato de arrendamiento sin que pueda hacer uso del retracto; o que el arrendatario ejercite el derecho de tanteo en tiempo y forma, en este caso, el arrendatario adquirirá la plena propiedad o la nuda propiedad de la finca rústica.

VII. RETRACTO

1. CONCEPTO

El retracto es un derecho de adquisición preferente en virtud del cual el arrendatario tiene derecho para adquirir la finca rústica arrendada que el transmitente, por actos *inter vivos*, ha transmitido.

2. SUPUESTOS QUE DAN LUGAR AL EJERCICIO DEL RETRACTO Y PLAZO PARA SU EJERCICIO

En cuanto a los supuestos en los que el arrendatario tiene derecho de retracto y el plazo para su ejercicio son:

1.º. Cuando el transmitente no haya notificado, de ninguna forma, al arrendatario su propósito de enajenar (art. 22. 2 de la Ley 49/2003). En este caso, el arrendatario tiene derecho de retracto durante 60 días hábiles a partir de la fecha en que, por cualquier medio²⁵, haya tenido conocimiento de la transmisión²⁶. El cómputo del plazo se inicia desde el día siguiente a aquel en el que el arrendatario tenga conocimiento de la transmisión, a través de la notificación de la escritura pública de enajenación y, a falta de notificación, por cualquier otro medio²⁷, siendo un plazo de caducidad (STS de 14 de junio de 2004, 23 de noviembre de 2006, 17 de enero de 2007, 13 de octubre de 2008).

2.º. Cuando el transmitente haya notificado fehacientemente al arrendatario su propósito de enajenar, con indicación de las condiciones de la enajenación, del precio y de la persona del adquirente, si estos datos no corresponden con los contenidos en la escritura de enajenación que le ha sido notificada fehacientemente al arrendatario (art. 22.3 Ley 49/2003). Cuando este apartado habla, para que el arrendatario pueda ejercitar el retracto, de que las condiciones de la enajenación o el precio sean distintas entre las que figuraban en la notificación fehaciente y las que figuran en la escritura de enajenación, hay que entenderlo conforme lo dispuesto en el artículo 25.3 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en el que el arrendatario urbano puede ejercer el derecho de retracto «cuando resultase inferior el precio efectivo de la compraventa o menos onerosas sus restantes condiciones esenciales», por lo tanto, como bien mantiene FLORES GONZÁLEZ, «Es procedente el retracto cuando se han ofrecido al arrendatario unas condiciones más gravosas que las verdaderamente pactadas con el tercero, pero nunca en el supuesto contrario, es decir, si se hubiere notificado al arrendatario unas condiciones más beneficiosas que aquellas en las que efectivamente transmite la finca»²⁸.

3.º. Cuando el transmitente ha notificado al arrendatario su propósito de enajenar, pero no se ha hecho de forma fehaciente, o habiéndose hecho de forma fehaciente en ella se han omitido elementos esenciales del contrato de manera que el arrendatario no tiene un conocimiento completo de la transmisión proyectada (art. 22.3 Ley 49/2003).

Para el segundo y tercer supuestos, antes indicados, el plazo que tiene el arrendatario para ejercitar el retracto es de 60 días hábiles a partir de la notificación fehaciente que haya recibido de la escritura de enajenación de la finca rústica arrendada. El plazo se empieza a contar desde el día siguiente a aquel en que recibe dicha notificación y se trata de un plazo de caducidad.

3. ELEMENTOS PERSONALES

Aunque la Ley habla erróneamente de arrendador, es el transmitente o enajenante, sea o no arrendador, el que debería haber notificado al arrendatario su propósito de enajenar, o el que a pesar de haber hecho dicha notificación no la hizo en forma, constituyendo ambos supuestos causas para el ejercicio del retracto por parte del arrendatario.

Por su parte, el arrendatario es el destinatario a quien el transmitente debería haber notificado su propósito de enajenar y que no lo hizo, o habiéndole notificado tal propósito no lo hizo en forma; igualmente es el destinatario de la notificación en forma fehaciente de la escritura de enajenación.

En cuanto al adquirente, es la persona a quien el transmitente ha transmitido por actos *inter vivos* la plena propiedad o la nuda propiedad de la finca rústica arrendada, o bien una parte determinada o una cuota de la misma. El adquirente puede ser o no la misma persona que indicara el transmitente en la notificación fehaciente que realizó al arrendatario de su propósito de enajenar como posible adquirente de la finca rústica arrendada. En el caso de que no lo sea, estaríamos ante una causa que da lugar al arrendatario para ejercitar el derecho de retracto.

Es el adquirente de la finca rústica arrendada contra quien el titular del derecho de retracto ha de ejercitar la acción de retracto, y si ha habido sucesivas transmisiones de dicha finca la acción ha de dirigirse no solo contra el primer adquirente sino contra todos los adquirentes posteriores. La STS de 14 de junio de 2004 declara que si el adquirente retraído realiza actos de disposición sobre la cosa, tras haber adquirido o antes de producirse el retracto, serán ineficaces y si han tenido acceso al Registro de la Propiedad se cancelarán las inscripciones.

4. ELEMENTOS REALES

En el retracto el arrendatario-retrayente se subroga en el lugar del adquirente adquiriendo la finca rústica en las mismas condiciones estipuladas en el acto de transmisión.

La Ley 83/1980 establecía en su artículo 90 que ejercitado el retracto el pago se realizará en las mismas condiciones estipuladas en el contrato de transmisión, siendo de cuenta del arrendatario los reembolsos determinados en el artículo 1518 del Código civil. Aunque la Ley 49/2003 no contempla ninguna norma en relación a lo que el arrendatario ha de pagar al comprador cuando ejercita el derecho de retracto, ni se remite expresamente al Código civil, sin embargo, al establecer su artículo 1.2 que el contrato de arrendamiento rústico se rige supletoriamente por el Código civil, le es de aplicación el artículo 1518²⁹ de dicho cuerpo legal, por lo que el arrendatario-retrayente está obligado, según este precepto, a reembolsar al adquirente, además del precio, los gastos del contrato, cualquier otro pago legítimo hecho para la venta, así como los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida. El reembolso de estos conceptos constituye la contraprestación del arrendatario-retrayente al ser privado el comprador de la finca adquirida como consecuencia del ejercicio del derecho de retracto.

Vamos a analizar a continuación cada uno de estos conceptos.

En cuanto al precio que ha de pagar el arrendatario-retrayente al adquirente es el que este haya abonado al transmitente, es decir, el precio de la venta, no el valor de la finca rústica objeto del retracto, sin que el retrayente se pueda ver afectado por las condiciones pactadas en posteriores transmisiones con otros

subadquirentes (STS de 7 de julio de 1995). En el supuesto de que el negocio que da lugar al retracto sea la dación en pago, el retrayente debe reembolsar el importe de la obligación que se extingue con la dación en pago³⁰.

Respecto al momento en que el retrayente debe hacer el reembolso al comprador, DÍEZ SOTO mantiene, en base a que el pago del precio es requisito para el ejercicio del retracto, que el precio debe abonarse dentro del plazo para el ejercicio del retracto³¹. En cambio, FLORES GONZÁLEZ, en base a «que el pago del precio tiene la doble condición de obligación y requisito de ejercicio del retracto. (...) es suficiente con que el retrayente cumpla con el requisito de reembolso de todas las cantidades precisadas en el artículo 1518 del Código civil —y no solo del precio— antes o simultáneamente al momento de otorgamiento de la escritura pública de transmisión. Así quedan suficientemente salvaguardados los intereses del retraído»³².

En el supuesto que la transmisión se refiera a la totalidad de una finca de la que solo una parte de su extensión está arrendada, el arrendatario habrá de pagar la cantidad que del total importe del precio corresponda a la porción dada en arriendo, y que según el artículo 22.9 de la Ley 49/2003 ha de constar en el documento en el que se formalice la transmisión. Igualmente, cuando la transmisión comprenda, además de la finca arrendada, otra u otras por un único precio, el arrendatario podrá ejercitar el retracto por la finca que lleva en arriendo pagando el precio en proporción.

Puede ocurrir que en la escritura de enajenación conste un precio inferior del que el adquirente realmente ha pagado, o que, por el contrario, conste un precio desproporcionadamente superior. Ante este problema, la jurisprudencia ha declarado que cuando el precio es «escandalosamente desproporcionado e inferior al valor de la finca vendida, hay que estar por razón de justicia al precio real, a la cantidad en metálico verdaderamente entregada por el comprador y, por tanto, que conocido el verdadero precio ese es el que ha de prevalecer y el que se ha de reembolsar, aunque sea otro el que figure en la escritura pública, que, como es sabido, no garantiza la veracidad intrínseca de su contenido» (STS de 12 de junio de 1984).

Otra cuestión relacionada con el precio es si este ha de consignarse como requisito para admitir la demanda de retracto. El artículo 129 Ley 83/1980 establecía que «Cuando se accione de retracto el procedimiento será el del título XIX, libro II, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ajustándose a lo prevenido en la presente Ley». La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 establecía en su artículo 1618 que «Para que pueda darse curso a las demandas de retracto, se requiere: 2.º Que se consigne el precio si es conocido, o si no lo fuere, que se dé fianza de consignarlo luego que lo sea». La vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 establece en su artículo 266 que «Se habrán de acompañar a la demanda: 2.º Los documentos que constituyan un principio de prueba del título en que se funden las demandas de retracto y, cuando la consignación del precio se exija por ley o por contrato, el documento que acredite haber consignado, si fuere conocido, el precio de la cosa objeto de retracto o haberse constituido caución que garantice la consignación en cuanto el precio se conociere». Tal como mantiene FLORES GONZÁLEZ, el artículo 266.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, parece que ha eliminado la obligatoriedad general de la consignación, y que en defecto de pacto solo hay deber de consignar cuando lo exija la norma reguladora del retracto en cuestión pues según la redacción del precepto ha de ser otra diferente a la Ley de Enjuiciamiento Civil³³. Esta interpretación es la que ha seguido el Tribunal Constitucional (SSTC 144/2004 de 13 de septiembre y 127/2008 de 27 de octubre)³⁴.

En las transmisiones *inter vivos* de fincas rústicas arrendadas en las que no conste el precio, por ejemplo, la donación o la permuta, el artículo 22.2 de la Ley 49/2003 establece que «si el contrato no tuviera precio y el arrendatario no estuviera conforme con la estimación hecha por el arrendador, se determinará por un perito independiente nombrado de común acuerdo por las partes, y, en defecto de acuerdo entre ellas, por la jurisdicción civil conforme a las normas de valoración que establece la legislación de expropiación forzosa».

En cuanto a los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta, son reembolsables los gastos de la escritura (SSTS de 12 y 22 de diciembre de 1950); los gastos de inscripción en el Registro de la Propiedad y los gastos realizados en la subasta, cuando la adquisición se realizó por este procedimiento (STS de 7 de julio de 1909); y el impuesto de Transmisiones Patrimoniales que haya pagado el adquirente³⁵.

Respecto a los gastos necesario y útiles hechos por el adquirente en la cosa vendida, los gastos necesarios son los que tienen por fin conservar la finca en estado de servir para el aprovechamiento o explotación a que fue destinada al concertar el contrato; los gastos útiles son los que estando excluidos del concepto anterior contribuyen al aumento de la producción de la finca o de su valor. Tanto para unos como para otros gastos habrá que aplicar analógicamente el artículo 453 del Código civil que distingue los gastos necesarios de los útiles en cuanto a su abono. Así, los gastos necesarios se abonan a todo poseedor, de manera que el arrendatario-retrayente ha de abonar dichos gastos al adquirente; mientras que los gastos útiles se abonan al poseedor de buena fe, si bien el arrendatario-retrayente puede optar por satisfacer al adquirente el importe de dichos gastos o por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la finca rústica.

No son abonables por el arrendatario-retrayente los gastos de puro lujo o mero recreo hechos por el adquirente de buena fe; sin embargo, podrá llevarse los adornos con que hubiese embellecido la finca rústica si no sufre deterioro, y si el retrayente no prefiere abonar su importe (art. 454 CC).

Por todos los conceptos anteriormente señalados, el adquirente-retraído ha de ser reembolsado por el arrendatario-retrayente quedando con ellos repuesto en su situación económica anterior a la adquisición de la finca rústica arrendada, estos reembolsos comprenden lo que se entiende por daño emergente, sin embargo, el adquirente-retraído no tendrá derecho por el lucro cesante, esto es, por las ganancias que haya dejado de obtener al tener que entregar la finca al arrendatario-retrayente.

5. ELEMENTOS FORMALES

Como presupuesto para el ejercicio del retracto es necesario que se haya transmitido la finca rústica arrendada a favor de una persona distinta del arrendatario por alguno de los actos o negocios jurídicos que determina el artículo 22.2 de la Ley 49/2003. Ahora bien, ha de tratarse de una transmisión consumada, esto es, que se haya entregado la finca rústica enajenada por el transmitente al adquirente, aunque no se haya pagado el precio en su totalidad por existir aplazamiento parcial del mismo.

Además de que la transmisión esté consumada, es preciso que la transmisión sea válida, no siendo posible en caso de que sea nula. Para el caso de enajenaciones anulables o rescindibles, la jurisprudencia ha declarado «que el retracto desaparece cuando el contrato de venta se anula o rescinde por alguna causa

legal, pero no cuando la nulidad o la rescisión son consecuencia de la voluntad o connivencia de los contratantes» (SSTS de 12 de junio de 1951 y de 13 de octubre de 1954).

Tratándose de enajenaciones sujetas a condición, hay que distinguir si la condición es suspensiva o resolutoria. Si se trata de una enajenación con condición suspensiva no es posible el ejercicio del retracto en tanto que la finca rústica no ha entrado en el dominio del adquirente³⁶; si se trata de una enajenación sometida a condición resolutoria la solución es distinta, aquí, la adquisición del dominio se produce desde el momento de la enajenación aunque esté pendiente de una condición resolutoria, por lo que el arrendatario puede ejercer el retracto adquiriendo la finca en iguales condiciones que el adquirente, esto es, pendiente de resolución.

Para el caso de enajenaciones sometidas a plazo, hay que distinguir si el plazo es suspensivo o resolutorio, y aplicar las soluciones que hemos dado antes para las enajenaciones sometidas a condición suspensiva o resolutoria.

6. GARANTÍAS DEL ARRENDATARIO

La Ley 49/2003 establece las siguientes garantías a favor del arrendatario en orden al ejercicio del derecho de retracto:

A) *Notificación de la transmisión al arrendatario*

El artículo 22.3 de la Ley 49/2003 establece que «en todo caso, la escritura de enajenación se notificará de forma fehaciente al arrendatario, al efecto de que pueda ejercitar el derecho de retracto»³⁷.

La expresión «en todo caso» significa que la escritura de enajenación se notificará al arrendatario tanto si en ella consta, por declaración del transmitente, que la finca rústica está arrendada como si no lo está (el art. 11-1 de la Ley 49/2003 establece que la escritura pública de enajenación de finca rústica deberá expresar la circunstancia de si esta se encuentra o no arrendada, como condición para su inscripción en el Registro de la Propiedad³⁸); o tanto si el transmitente notificara fehacientemente al arrendatario su propósito de enajenar indicándole las condiciones de la transmisión, como si no hace dicha notificación o la hace sin cumplir la forma.

Además de que la escritura de enajenación se notificará al arrendatario en todo caso, dicha notificación ha de ser fehaciente. «Como la notificación será en forma fehaciente, y aunque no lo diga expresamente el precepto, la realizará el mismo notario autorizante de la escritura de enajenación; excepto que el dueño se comprometa a gestionarla mediante otro notario o por acto de conciliación»³⁹.

Las finalidades que tiene el hecho de que la escritura de enajenación se notifique fehacientemente al arrendatario son: primero, la de conocer estas condiciones en que se ha realizado la enajenación de la finca rústica y en los casos de que dichas condiciones no correspondan con las contenidas en la notificación previa realizada por el transmitente o en esta se hayan omitido o no se hiciera la notificación de forma fehaciente, el arrendatario puede ejercitar el derecho de retracto; segundo, en el caso de que el transmitente no notificara al arrendatario su propósito de enajenar, la notificación fehaciente de la escritura de enajenación puede suponer para el arrendatario no solo conocer el hecho de la

enajenación sino también las condiciones exactas y completas de la misma (salvo que el hecho de la enajenación y las condiciones de la misma las conociera por otro medio distinto a esta escritura), pudiendo ejercitar el derecho de retracto; tercero, la notificación fehaciente al arrendatario de la escritura de enajenación marca, desde el día siguiente a su recepción, el inicio del cómputo del plazo para ejercitar el retracto, salvo en el supuesto de falta de notificación del transmitente de su propósito de enajenar cuando el arrendatario tiene un conocimiento completo de la transmisión por otro medio distinto a la notificación fehaciente de la escritura de enajenación, siempre que el conocimiento por aquel otro medio fuese anterior al que obtiene por la notificación de la escritura de enajenación, en cuyo caso el plazo se cuenta a partir de la fecha en que por ese otro medio haya tenido conocimiento de la transmisión.

Hemos de hacer referencia al supuesto en el que el propietario venda la finca rústica arrendada ocultando maliciosamente al comprador la existencia del arrendamiento, expresando el vendedor en la escritura pública de venta que la finca no se encuentra arrendada. Esto no implica, como hemos indicado antes, que el adquirente de la finca no tenga que notificar fehacientemente al arrendatario la escritura de enajenación, a los efectos oportunos, porque, aunque el adquirente ha comprado la finca rústica ignorando la existencia de un arriendo sobre la misma, tarde o temprano lo descubrirá al ver que la está cultivando una persona (el arrendatario). El hecho de que el vendedor oculte maliciosamente al comprador la existencia del arrendamiento, expresando en la escritura pública de venta que la finca no se encuentra arrendada puede acarrear consecuencias civiles y penales.

En la esfera civil, el comprador puede pedir la rescisión del contrato en base al artículo 1483 del Código civil, cuando la finca vendida estuviese gravada, sin mencionarlo la escritura, con alguna carga (en este caso el arrendamiento), de tal naturaleza que deba presumirse no la habría adquirido el comprador si la hubiera conocido, si no pide la rescisión del contrato es porque ha preferido la indemnización correspondiente, para ello tiene un plazo de un año, a contar desde el otorgamiento de la escritura, transcurrido el año, solo podrá reclamar la indemnización dentro de un periodo igual, a contar desde el día en que haya descubierto la carga. Relacionando este caso de rescisión con la posibilidad de ejercer el derecho de retracto el arrendatario, este podrá ejercerlo mientras el contrato no se declare rescindible, al ser un contrato válido. En cambio, si el contrato se rescinde no hay posibilidad de ejercicio alguno del retracto al volver la propiedad de la finca rústica arrendada al vendedor.

En la esfera penal, como mantiene MIRAVALLS CALLEJA, «se podría estar cometiendo un delito de estafa impropia por ocultación de gravámenes tipificada en el artículo 251.2 del Código Penal, es decir, disponer de la finca ocultando que la misma estaba gravada con una carga, como es el arrendamiento. Este delito lleva aparejado una pena de prisión que puede ir de uno a cuatro años en función de las circunstancias concurrentes, el perjuicio causado, los antecedentes del infractor, etc.»⁴⁰.

B) Acreditación de la notificación

El artículo 22.4 de la Ley 49/2003 dispone: «Para inscribir en el Registro de la Propiedad los títulos de adquisición *inter vivos* de fincas rústicas arrendadas, deberá justificarse la práctica de la notificación que establece el apartado anterior»⁴¹.

Este apartado contiene otra garantía para el ejercicio del derecho de retracto por parte del arrendatario, consistente en impedir el acceso al Registro de la Propiedad de los títulos de adquisición *inter vivos* de fincas rústicas arrendadas si no se justifica que la escritura de enajenación de las mismas se ha notificado fehacientemente al arrendatario.

La práctica de la notificación deberá justificarse por quien pretende la inscripción del título y lo ha de hacer fehacientemente, «o bien mediante acta notarial en la que conste que se ha dado cumplimiento al precepto legal o documento fehaciente con el mismo contenido, o lo que será más frecuente, simple transcripción de la propia escritura que contenga la mención correspondiente en forma indubitada»⁴².

Si no se justifica que se ha notificado fehacientemente al arrendatario la escritura de enajenación, el registrador de la propiedad no la inscribirá; en cambio, si se justifica que se ha realizado dicha notificación, el registrador inscribirá la escritura de enajenación, «si bien su eficacia plena está sujeta al plazo suspensivo de sesenta días que tiene el arrendatario para ejercitar el derecho de acceso a la propiedad. Dejando transcurrir el plazo, el adquirente consolida la entrada en su patrimonio de la finca y el arrendatario continúa su situación jurídica anterior. Ejercitado el derecho de acceso, con la nueva escritura de adquisición se subroga el arrendatario en el lugar del adquirente»⁴³.

7. EFECTOS

Como efectos que produce el retracto podemos destacar los siguientes:

1.º. El arrendatario-retrayente se subroga en el lugar del adquirente en el negocio jurídico celebrado entre este y el transmitente. El retracto no produce como efecto la resolución de la compraventa entre el transmitente y el adquirente, como mantienen DÍEZ PICAZO y GULLÓN «El retrayente, al ejercitar su derecho, no resuelve la venta entre el propietario y el adquirente. De ser así, aquel volvería a recuperar el dominio de la cosa, y lo cierto es que el que retrae adquiere siempre del comprador»⁴⁴.

2.º. El arrendatario-retrayente no se ve afectado por los actos que el adquirente realice con posterioridad a la compra. En este sentido se manifiesta la STS de 14 de junio de 2004, donde el adquirente constituyó, después de la compra, una hipoteca sobre la finca rústica arrendada: «El retracto legal da derecho al retrayente a adquirir la cosa retraída en el estado que tenía en el momento de darse aquella compraventa que dio lugar al retracto; es decir, si el adquirente —retraído— realiza actos de disposición sobre la cosa, tras haberla adquirido y antes de producirse el retracto, serán ineficaces y si han tenido acceso al Registro de la Propiedad se cancelarán las inscripciones. Así se deduce del artículo 88 de la Ley de Arrendamientos Rústicos y del artículo 1521 del Código civil y lo dijo la Sentencia de 9 de marzo de 1999 en estos términos: «El retracto legal faculta a su titular, el retrayente, para convertirse en propietario de la cosa sobre la que recae; es el poder sobre una cosa para adquirirla después de haber sido transmitida a un tercero, en las mismas condiciones que este; lo cual coincide con la definición legal que da el artículo 1521 del Código civil (...) Como consecuencia, al ejercitar el retracto, adquiere el retrayente la cosa retraída en el estado que tenía al tiempo de la transmisión onerosa que dio lugar al mismo; (...) No puede olvidarse que el retracto legal es un límite al derecho de propiedad, no precisa

su inscripción en el Registro de la Propiedad y no puede ser restringido por operaciones del titular dominical y registral frente al que se ejercita el retracto».

3.º. El arrendatario-retrayente al adquirir la plena propiedad de toda la finca rústica, de una parte determinada o de una cuota de la misma se convierte en su propietario, de manera que al reunirse en él las condiciones de propietario-arrendador y arrendatario se extingue por confusión de derechos el contrato de arrendamientos rústicos (arts. 1156 y 1192 y sigs. CC). No se producirá este efecto extintivo cuando el arrendatario-retrayente adquiriera la nuda propiedad de la finca rústica arrendada, habiéndose concertado el arrendamiento por el usufructuario.

A diferencia de la Ley 83/1980 que limitaba al arrendatario-retrayente la posibilidad de enajenar la finca retraída hasta que transcurrieran seis años desde la fecha de adquisición (art. 84.2), la Ley 49/2003 no establece límite temporal en este sentido.

VII. PREFERENCIA DE LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO

Es posible que en caso de transmisión *inter vivos* de la finca rústica arrendada distintas personas y por distintos títulos tengan derechos de adquisición preferente sobre la finca rústica, hay, por tanto, concurrencia de distintos derechos de adquisición preferente sobre un mismo objeto. El artículo 22.6 de la Ley 49/2003 trata de resolver este problema determinando la preferencia entre los posibles derechos de adquisición preferente concurrentes, así establece que los derechos de tanteo y retracto regulados en esta ley tienen preferencia respecto a cualquier otro derecho de adquisición preferente, salvo el retracto de colindantes del artículo 1523 del Código civil cuando no excedan de una hectárea tanto la finca objeto de retracto como la colindante que lo fundamente⁴⁵. De este modo, en caso de concurrencia de los derechos de tanteo y retracto arrendaticios rústicos con los tanteos y retractos regulados en el Código civil y en las normas civiles, forales o especiales, aquellos son preferentes frente a estos, con la salvedad del retracto de colindantes del artículo 1523 del Código civil. Sin embargo, al establecer la disposición final segunda de la Ley 49/2003 que «esta ley será de aplicación en todo el territorio nacional, sin perjuicio de la normativa de aplicación preferente que dicten las comunidades autónomas con competencia en materia de derecho civil, foral o especial», en aquellas comunidades autónomas con Derecho civil foral donde sea aplicable el retracto gentilicio, este prevalecerá sobre los derechos de tanteo y retracto de la Ley 49/2003.

Para que el retracto de colindantes del artículo 1523 del Código civil sea preferente a los derechos de tanteo y retracto regulados en la Ley 49/2003, es necesario, por una parte, que ni tanto la finca objeto de retracto ni la colindante que lo fundamente excedan de una hectárea, y, por otra, que ambas fincas no estén separadas por arroyos, acequias, barrancos, caminos y otras servidumbres aparentes en provecho de otras fincas⁴⁶. En este caso, si el colindante ejercita el retracto la finca que se formaría no excedería de dos hectáreas.

Mientras el artículo 1523 del Código civil establece una limitación a la extensión de la finca objeto de retracto, que no exceda de una hectárea, la Ley 49/2003 establece esa misma limitación tanto a la finca objeto de retracto como a la finca colindante que fundamente el retracto de colindantes para poder ser este preferente al tanteo y retracto arrendaticios rústicos. No hace mención el artículo 22.6 Ley 49/2003 al retracto de colindantes regulado en el artículo 27 de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias de 1995⁴⁷ (que atribuye

el derecho de retracto a los propietarios de fincas colindantes que sean titulares de explotaciones prioritarias, cuando se trate de la venta de una finca rústica de superficie inferior al doble de la unidad mínima de cultivo), por lo que no prevalece frente al tanteo y retracto de la Ley 49/2003. Sin embargo, MAS BADIÁ mantiene que el retracto del artículo 27 LMEA debe prevalecer en caso de colisión con el arrendaticio⁴⁸.

Con la preferencia del retracto de colindantes del Código civil frente al tanteo y retracto arrendaticios rústicos el legislador da prioridad al colindante para remediar de algún modo la división excesiva de la propiedad territorial rústica sobre el arrendatario para acceder a la propiedad de la finca que lleva en arriendo.

En el caso de que se ejercite el retracto de colindantes o el gentilicio, el arrendatario sigue en su contrato de arrendamiento en la parte de finca que fue objeto de retracto, quedando el adquirente, sea el colindante o el pariente gentilicio, subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador en los términos que establece el artículo 22.1 de la Ley 49/2003.

En el supuesto de que concurran el retracto arrendaticio rústico y el de comuneros por venta o dación en pago (solo en estos dos casos se da el retracto de comuneros) de una participación indivisa de la finca rústica arrendada, el arrendatario rústico será preferente para adquirir dicha cuota indivisa frente a los demás condueños, de manera que la Ley 49/2003 da preferencia para acceder a la copropiedad a un extraño, como es el arrendatario, en vez de hacer desaparecer las situaciones de copropiedad. En cambio, los artículos 25.4 y 31 de la Ley 29/1994 de Arrendamientos Urbanos conceden preferencia al retracto reconocido al condueño frente al tanteo o retracto del arrendatario de vivienda o de uso distinto al de vivienda.

VIII. EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO EN CASOS ESPECIALES

1. FINCA CON DIFERENTES ARRENDATARIOS DE APROVECHAMIENTOS DIVERSOS

El artículo 4.1 de la Ley 49/2003 establece: «Una misma finca puede ser susceptible de diversos arrendamientos simultáneos, cuando cada uno tenga como objeto distintos aprovechamientos compatibles y principales». Como consecuencia de lo dispuesto en este artículo, el artículo 22.7 de la Ley 49/2003 dispone que «Cuando se trate de fincas de aprovechamientos diversos concedidas a diferentes arrendatarios sobre la totalidad de la finca, el tanteo y retracto corresponderá ejercitarlo solamente al que lo sea del aprovechamiento principal; si hubiera varios, al que tuviera la condición de agricultor joven, y, de haber más de uno con esta condición, al más antiguo en el arrendamiento»⁴⁹.

El supuesto que recoge el artículo 22.7 de la Ley 49/2003 es el de una finca rústica sobre la que se han constituido simultáneamente varios contratos de arrendamientos rústicos a diferentes arrendatarios sobre la totalidad de la finca teniendo por objeto cada uno de esos contratos el aprovechamiento agrícola, el ganadero o el forestal, siendo entre sí compatibles. La finca rústica ha de tener distintos aprovechamientos que han de ser los que se pueden ceder en el contrato de arrendamientos rústicos regulado por la Ley 49/2003: agrícola, ganadero o forestal. No será aplicable el párrafo 7 a los contratos no considerados como arrendamientos rústicos por el artículo 5 de la Ley 49/2003, ni a los supuestos de inaplicación de la Ley 49/2003 que recoge el artículo 7 de la misma, ni a los

arrendamientos exceptuados por el artículo 6 de la Ley 49/2003. Tampoco es aplicable el párrafo 7 cuando cada uno de los arrendatarios tenga su aprovechamiento sobre partes diferentes de una misma finca, en este caso se aplicará el párrafo 8 del artículo 22, ya que según el párrafo 7 los diversos aprovechamientos han de recaer sobre la totalidad de la finca.

Una misma finca rústica puede tener distintos aprovechamientos pero algunos de estos aprovechamientos puede tener carácter secundario, como sucede con los aprovechamientos contemplados en el artículo 6 d) 1,3 y 5 de la Ley 49/2003: las rastrojeras, pastos secundarios, praderas roturadas, montaneras, la caza y cualquier otra actividad diferente a la agrícola, ganadera o forestal, aprovechamientos, como hemos dicho antes, exceptuados por la Ley 49/2003. Por lo tanto, el artículo 22.7 no se refiere a la cesión de aprovechamientos secundarios sino a los principales: agrícola, ganadero o forestal, siempre y cuando sean compatibles entre sí.

Cuando una finca rústica sea susceptible de aprovechamientos diversos, en el sentido antes expuesto, concedidos a diferentes arrendatarios, el tanteo y retracto corresponderá ejercitarlo solamente al que lo sea del aprovechamiento principal. El problema está en determinar cuál de los aprovechamientos es el principal, la solución vendrá dada para cada caso en particular por las propias palabras del contrato. Para AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, «la solución dependerá de la importancia económica de los productos obtenidos (aunque excluye la caza), del tiempo de duración de cada uno de los contratos según el diverso aprovechamiento, de la relación de independencia o de subordinación entre ellos y hasta de la compatibilidad de cultivos de unos y otros en relación con el tiempo que para ellos requieran y con las parcelas de finca donde se realicen»⁵⁰.

Cuando sean varios los arrendatarios de aprovechamientos agrarios principales sobre la finca, la Ley 49/2003 concede el derecho a ejercitar el tanteo y retracto al arrendatario que tenga la condición de agricultor joven⁵¹, y, en el caso de que haya varios arrendatarios que sean agricultores jóvenes, el más antiguo en el arrendamiento.

En el caso de que no pueda determinarse extrajudicialmente cuál de los aprovechamientos es el principal habrá que probar en el correspondiente juicio si el aprovechamiento principal es el agrícola, el ganadero o el forestal, y, consecuentemente, el arrendatario de tal aprovechamiento tendrá derecho a ejercitar el tanteo y retracto. La jurisprudencia se ha pronunciado en casos de conflictos entre un aprovechamiento principal y uno secundario en varias ocasiones: STS de 27 de octubre de 1947 quien concedió la posibilidad de ejercitar el retracto al arrendatario de finca cuyo aprovechamiento era pecuario frente al arrendatario de una pequeña parte de la finca dedicada a cereales; STS de 5 de febrero de 1955 que concedió el ejercicio del retracto al arrendatario cuyo aprovechamiento principal era el cultivo de cereales y no al arrendatario cuyo aprovechamiento herbáceo era secundario.

2. ARRENDATARIOS DE PARTES DIFERENTES DE UNA MISMA FINCA O EXPLOTACIÓN

El artículo 22.8 de la Ley 49/2003 contempla el supuesto de la existencia de varios contratos de arrendamiento concertados a favor de diferentes arrendatarios que recaen cada uno sobre partes distintas de una misma finca o explotación, con independencia de que la finca o explotación esté arrendada total o parcialmente.

No es necesario, en este supuesto, para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto que la transmisión sea de toda la finca o explotación arrendadas, es posible en caso de transmisión parcial.

En estos casos, el transmitente ha de cumplir las obligaciones de notificación que exige el artículo 22 de la Ley 49/2003 con todos y cada uno de los arrendatarios, tanto en caso de transmisión total como de transmisión parcial de la finca o explotación, y cada uno de estos puede ejercitar el derecho de tanteo y retracto, separadamente de los otros, por la parte de finca o explotación que tenga arrendada.

Si alguno de los arrendatarios no quiere ejercer el derecho de tanteo y retracto por su parte de finca o explotación arrendada, podrá hacerlo cualquiera de los demás arrendatarios, incluyendo tanto a aquellos arrendatarios cuyas porciones el transmitente haya proyectado o realizado la transmisión, como a aquellos arrendatarios cuyas porciones no sean objeto de transmisión. Aunque no contempla el artículo 22.8 de la Ley 49/2003 el caso de que el arrendatario no pueda ejercer el tanteo y retracto por no ser agricultor profesional, entendemos que sería de aplicación. Lo que no es posible que ejerzan los arrendatarios es el derecho de tanteo y retracto por aquella parte de la finca que no se encuentra arrendada.

En el caso de que sean varios los arrendatarios que quieren ejercitar el derecho de tanteo o retracto por la parte de aquel arrendatario que no quiso ejercitar tales derechos, la ley da preferencia a quien tenga la condición de agricultor joven, y en el caso de que ninguno reúna tal condición, o en el caso de que sean varios los que la reúnan, será preferente el arrendatario más antiguo en el arrendamiento. Como podemos observar, quiebra el principio que el arrendatario puede ejercitar el derecho de tanteo y retracto por la porción de finca o explotación que tenga arrendada, accediendo a la propiedad de porciones que él no lleva en arriendo, aunque deben estar arrendadas por otros arrendatarios que no quieren ejercitar el derecho de tanteo y retracto y siempre que el transmitente de las diferentes porciones sea la misma persona.

El apartado 8 del artículo 22 de la Ley 49/2003 no contiene, a diferencia del artículo 93.1 de la Ley 83/1980⁵² que contemplaba el mismo supuesto de hecho, la referencia a que el ejercicio del derecho de tanteo y retracto es posible siempre que se respeten las normas vigentes sobre unidades mínimas de cultivo. Las normas sobre unidades mínimas de cultivo están contenidas en la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, su artículo 24 dispone: 1. «La división o segregación de una finca rústica solo será válida cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo». 2. «Serán nulos y no producirán efecto entre las partes ni en relación a tercero, los actos o negocios jurídicos, sean o no de origen voluntario, por cuya virtud se produzca la división de dichas fincas, contraviniendo lo dispuesto en el apartado anterior». Sin embargo, el artículo 25 de la misma ley, recoge una serie de excepciones al artículo 24, permitiendo la división o segregación de una finca rústica cuando las parcelas a que dé lugar tengan una extensión inferior a la unidad mínima de cultivo si, entre otros supuestos, es consecuencia del ejercicio del derecho de acceso a la propiedad establecido en la legislación especial de arrendamientos rústicos [art. 25 c)]. Así, la referencia al respeto a las normas sobre unidades mínimas de cultivo no tiene sentido en la Ley 49/2003 en base a la excepción antes mencionada, siendo posible que el ejercicio del derecho de tanteo y retracto de arrendamientos rústicos pueda dar lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. En este caso el legislador da prioridad a que el arrendatario acceda a la propiedad de la porción de finca arrendada, aunque, como

consecuencia del ejercicio del derecho de tanteo y retracto, tenga una extensión por debajo de la unidad mínima de cultivo⁵³.

3. FINCA ARRENDADA PARCIALMENTE

El artículo 22.9 de la Ley 49/2003 establece: «En los casos de fincas de las que solo una parte de su extensión haya sido cedida en arriendo, los derechos regulados en los apartados anteriores se entenderán limitados a la superficie arrendada. A tal efecto, el documento por el que sea formalizada la transmisión de la finca deberá especificar, en su caso, la cantidad que del total importe del precio corresponde a la porción dada en arriendo»⁵⁴.

El artículo 22.9 recoge el supuesto de la transmisión de la totalidad de una finca rústica arrendada solo en parte, no estando arrendada la parte restante. Para la aplicación de este apartado es necesario que una parte de la finca no esté arrendada y sobre esa parte no puedan ejercitarse los derechos de tanteo y retracto. Únicamente el arrendatario puede ejercitar los derechos de tanteo y retracto por la parte de extensión de la finca que tenga en arriendo. Así se manifiesta la STS de 2 de febrero de 1982: «En los casos de fincas que solo una parte de su total extensión hay sido cedida en arriendo, el derecho de retracto, que establece el número 8 del artículo 16 del reglamento de 29 de abril de 1959, se entenderá limitado a la superficie arrendada y ha de interpretarse con criterio restrictivo, en el sentido de que el ejercicio del retracto tiene que limitarse a lo arrendado, sin posibilidad de extensión a otras partes de finca sobre las que no tenga el arrendatario el uso y disfrute, debiendo acreditarse a tal fin lo que real y efectivamente es objeto del arrendamiento», y la STS de 1 de octubre de 2007 mantiene que no es preciso que la superficie arrendada, sobre la que se ejercita el retracto y la enajenada coincidan, pudiendo ser esta de mayor extensión, limitándose la exigencia de identidad a la que ha de existir entre la porción de terreno arrendada y aquella sobre la que se proyecta la acción de retracto.

En este caso el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto pueden dar lugar a fincas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo, siendo de aplicación lo expuesto anteriormente al respecto.

Para este supuesto el artículo 22.9 exige un requisito formal, que «el documento por el que sea formalizada la transmisión de la finca deberá especificar, en su caso, la cantidad que del total importe del precio corresponde a la porción dada en arriendo». Así, en el documento de transmisión de la finca se expresará el importe del precio relativo a toda la finca y el que corresponde a la parte arrendada. Sin embargo, en dicho documento puede haberse omitido el requisito de expresar el importe del precio correspondiente a la porción dada en arriendo o bien que no conste precio alguno por tratarse de donación o permuta, siendo de aplicación, por analogía, las normas contenidas en el artículo 22.2 de la Ley 49/2003, por una parte, para el tanteo y, por otra, para el retracto, en caso de falta de precio, si bien aplicables al supuesto del apartado 9 referidas solo a la parte de finca dada en arriendo. Así, el artículo 22.2 establece para el tanteo que «a falta de precio, una estimación del que se considere justo, de acuerdo con el apartado 1 del artículo 11 y teniendo en cuenta los criterios establecidos en la disposición adicional segunda de esta ley» y para el retracto dispone que «si el contrato no tuviera precio y el arrendatario no estuviera conforme con la estimación hecha por el arrendador, se determinará por un perito independiente nombrado de común acuerdo las partes, y, en defecto de acuerdo entre ellas,

por la jurisdicción civil conforme a las normas de valoración que establece la legislación de expropiación forzosa».

X. CONCLUSIONES

I. Los derechos de tanteo y retracto son derechos de adquisición preferente que atribuyen al arrendatario prioridad para adquirir la finca rústica arrendada que el transmitente se propone transmitir o que ya ha transmitido a otra persona. Constituyen una forma de acceso a la propiedad por el arrendatario de la finca rústica que cultiva.

II. Respecto a las personas que tienen derecho de tanteo y retracto, aunque la Ley 49/2003 no exige el requisito de la profesionalidad para ser arrendatario, tal requisito debe de concurrir en el arrendatario, persona física, para el ejercicio del tanteo y retracto. También tienen derecho las cooperativas agrarias, las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, las sociedades agrarias de transformación y las comunidades de bienes.

III. El arrendatario tiene derecho de tanteo y retracto en toda transmisión *inter vivos* de fincas rústicas arrendadas, de su nuda propiedad, de porción determinada o de participación indivisa de aquellas.

IV. El arrendatario tiene derecho de tanteo y retracto en toda transmisión *inter vivos* de fincas rústicas arrendadas, quedando excluida la ocupación, la usucapión y la herencia, incluyendo la donación, aportación a sociedad, permuta, adjudicación en pago o cualquiera otra distinta de la compraventa, como son los casos del censo reservativo, la renta vitalicia, el contrato de alimentos o la venta en pública subasta. Ha de tratarse de una transmisión consumada y válida, no siendo posible en caso de que sea nula, en el caso de enajenaciones anulables o rescindibles el retracto desaparece cuando el contrato de venta se anula o rescinde por alguna causa legal.

V. Para iniciar todo el proceso para el ejercicio del tanteo el transmitente de la finca rústica está obligado a notificar fehacientemente al arrendatario su propósito de enajenar, indicando los elementos esenciales del contrato que pretende realizar.

VI. El arrendatario tiene derecho de retracto: cuando el transmitente no haya notificado, de ninguna forma, al arrendatario su propósito de enajenar; cuando el transmitente haya notificado fehacientemente al arrendatario su propósito de enajenar, con indicación de las condiciones de la enajenación, del precio y de la persona del adquirente, si estos datos no corresponden con los contenidos en la escritura de enajenación que le ha sido notificada fehacientemente al arrendatario; y cuando el transmitente ha notificado al arrendatario su propósito de enajenar, pero no se ha hecho de forma fehaciente, o habiéndose hecho de forma fehaciente en ella se han omitido elementos esenciales del contrato de manera que el arrendatario no tiene un conocimiento completo de la transmisión proyectada.

VII. En el retracto el arrendatario-retrayente se subroga en el lugar del adquirente adquiriendo la finca rústica en las mismas condiciones estipuladas en el acto de transmisión, quedando el arrendatario-retrayente obligado a reembolsar al adquirente, el precio, los gastos del contrato, cualquier otro pago legítimo hecho para la venta, así como los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida.

VIII. Los derechos de tanteo y retracto regulados en la Ley 49/2003 tienen preferencia respecto a cualquier otro derecho de adquisición preferente, salvo el retracto de colindantes del artículo 1523 del Código civil cuando no excedan

de una hectárea tanto la finca objeto de retracto como la colindante que lo fundamente.

XI. RESOLUCIONES CITADAS

- STC 144/2004 de 13 de septiembre
- STC 127/2008 de 27 de octubre
- STS de 26 de noviembre de 1900
- STS de 7 de julio de 1909
- STS de 26 de febrero de 1942
- STS de 16 de mayo de 1946
- STS de 27 de octubre de 1947
- STS de 28 de junio de 1949
- STS de 10 de mayo de 1949
- STS de 30 de junio de 1950
- STS de 12 de diciembre de 1950
- STS de 22 de diciembre de 1950
- STS de 12 de junio de 1951
- STS de 13 de octubre de 1954
- STS de 5 de febrero de 1955
- STS de 28 de febrero de 1955
- STS de 17 de febrero de 1956
- STS de 29 de febrero de 1960
- STS de 18 de octubre de 1962
- STS de 15 abril de 1971
- STS de 20 de febrero de 1975
- STS de 1 de junio de 1976
- STS de 4 de marzo de 1978
- STS de 6 de febrero de 1979
- STS de 20 de mayo de 1981
- STS de 2 de febrero de 1982
- STS de 12 de junio de 1984
- STS de 9 de junio de 1990
- STS de 17 de julio de 1991
- STS de 6 de febrero de 1992
- STS de 27 de marzo de 1992
- STS de 10 de abril de 1992
- STS de 11 de julio de 1992
- STS de 2 de febrero de 1993
- STS de 11 de abril de 1995
- STS de 8 de junio de 1995
- STS de 7 de julio de 1995
- STS de 19 de diciembre de 1995
- STS de 7 de marzo de 1996
- STS 21 de marzo de 1996
- STS de 15 de abril de 1996
- STS de 28 de julio de 1997
- STS de 14 de noviembre de 2002
- STS de 14 de junio de 2004
- STS de 27 de julio de 2006

- STS de 23 de noviembre de 2006
- STS de 13 de diciembre de 2006
- STS de 17 de enero de 2007
- STS de 14 de junio de 2007
- STS de 1 de octubre de 2007
- STS de 13 de octubre de 2008
- STS de 14 de diciembre de 2009

XII. BIBLIOGRAFÍA

- AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A. (2001). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Editorial Comares.
- ARECHEDERRA, L. (1979). El retracto arrendaticio rústico y la aportación a sociedad de una finca rústica, *Revista de Derecho Notarial*, 7-64.
- DE LA CUESTA SÁENZ, J. M.^a y POVEDA BERNAL, M. I. (2006). *Comentario a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Iustel.
- DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN A. (2001). *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Tecnos, Madrid.
- DÍEZ SOTO, C. M. (2000). *Ejercicio y efectos de los tanteos y retractos legales*, Dykinson, Madrid.
- (2006). *Ley de Arrendamientos Rústicos. Comentarios doctrinales y formularios prácticos*, director PAQUAU LIAÑO, M., Thomson Aranzadi, 640-736.
- FLORES GONZÁLEZ, B. (2011). Enajenaciones que originan los derechos de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Rústicos, *Actualidad Civil*, núm. 6, 654-672.
- (2012). Ejercicio y efectos del retracto arrendaticio rústico, *Actualidad Civil*, núm. 3, 251-268.
- (2012). El pago del precio en el ejercicio del retracto arrendaticio rústico, *Actualidad Civil*, núm. 10, 1072-1086.
- (2012). Los derechos de adquisición preferente a favor del arrendatario rústico: principales problemas y soluciones propuestas, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 88, núm. 733, 2543-2565.
- (2012). La notificación para el tanteo en la Ley de Arrendamientos Rústicos, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 88, núm. 730, 703-744.
- (2014). Concepto de tanteo y retracto en el Derecho Civil Común, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 90, Núm. 745, 2117-2190.
- LLOMBART BOSCH, M.^a D. (1983). Los derechos de adquisición preferente de fincas rústicas a favor de los arrendatarios, *Revista de Derecho Privado*, 337-360.
- MARTÍNEZ VALENCIA, J. (1991). *Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Dykinson.
- MAS BADÍA, M.^a D. (2006). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por ley 26/2005, de 30 de noviembre)*, (dirigidos por Rafael Ballarín Hernández y M.^a Dolores Mas Badía), Tecnos, Madrid, 452-523.
- MILLÁN SALAS, F. (1996). El retracto de colindantes en la Ley de 4 de julio de 1995, de Modernización de las Explotaciones Agrarias. *Revista de Derecho de Agrario y Alimentario*. Núm. 28, 15-18.
- (1999). *Instituciones sucesorias en el Código civil que conservan íntegra una explotación agrícola*, Jaén.

- (2017). Instrumentos de financiación privada para personas dependientes: contrato de alimentos y contrato de renta vitalicia, en *Dependencia (Long term care) y empleo en el Estado del bienestar*. Editorial ARANZADI, 285-320.
- MIRAVALLS CALLEJA, C. (2017). *Guía práctica de arrendamientos rústicos*, Madrid, Editorial Agrícola Española.

NOTAS

¹ En este mismo sentido MAS BADÍA, M.^a D. (2006) *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por ley 26/2005, de 30 de noviembre)*, (dirigidos por Rafael Ballarín Hernández y M.^a Dolores Mas Badía), Tecnos, Madrid, 460 y 461 y FLORES GONZÁLEZ, B. (2011) Enajenaciones que originan los derechos de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Rústicos, *Actualidad Civil*, núm. 6, 655 y 656. Sin embargo, DE LA CUESTA SÁENZ, J. M.^a y POVEDA BERNAL, M. I. (2006) *Comentario a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Iustel, 441 y sigs., mantiene que se regulan tres figuras: el tanteo, previo y común al retracto y a la adquisición preferente; el retracto y la adquisición preferente que se diferencian en que mientras el retracto se vincula solo a la compraventa, el derecho de adquisición preferente se configura para las formas de transmisión *inter vivos* de la finca arrendada distintas a la compraventa; igualmente mantiene que se regulan tres figuras DÍEZ SOTO, C. M. (2006) *Ley de Arrendamientos Rústicos. Comentarios doctrinales y formularios prácticos*, director M. Paquau Liaño, Thomson Aranzadi, 640 y sigs.

² El artículo 84 en sus apartados 2 y 3 de la Ley 83/1980 establecía: «2. Ejercitado el derecho de acceso, el arrendatario que adquiriera la propiedad de la finca arrendada no podrá, salvo que lo haga en favor del IRYDA, enajenarla, arrendarla o cederla en aparcería hasta que transcurran seis años desde la fecha de adquisición. Si hipotecase la finca, la acción del acreedor no podrá tener efectividad mientras no transcurra dicho plazo. 3. Si el arrendatario incumpliere cualquiera de las prohibiciones establecidas en el apartado anterior, el arrendador podrá pedir la resolución del contrato ordinario, recuperando la propiedad de la finca, con la consiguiente resolución, según proceda, de la transmisión, arrendamiento o cesión efectuados».

³ En cambio, este derecho sí que se le reconoce al aparcero en el párrafo tercero del artículo 31 de la Ley 49/2003, que establece: «A la finalización del contrato de aparecería, si el titular de la finca pretende realizar un contrato de arrendamiento, el aparcero tendrá derecho preferente, en igualdad de condiciones, a suscribir el nuevo contrato de arrendamiento. Asimismo tendrá derecho a las prórrogas que en esta ley se establecen, deduciendo de las mismas el tiempo que hubiera durado la aparecería».

⁴ DÍEZ SOTO, C. M. (2006) *Ley de Arrendamientos Rústicos. Comentarios doctrinales y formularios prácticos*, director M. Paquau Liaño, Thomson Aranzadi, 666 y 667.

⁵ DE LA CUESTA SÁENZ, J. M.^a y POVEDA BERNAL, M. I. (2006) *Comentario a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Iustel, 440 y 441.

⁶ La Ley 26/2005, de 30 de noviembre fue publicada en el BOE el 1 de diciembre de 2005, según su disposición final única entraba en vigor a los treinta días de su publicación en el BOE.

⁷ El artículo 24 e) de la Ley 49/2003 establece: «El arrendamiento termina: e) Por muerte del arrendatario, quedando a salvo el derecho de sus sucesores legítimos. En tal caso, a falta de designación expresa efectuada por el testador, tendrá preferencia el que tenga la condición de joven agricultor, y si hubiera varios, será preferente el más antiguo. Si ninguno la tuviera, los sucesores tendrán que escoger entre ellos, por mayoría, al que se subrogará en las condiciones y derechos del arrendatario fallecido. Si se da esta última circunstancia, será necesaria la correspondiente notificación por escrito al arrendador, en el plazo de un año desde el fallecimiento».

⁸ DÍEZ SOTO, C. M. (2006) *Ley de Arrendamientos Rústicos. Comentarios doctrinales y formularios prácticos*, director M. Paquau Liaño, Thomson Aranzadi, 674.

⁹ Las SSTS de 28 de febrero de 1955 y 4 de marzo de 1978 negaron al arrendatario y al aparcerero el ejercicio del retracto al tener lugar la enajenación después del fallecimiento del usufructuario arrendador. En cambio, la STS de 18 de octubre de 1962, mantiene que la extinción del derecho de usufructo del arrendador no impide al arrendatario el ejercicio del retracto mientras no haya sentencia judicial firme que declare la extinción del arrendamiento.

¹⁰ Para el caso de las sociedades agrarias de transformación no es posible multiplicar dichos límites por el número de socios que las compongan. Respecto a las comunidades de bienes, para ser arrendatarias entendemos que los bienes que las integran tienen que estar dedicados a actividades agrarias y que no excedan de los límites establecidos en el apartado 6 del artículo 9 de la Ley 49/2003, no siendo posible multiplicar estos límites por el número de copropietarios.

¹¹ El artículo 11.1 de la Ley 83/1980 establecía que «Solo serán renunciabiles los derechos del arrendatario desde el momento en que puedan ser ejercitados», aunque la Ley 49/2003 no contiene una norma al respecto, dado el carácter imperativo del artículo 22.2 Ley 49/2003, el arrendatario puede renunciar a los derechos de tanteo y retracto desde que nacen dichos derechos y, consecuentemente, los tiene, no pudiendo renunciar anticipadamente a un derecho que aún no ha nacido y, por tanto, no se tiene. En este mismo sentido MIRAVALLS CALLEJA, C. (2017) «Guía práctica de arrendamientos rústicos», Madrid, Editorial Agrícola Española, 83 y 84.

¹² El artículo 2.2 de dicho Real Decreto Ley establece que, anualmente, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, se determinará la cuantía del citado indicador.

¹³ La STS de 27 de julio de 2006 admite que procede el retracto por la condición de profesional de la agricultura y de cultivador personal en el actor; ya que se cumplen los requisitos legales en lo relativo a las rentas obtenidas en relación con su renta total, a la vista del número de cabezas de ganado que mantiene en su explotación y de la escasa pensión recibida por su condición de jubilado, como en lo referente al tiempo real empleado en la mencionada explotación.

¹⁴ Díez Soto, C. M. (2006) *Ley de Arrendamientos Rústicos. Comentarios doctrinales y formularios prácticos*, director M. Paquau Liaño, Thomson Aranzadi, 679.

¹⁵ A los efectos de la Ley 49/2003, se consideran actividades complementarias la participación y presencia del titular, como consecuencia de elección pública, en instituciones de carácter representativo, así como en órganos de representación de carácter sindical, cooperativo o profesional, siempre que estos se hallen vinculados al sector agrario, las de transformación y venta directa de los productos de su explotación y las relacionadas con la conservación del espacio natural y protección del medio ambiente, al igual que las turísticas, cinegéticas y artesanales realizadas en su explotación (art. 9.3).

¹⁶ En cuanto a la distinción entre fincas rústicas y urbanas, la jurisprudencia ha señalado varios criterios para decidir en cada caso concreto si se trata de una finca rústica o urbana. Así, la STS de 15 abril de 1971 declaró que la naturaleza de una finca no puede dejarse a la calificación que hagan los interesados, sino que, atendiendo al momento de la transmisión, deberá hacerse: 1.º. Por su situación en el campo o en la ciudad; 2.º. Por el carácter principal del aprovechamiento, agrícola, ganadero o forestal frente a otros fines, como la vivienda, industria o comercio; y 3.º. Por la calificación urbanística y registral de la finca. Sin que ninguno de estos criterios contemplados aisladamente, sea suficiente para calificar una finca como rústica. Si concurren los elementos anteriores, por la preponderancia de uno u otros.

¹⁷ MARTÍNEZ VALENCIA, J. (1991), *Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Dykinson, 432.

¹⁸ Díez Soto, C. M. (2006) *Ley de Arrendamientos Rústicos. Comentarios doctrinales y formularios prácticos*, director M. Paquau Liaño, Thomson Aranzadi, 691 y 692.

¹⁹ FLORES GONZÁLEZ, B. (2011) Enajenaciones que originan los derechos de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Rústicos, *Actualidad Civil*, núm. 6, 667.

²⁰ MAS BADÍA, M.ª D. (2006) *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por ley 26/2005, de 30 de noviembre)*, (dirigidos por Rafael Ballarín Hernández y M.ª Dolores Más Badía), Tecnos, Madrid, 501.

²¹ Sobre este tema ver: ARECHEDERRA, L. (1979) El retracto arrendaticio rústico y la aportación a sociedad de una finca rústica, *Revista de Derecho Notarial*, 7-64.

²² Sobre la posibilidad de ejercitar el arrendatario el tanteo y el retracto en caso de renta vitalicia o en el contrato de alimentos ver: MILLÁN SALAS, F. Instrumentos de financiación privada para personas dependientes: contrato de alimentos y contrato de renta vitalicia, en *Dependencia (Long term care) y empleo en el Estado del bienestar*. Editorial ARANZADI, 285-320.

²³ En cambio, DIEZ SOTO, C. M. (2006) *Ley de Arrendamientos Rústicos. Comentarios doctrinales y formularios prácticos*, director M. Paquau Liaño, Thomson Aranzadi, 712, mantiene que «no será imprescindible hacer constar la identidad del posible adquirente en la notificación previa». Por su parte, el artículo 87 de la Ley 83/1980 disponía expresamente que se indicara el nombre y circunstancias del adquirente, así establecía: «El transmitente notificará de forma fehaciente al arrendatario su propósito de enajenar, indicando las condiciones de la enajenación, así como el precio, en su caso, y el nombre y circunstancias del adquirente».

²⁴ MAS BADÍA, M.^a D. (2006) *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por ley 26/2005, de 30 de noviembre)*, (dirigidos por Rafael Ballarín Hernández y M.^a Dolores Más Badía), Tecnos, Madrid, 477 y MARTÍNEZ VALENCIA, 443.

²⁵ Para que se inicie, en este supuesto, el cómputo del plazo de los 60 días para ejercitar el retracto, la Ley 49/2003 pone el acento en que el arrendatario haya tenido conocimiento de la transmisión, cualquiera que sea el medio por el que lo haya obtenido, el medio no es lo que importa, sino el conocimiento exacto y completo de la transmisión; así, la jurisprudencia ha declarado que «el conocimiento puede adquirirse de cualquier forma» (SSTS de 26 de noviembre de 1900 y 10 de mayo de 1949), por ejemplo, «no es necesario que se le haya notificado si en el acto de conciliación se le exhibió la escritura pública que fue examinada por el subrogante (Sentencia de 6 de febrero de 1979); puede adquirirse «sin sujeción a formalidad alguna —por notificación o por cualquier otro modo—» (STS de 1 de junio de 1976).

²⁶ Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo la que sostiene que cuando el arrendador incumple su deber de hacer al arrendatario la notificación de su propósito de enajenar, el plazo de 60 días para el ejercicio de la acción de retracto se cuenta desde la fecha en que el arrendatario ha tenido un conocimiento cabal de los detalles completos, precisos y exactos de la transmisión, tanto esenciales como no esenciales, de forma que no basta con que haya podido tener con anterioridad conocimiento de que la venta se ha efectuado e incluso de la identificación de los adquirentes (SSTS de 1 de junio de 1976, 20 de mayo de 1981, 17 de julio de 1991, 6 de febrero de 1992, 11 de abril de 1995, 7 de marzo y 15 de abril de 1996, y 28 de julio de 1997). En la STS de 14 de diciembre de 2009, el vendedor no notificó al arrendatario su propósito de enajenar y el arrendatario tuvo conocimiento de la transmisión por la inscripción en el Registro de la Propiedad, el juzgado de primera instancia apreció la caducidad del plazo para el ejercicio del retracto, en cambio el juzgado de segunda instancia estimó el retracto y el Tribunal Supremo confirmó esta segunda sentencia argumentando: «esta Sala se pronuncia claramente en el sentido de que en el retracto, la inscripción en el Registro de la Propiedad no supone el conocimiento cabal, preciso y exacto, ni es presunción *iuris et de iure* del mismo, que constituya *dies a quo* del plazo de caducidad que impone la Ley».

²⁷ La STS de 13 de diciembre de 2006 afirma que las condiciones o requisitos de la notificación de la venta al arrendatario a efectos de ejercicio del derecho de retracto en arrendamientos rústicos, en los casos en que no hubo notificación expresa y directa, en lo relativo al plazo para el ejercicio del retracto es de 60 días hábiles a partir de la fecha en que, por cualquier medio, el arrendatario haya tenido conocimiento de la transmisión (art. 88), sin que ello se vea afectado por lo dispuesto en el artículo 91-2 respecto a que, en caso de no haberse cumplido «en forma» el requisito de la notificación previa, el retracto podrá ser ejercitado «durante el plazo de 60 días hábiles a partir de la notificación» de la escritura de enajenación. El conocimiento exacto y completo por el arrendatario de la transmisión excluye la necesidad de una notificación posterior (STS de 21 de marzo de 1996), y, este

conocimiento, al que se supedita el ejercicio de la acción de retracto abarca «no solo al hecho de la venta, sino también la noticia exacta de todos los extremos de la transmisión, como precio, condiciones esenciales de la venta, modalidades de pago, etc., pues solamente en tal caso el titular del retracto puede disponer de elementos de juicio suficientes para decidir sobre la conveniencia o no de ejercitar la acción» (STS de 14 de noviembre de 2002).

²⁸ FLORES GONÁLEZ, B. (2012) Ejercicio y efectos del retracto arrendaticio rústico, *Actualidad Civil*, núm. 3, 254.

²⁹ Aunque el artículo 1518 del Código civil se encuentra en sede del retracto convencional, le es de aplicación al retracto legal ya que el artículo 1525 del Código civil establece que en el retracto legal tendrá lugar lo dispuesto en el artículo 1518.

³⁰ En igual sentido DÍEZ SOTO, C. M. (2006) *Ley de Arrendamientos Rústicos. Comentarios doctrinales y formularios prácticos*, director M. Paquau Liaño, Thomson Aranzadi, 720. En cambio, FLORES GONZÁLEZ, B. (2011) Enajenaciones que originan los derechos de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Rústicos, *Actualidad Civil*, núm. 6, 671, mantiene que «el arrendatario deberá abonar al adquirente el valor de la finca retraída determinado según las previsiones legales y no el importe de la obligación extinguida».

³¹ DÍEZ SOTO, C. M. (2000) *Ejercicio y efectos de los tanteos y retractos legales*, Dykinson, Madrid, 134 y 135.

³² FLORES GONZÁLEZ, B. (2012) El pago del precio en el ejercicio del retracto arrendaticio rústico, *Actualidad Civil*, núm. 10, 1075.

³³ FLORES GONZÁLEZ, B. (2012) El pago del precio en el ejercicio del retracto arrendaticio rústico, *Actualidad Civil*, núm. 10, 1085. En igual sentido se manifiesta MAS BADÍA, M.^a D. (2006) *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por ley 26/2005, de 30 de noviembre)*, (dirigidos por Rafael Ballarín Hernández y M.^a Dolores Más Badía), Tecnos, Madrid, 498, «en la actualidad no existe norma que imponga como requisito de procedibilidad en los procedimientos en que se ejercite una acción de retracto arrendaticio rústico la consignación o, en su caso, afianzamiento del precio».

³⁴ La STC 127/2008 de 27 de octubre mantiene: «Dentro del margen de actuación que hemos reconocido al legislador para supeditar el ejercicio de la acción de retracto al cumplimiento de la carga de consignar, interesa destacar que bajo el régimen de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881 la exigencia de consignar venía impuesta directamente por su artículo 1618.2, con arreglo al cual «para que pueda darse curso a las demandas de retracto, se requiere: que se consigne el precio si es conocido, o si no lo fuere, que se dé fianza de consignarlo luego que lo sea». Por el contrario, el actual artículo 266.3 LEC supedita la carga de consignar a que así se exija por ley o por contrato. En el presente caso, la Audiencia Provincial de Ávila sustentó la exigencia de la consignación invocando tanto el artículo 1618.2 LEC 1881 como el vigente artículo 266.3 LEC, entendiendo que la exigencia adicional de este precepto, acerca de que la carga de consignar venga impuesta por ley o contrato, se colma con los artículos 1518 del Código civil y 90.2 de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de arrendamientos rústicos (LAR). Pero, como dijimos en la STC 144/2004, de 13 de septiembre (FJ 4), tal inferencia se sustenta en una confusión entre, de un lado, la consignación o la constitución de caución como requisito procesal para la admisión a trámite de la demanda de retracto, al que se refiere el artículo 266.3 de la vigente LEC y, de otro lado, el reembolso al comprador del precio de la venta y de los gastos derivados que impone el artículo 1518 del Código civil (y el art. 90.2 LAR), no como requisito para la admisión a trámite de la demanda, sino como requisito sustantivo para el ejercicio del derecho de retracto, esto es, una vez obtenida sentencia estimatoria del mismo. Por tanto, no es posible sustentar la inadmisión de la demanda en el artículo 266.3 LEC pues, como resulta del tenor literal del precepto, se condiciona la consignación a que se exija por ley o contrato, supuestos que no se dan en este caso».

³⁵ El Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, establece en su artículo 45.I.B.2 que: «B) Estarán exentas: 2. Las transmisiones que se verifiquen en virtud de retracto legal, cuando el adquirente contra el cual se ejercite aquel hubiere satisfecho ya el impuesto».

³⁶ En cambio, a juicio de DÍEZ SOTO, C. M. (2006) *Ley de Arrendamientos Rústicos. Comentarios doctrinales y formularios prácticos*, director M. Paquau Liaño, Thomson Aran-

zadi, 689, «no hay especiales inconvenientes de carácter técnico que impidan la viabilidad del retracto en los negocios sometidos a condición, ya sea suspensiva o resolutoria».

³⁷ El artículo 91 de la Ley 83/1980 establecía: «Dos. En todo caso, la escritura de enajenación se notificará de forma fehaciente al arrendatario al efecto de que pueda ejercitar el derecho de retracto o, en su caso, el de adquisición, si las condiciones de la enajenación, el precio o la persona del adquirente no correspondieran de un modo exacto a las contenidas en la notificación previa».

³⁸ El artículo 91 de la Ley 83/1980 establecía: «Uno. En toda escritura de enajenación de fincas rústicas el transmitente deberá declarar, bajo pena de falsedad, si la que es objeto de la misma se halla o no arrendada y, en este último supuesto, si ha hecho uso en los seis años anteriores a la transmisión del derecho que reconoce al arrendador el artículo veintiséis, punto uno, de la presente Ley. Sin esta declaración no podrá inscribirse la transmisión en el Registro de la Propiedad. Caso afirmativo, el fedatario no la autorizará sin que se le acredite de forma fehaciente la práctica de la notificación a la que se refieren los artículos anteriores».

³⁹ AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A. (2001) *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Editorial Comares, 393.

⁴⁰ MIRAVALLS CALLEJA, C. (2017) *Guía práctica de arrendamientos rústicos*, Madrid, Editorial Agrícola Española. 73 y 74. Según la autora, «Los requisitos que se exigen, por tanto, para entender que existe delito son: 1. Que exista un contrato de compraventa (enajenación) de la finca. 2. Que esa enajenación se lleve a cabo por quien sea titular del mismo y en consecuencia puede disponer de él como propio. 3. Que se haya transferido la finca como libre de cargas y sin arrendamiento cuando sobre la misma existía un arrendamiento en vigor. 4. Que exista engaño consistente en la ocultación de dicho gravamen al momento de celebrar el contrato. Es decir que con conocimiento de la existencia de ese arrendamiento, intencionadamente se haya ocultado para que se produzca la venta con la intención de obtener un lucro. 5. Que se haya causado un perjuicio económico al comprador o a un tercero (arrendatario), pues en caso de haber conocido el gravamen existente (arrendamiento) sobre la finca no se hubiera celebrado el contrato o se hubiera hecho en otras condiciones. 6. Que exista ánimo de lucro en el vendedor para obtener un provecho de utilidad con su conducta».

⁴¹ En igual sentido se pronunciaba el artículo 91 de la Ley 83/1980: «Tres. Para inscribir en el Registro de la Propiedad los títulos de adquisición intervivos de fincas rústicas arrendadas deberá justificarse la práctica de la notificación que establece el apartado anterior».

⁴² MARTÍNEZ VALENCIA, J. (1991), *Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Dykinson, 1991, 482.

⁴³ AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A. (2001) *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Editorial Comares, 393.

⁴⁴ DíEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2001) *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Tecnos, Madrid, 512.

⁴⁵ En igual sentido se pronunciaba el artículo 94 de la Ley 83/1980 «Los derechos establecidos en el presente capítulo serán preferentes con respecto a cualquier otro de adquisición, salvo el retracto de colindantes establecido por el artículo mil quinientos veintitrés del Código civil, que prevalecerá sobre los derechos regulados en esta sección A) cuando no excedan de una hectárea tanto la finca objeto de retracto como la colindante que lo fundamente».

⁴⁶ La STS de 14 de junio de 2007 mantiene que no procede el retracto de colindantes al tratarse de fincas separadas por un sobresaliente por el que discurren las tuberías que, partiendo de un canal, continúan entre ambas para dar riego a fincas de terceros.

⁴⁷ Sobre este retracto ver: MILLÁN SALAS, F. (1996) El retracto de colindantes en la Ley de 4 de julio de 1995, de Modernización de las Explotaciones Agrarias. *Revista de Derecho de Agrario y Alimentario*. Núm. 28, 15-18.

⁴⁸ MAS BADÍA, M.^a D. (2006) *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por ley 26/2005, de 30 de noviembre)*, (dirigidos por Rafael Ballarín Hernández y M.^a Dolores Más Badía), Tecnos, Madrid, 511 y sigs

⁴⁹ El artículo 95 de la Ley 83/1980 establecía: «Cuando se trate de fincas de aprovechamientos diversos concedidas a diferentes arrendatarios el tanteo y el retracto o el derecho

de preferente adquisición corresponderá ejercitarlo solamente al que lo sea del aprovechamiento principal».

⁵⁰ AGÜNDEZ FERNÁNDEZ, A. (2001) *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Editorial Comares, 409.

⁵¹ El artículo 2.7 de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias de 4 de julio de 1995 define al agricultor joven como «la persona que haya cumplido los dieciocho años y no haya cumplido cuarenta años y ejerza o pretenda ejercer la actividad agraria».

⁵² La Ley 83/1980 establecía en su artículo 93: «Uno. Cuando sean varios los arrendatarios de una misma finca habrá que cumplir con cada uno de ellos los requisitos anteriores, y el derecho de tanteo y retracto y el de adquisición preferente podrán ser ejercitados por ellos separadamente, referidos a la porción o porciones de fincas ocupadas, respetando las normas vigentes sobre unidades mínimas de cultivo».

⁵³ Sobre las unidades mínimas de cultivo ver: MILLÁN SALAS, F. (1999) *Instituciones sucesorias en el Código civil que conservan íntegra una explotación agrícola*, Jaén, 222 y sigs

⁵⁴ Igual redacción tenía el artículo 96 de la Ley 83/1980: «En los casos de fincas de las que solo una parte de su extensión haya sido cedida en arriendo los derechos regulados en los artículos anteriores se entenderán limitados a la superficie arrendada. A tal efecto el documento por el que sea formalizada la transmisión de la finca deberá especificar, en su caso, la cantidad que del total importe del precio corresponde a la porción dada en arriendo.

1.4. Sucesiones

Validez y eficacia de arrendamiento de bien ganancial otorgado sin la intervención de los partícipes en la comunidad posganancial y hereditaria*

Validity and effectiveness of lease of ganancial thing granted without the intervention of the participants in the posganancial and hereditary community

por

ANA M.^a PÉREZ VALLEJO
*Prof. Titular de Derecho civil.
Universidad de Almería*

RESUMEN: Este estudio tiene por objeto analizar la validez y eficacia de unos contratos de arrendamiento de bienes pertenecientes a la extinta sociedad de gananciales disuelta pero no liquidada, celebrados sin el consentimiento de todos los partícipes de la comunidad posganancial y/o hereditaria. En el primer caso, las arrendatarias fueron la viuda (usufructuaria) y la nieta, legataria de los derechos que el abuelo (premuerto) ostentara en la vivienda. Y en el segundo caso, el otorgante del arrendamiento (fincas rústicas con opción a compra), fue el marido, separado judicial y posteriormente fallecido. En ambos casos, con las matizaciones que se verá, se rechaza la tesis tradicional de la nulidad del acto dispositivo y se confirma la eficacia obligacional del contrato.

ABSTRACT: *The purpose of this study is to analyze the validity and effectiveness of some lease contracts for goods belonging to the extinct company of dissolved and non-liquidated property companies, concluded without the consent of all the participants of the post-profit and / or hereditary community. In the first case, the tenants were the widow (usufructuary) and the granddaughter, a legatee of the rights that the grandfather (previously deceased) held in the house. And in the second case, the grantor of the lease (rustic farms with option to purchase), was the husband, judicially separated and subsequently deceased. In both cases, with the qualifications that will be seen, the traditional thesis of the nullity of the device act is rejected and the obligatory effectiveness of the contract is confirmed.*

* Este estudio se realiza en el marco del Grupo de Investigación (SEJ-235), adscrito a los Centros de Investigación CIDES Y CEIA3.

PALABRAS CLAVE: Acto de disposición. Comunidad posganancial. Comunidad hereditaria. Legado. Eficacia obligacional.

KEY WORDS: *Act of disposition, post-gain community, hereditary community, legacy, mandatory effectiveness.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL: CONTEXTO FÁCTICO Y NORMATIVO: 1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA DEBATIDO. 2. MARCO NORMATIVO APLICABLE E INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL: A) *Sociedad de gananciales y atribución de la titularidad de bienes comunes.* B) *Comunidad posganancial.* C) *Comunidad hereditaria.* —II. EFICACIA OBLIGACIONAL DE LOS ARRENDAMIENTOS CELEBRADOS SIN EL CONCURSO DE LOS PARTÍCIPES EN LA COMUNIDAD. CUESTIONES CONEXAS Y DOCTRINA JURISPRUDENCIAL APLICABLE: 1. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA OTORGADO POR LA VIUDA (USUFRUCTUARIA UNIVERSAL) Y LEGATARIA (NIETA): STS DE 17 DE ENERO DE 2018: A) *Hechos e iter judicial.* B) *Arrendamiento de vivienda (30 años): Acto de disposición.* C) *Las otorgantes (viuda y nieta) no reunían el pleno dominio:* a) El legado de derechos correspondiente al abuelo en la vivienda (50%) no es inmediato. b) La viuda no era titular del 50% de la vivienda pero como usufructuaria universal está facultada para otorgar arrendamiento que se extingue a su muerte. 2. ARRENDAMIENTO DE FINCAS RÚSTICAS CON OPCIÓN A COMPRA: STS DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2019: A) *Hechos e iter judicial.* B) *Arrendamiento de fincas rústicas con opción de compra (Acto de disposición).* C) *Consecuencias de la falta de poder de disposición del esposo:* a) La aceptación (tácita) por la esposa de la validez del arrendamiento comprende la opción de compra. b) Eficacia obligacional del contrato entre las partes y sus herederos.—III. CONCLUSIONES.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL: CONTEXTO FÁCTICO Y NORMATIVO

Durante el período que se produce entre la disolución y la liquidación del régimen de la sociedad de gananciales, bien por divorcio/separación judicial de los esposos; o bien, por el fallecimiento de uno de ellos, subsiste una comunidad patrimonial en liquidación, cuya naturaleza y régimen jurídico genera numerosas cuestiones controvertidas. En la comunidad posganancial cada sujeto posee una cuota abstracta de bienes sobre el total de la masa ganancial, que existirá hasta que se liquide y se concrete la parte de bienes que corresponde a cada uno de los miembros de la comunidad. Régimen aplicable a este patrimonio, del que son titulares, según los casos, el cónyuge superviviente y los herederos del premuerto; o los excónyuges, en caso de separación o divorcio. Las acciones de liquidación de la sociedad de gananciales y de partición y adjudicación de bienes hereditarios no se excluyen, ni son contrarias entre sí. Pero lo cierto es que, será necesario liquidar la sociedad de gananciales, para solicitar la partición de la herencia, siendo imprescindible la primera para poder llevar a cabo la segunda.

Son distintos los problemas que pueden plantearse en esta situación de comunidad posganancial y/o hereditaria. Pero por lo que aquí interesa, son habituales aquellos relativos al régimen aplicable a la *administración y disposición* de los bienes comunes. No se permite que cada uno, por sí solo, pueda disponer aisladamente de los bienes concretos integrantes de la misma. Pues ambos cón-

yuges (o, en su caso, el supérstite y los herederos del premuerto) ostentan una titularidad común, sobre la totalidad de los bienes integrantes de esa comunidad posmatrimonial. Y como es sabido, el arrendamiento es acto de administración, salvo que por su duración y/o cláusulas que contenga, deba ser calificado como acto de disposición. Con el consiguiente régimen de mayorías o unanimidad aplicable para que pueda entenderse válida y eficazmente celebrado. Tradicionalmente se ha mantenido que el acto dispositivo de la cosa común, realizado sin la unanimidad de todos los partícipes, estaría viciado de nulidad radical. Sin embargo, se aprecia una evolución doctrinal y jurisprudencial que rectifica la anterior doctrina, y consolida que el negocio concertado sin el consorcio de los partícipes en la comunidad debe entenderse válido en el aspecto obligacional; y por lo tanto, producirá las consecuencias propias del negocio jurídico de que trate.

1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA DEBATIDO

Focalizamos nuestra atención en aquellos supuestos en que el acto realizado es un contrato de arrendamiento de bienes inmuebles pertenecientes a la extinta sociedad de gananciales disuelta pero sin liquidar. Para ello partimos del análisis de las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2018 y de 17 de septiembre de 2019, siendo en ambas ponente M.^a Ángeles PARRA LUCÁN.

En la primera, (STS de 17 de enero de 2018)¹ la cuestión jurídica planteada es determinar la validez y eficacia de un contrato de arrendamiento de vivienda de carácter ganancial, otorgado después de la extinción de la sociedad de gananciales pero sin haber procedido a su liquidación y habiendo fallecido el esposo. El contrato, de fecha 1 de febrero de 2008, con una duración de 30 años y una renta mensual de 50 euros, se celebra conjuntamente por el cónyuge supérstite (usufructuaria universal) y la nieta, que había sido instituida legataria de los derechos que el testador (abuelo premuerto) ostentara en el bien ganancial. El 23 de agosto de 2009 fallece la viuda. La demanda se interpone el 21 de septiembre de 2012, por los herederos, contra la nieta (instituida con el legado) y contra el arrendatario. Los demandantes declaran actuar en interés de la comunidad de bienes dejados al fallecimiento de sus padres. Ejercitan con carácter principal, la acción de la nulidad del contrato de arrendamiento (vivienda), subsidiariamente que se declare la extinción del arrendamiento desde la fecha de fallecimiento de la usufructuaria, y en su defecto, que se declare que el referido arrendamiento no podrá durar más de cinco años desde su otorgamiento.

En la segunda, (STS de 17 de septiembre de 2019)², la cuestión debatida versa sobre la eficacia y validez de un contrato de arrendamiento de 34 fincas rústicas con una duración de diez años, al término del cual se concedía al arrendatario el derecho de opción a compra. El contrato de fecha, 1 de septiembre de 2001, fue celebrado por uno solo de los cónyuges tras la sentencia de separación (5 de septiembre de 1984). Si bien y pese al tiempo transcurrido, aún no se había llevado a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales. El cónyuge arrendador falleció el 11 de agosto de 2002, un año después del contrato, pero el arrendamiento se siguió desarrollando con pleno conocimiento de los componentes de la comunidad hereditaria (esposa e hijos del finado), que cobraron las respectivas rentas. Vencido el arrendamiento, el arrendatario intentó ejercer el derecho a la opción de compra, dispuesto en una cláusula del contrato, a lo que se negaron sistemáticamente los demandados. Ante dicha negativa, el 3 de mayo de 2012, el arrendatario, demanda a los herederos (esposa e hijos del arrendador) y solicita

que se declare la validez del contrato de arrendamiento y de la cláusula de opción de compra. A la fecha del juicio, no se había llevado a cabo la disposición y partición de la herencia, permaneciendo los demandados en régimen de comunidad.

Los supuestos de hecho extraídos de estas sentencias nos servirán para analizar problema conexos de derecho sucesorio y de la comunidad posganancial. Para determinar, en suma, si los arrendamientos otorgados sin la participación de todos los miembros que integraban la comunidad son válidos y van a producir algún efecto; o, por el contrario, están sancionados con la nulidad radical. Para lo que se hace preciso enmarcar las disposiciones normativas aplicables, considerando que algunas instituciones entremezcladas en ambos supuestos carecen de regulación; o bien, la interpretación judicial de algunos preceptos no es pacífica, ni resulta uniforme.

2. MARCO NORMATIVO APLICABLE E INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL

A) *Sociedad de gananciales y atribución de la titularidad de bienes comunes*

Durante el matrimonio la sociedad de gananciales no constituye una forma de comunidad o copropiedad de tipo romano regulada en los artículos 392 y siguientes del Código civil. El artículo 1344 del Código civil, en su redacción dada por Ley 13/2005, de 1 de julio, establece que «Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella». Este precepto no establece una definición de la sociedad legal de gananciales, sino la consecuencia que produce el establecimiento de este régimen económico en el matrimonio; bien, por voluntad de las partes o, en su defecto por la ley. De esta forma, todos los bienes que se obtengan constante matrimonio, a excepción de los privativos, pertenecerán de forma conjunta a ambos esposos, creando así una comunidad de bienes en la que no se diferencian partes. No existen cuotas sobre los bienes y derechos que forman el patrimonio ganancial. Lo que implica la imposibilidad de que cada uno de los bienes que conforman el patrimonio ganancial pertenezcan individualmente en un 50% a cada uno de los esposos.

Sin entrar en el debate sobre las distintas teorías que abordan la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, tradicionalmente se ha identificado con las características propias de la *comunidad germánica*. Sin perjuicio de que difiera, en algunos aspectos, del patrón ideal de la referida comunidad en mano común³. Por tanto, doctrina⁴ y jurisprudencia⁵, aprecian en esta figura, una aplicación de la comunidad de tipo germánico o propiedad en mano común, en la que el derecho que ostentan los cónyuges afecta, indeterminadamente, al objeto, sin atribución de cuotas, ni facultad de instar la división material mientras perviva la sociedad. Se trata de un patrimonio autónomo, separado y común, del que serían titulares de forma indistinta, ambos cónyuges, sin ostentar el derecho actual a una cuota, por lo que no pueden disponer de mitades indivisas de los bienes comunes. Así como tampoco procede la disposición de un bien por uno de los cónyuges, sin la intervención del otro o sin su consentimiento, pues determinaría, según se ha mantenido tradicionalmente, la invalidez del acto de disposición del bien ganancial.

De ahí que, tal sociedad, se aproxime al patrón ideal de comunidad germánica, en idéntica medida en que se aleja del patrón de comunidad romana, donde

cada comunero ostenta una «cuota» en los bienes objeto de la comunidad. Tesis que reconoce y reitera el Tribunal Supremo (TS) y la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN):

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2018, y la de 17 de septiembre de 2019, objeto de comentario, parten del presupuesto base de que ambos cónyuges, estaban casados bajo el régimen económico de gananciales. Y en este régimen, como no surge una nueva persona jurídica, ambos cónyuges son titulares de los bienes comunes. Pero los diversos objetos no les pertenecen proindiviso, sino que integran el patrimonio común, una masa patrimonial que pertenece a los dos. Ambos cónyuges son los propietarios de cada cosa, de modo que el derecho de uno y otro, unidos, forman el derecho total, pero no son titulares de cuotas concretas sobre cada bien. En consecuencia, la sociedad de gananciales se configura inicialmente, antes de la disolución, como un patrimonio colectivo sin personalidad, al modo de la comunidad germánica o en mano común y que no permite la división de las cuotas ideales (...). De lo que seguidamente se deduce que esta forma de atribución de la titularidad sobre los bienes comunes comporta, además, por lo que interesa a los procesos objeto de la *litis*, que los cónyuges y sus sucesores, mientras no liquiden la sociedad, no pueden disponer sobre mitades indivisas de los bienes comunes. Como se ha dicho, durante la vigencia del régimen de gananciales no puede considerarse que cada cónyuge sea copropietario del 50% de cada bien. Para que se concrete la titularidad de cada cónyuge sobre bienes concretos es precisa la previa liquidación y división de la sociedad.

En la indicada dirección, la RDGRN de 6 de noviembre de 2019⁶, declara que en la comunidad de tipo germánico, el comunero carece de esa libre disposición de su derecho en la comunidad y no puede disponer libremente de sus derechos indirectos en los bienes en la comunidad, ni los puede transmitir por sí solo como derechos separados, porque carece de «cuota»: sencillamente es miembro de la comunidad, sin cuota alguna en la cosa objeto de la comunidad. Hasta el punto de que, incluso para una transmisión hereditaria, con carácter previo a que los causahabientes adquieran los bienes en régimen de comunidad conyugal cuando fallece alguno de los cónyuges, es necesario transformar la comunidad germánica o sociedad conyugal, en comunidad romana; sin esa previa reconversión de un tipo de comunidad en otra no sería posible la transmisión a los causahabientes.

B) Comunidad posganancial

La sociedad de gananciales puede quedar disuelta por cualquiera de las causas establecidas en los artículos 1392 y siguientes del Código civil. Por lo que aquí interesa, por muerte (arts. 1392.1 en relación con el art. 85 CC), supuesto que acontece en el primer caso que analizamos; y por divorcio o separación (arts. 1392.1 y 3 en relación con el art. 95.1 CC), en el segundo caso. Son partícipes de esa comunidad posganancial, en caso de muerte, el cónyuge supérstite y los herederos, en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges. Y en caso de separación o divorcio, los cónyuges o excónyuges.

Ahora bien, la llamada «comunidad posganancial» existente desde que se disuelve la sociedad de gananciales hasta que se produce la liquidación, carece de regulación en el Código civil⁷, por lo que resulta necesario determinar las normas aplicables a esta situación, en la que los partícipes no tienen una cuota

sobre cada uno de los bienes, sino sobre la totalidad del patrimonio y a la que no resultan de aplicación las reglas de la sociedad de gananciales. El Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de julio de 2005⁸ explica con precisión las consecuencias derivadas del tránsito del régimen jurídico de los bienes comunes tras la disolución del régimen, al declarar que:

« (...) los bienes que, hasta entonces, habían tenido el carácter de gananciales, pasan a integrar (hasta que se realice la correspondiente liquidación) una comunidad de bienes postmatrimonial o de naturaleza especial, que ya deja de regirse, en cuanto a la administración y disposición de los bienes que la integran, por las normas propias de la sociedad de gananciales y se regirá por el de la comunidad *romana* o *pro indiviso* contemplada en los artículos 392 y siguientes del Código civil».

Norma, la del artículo 392 del Código civil que como sabemos, no define qué sea comunidad sino que describe como supuesto de hecho, la pertenencia de la propiedad de una cosa o la pertenencia de un derecho a varios, en ambos casos *proindiviso*. Y la consecuencia jurídica es que entonces hay comunidad. Se trata de un efecto legal automático que deriva de la cotitularidad (MIQUEL)⁹. Comunidad que subsiste como patrimonio en liquidación, cuya existencia es transitoria e incidental y antieconómica (BELTRÁN DE HEREDIA)¹⁰ y en el cual los cónyuges tienen una relación de condóminos, pero sometidos a reglas específicas, derivadas de la propia naturaleza de la comunidad.

La referida comunidad, de naturaleza especial o «*sui generis*», calificativo que «arroja poca o ninguna luz» (VIVAS)¹¹, es análoga o equiparable a la comunidad hereditaria, según doctrina (KARRERA)¹² y jurisprudencia. Las SSTs de 10 de junio de 2010 (FJ 3.º) y de 9 de diciembre de 2015, reiteran esta afirmación al considerar de aplicación a la comunidad posganancial no liquidada, el régimen de la comunidad hereditaria. Así establece que:

«(...) disuelta la sociedad de gananciales, pero aún no liquidada, la naturaleza de las relaciones existentes entre los titulares es la de una comunidad que equivale al régimen de la comunidad hereditaria y, en consecuencia, no rigen los preceptos del Código civil que permiten la disposición por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro vigente la sociedad de gananciales (*ex art. 1322 CC*). Esta norma forma parte del régimen de las relaciones entre los cónyuges y no se aplica en las relaciones con terceros. Por lo que se aplican las reglas de la comunidad hereditaria».

Consecuencia de ello es que a efectos del goce y disfrute de la cosa común se aplicarán las normas de la comunidad hereditaria, tanto se trate de una comunidad posganancial como hereditaria. Y tradicionalmente se ha sostenido de manera uniforme, que los actos de disposición sobre la cosa común deben contar con la voluntad de todos los comuneros, so pena de nulidad. Regla que, se verá matizada, rectificándola, en las sentencias objeto de comentario.

C) Comunidad hereditaria

Conviene advertir que la comunidad hereditaria es una institución no regulada de manera especial en el Código civil, pero esta comunidad existe cuando son varios los llamados a suceder a título universal en una herencia. El contenido de esta comunidad recae sobre la unidad patrimonial constituida por la heren-

cia y no sobre singulares bienes y derechos. Quedan excluidos de la comunidad hereditaria los bienes especialmente destinados por el causante, por ejemplo vía legados. Aspecto en el que incidiremos después.

Así las cosas y a falta de regulación expresa, es pacífico admitir, que la comunidad hereditaria, se rige, en primer lugar, por aquellas reglas que provengan del principio de la autonomía de la voluntad (*ex art. 1255 CC*), dispuestas por el causante o por acuerdo entre los comuneros, cuando no sean contrarias a la ley, la moral y orden público; en segundo lugar, por lo establecido en las normas especiales del Código civil en relación con la partición (arts. 1051 y sigs.), pago de deudas hereditarias (arts. 1082 a 1087), administración herencia (art. 1026), enajenación y retracto (arts. 1531, 1533, 1534 y 1067), o las normas correlativas aplicables de las legislaciones forales. Incluso por preceptos de la Ley Hipotecaria (arts. 14, 42.6 .º y 46) o artículos 782 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y en tercer lugar, por las reglas relativas a la comunidad de bienes (arts. 392 y sigs. CC), única comunidad que regula sistemática y completamente el Código civil y que, por analogía, puedan aplicarse a esta comunidad universal¹³. Ahora bien, ello no quiere decir que quepa equiparar ambas formas de comunidad. En efecto, la diferencia entre la comunidad que resulta de una sucesión hereditaria por causa de muerte y la comunidad o condominio en general, que se regula en el Título III del Libro II del Código civil, se encuentra, en que «mientras en aquella cada heredero, hasta que se realice la partición, solo disfruta de una parte ideal de todos los bienes de la herencia, sin una posesión real individual que corresponde a todos, en este (el condominio) disfruta de una posesión real y efectiva de la parte que le corresponde en la cosa, de la cual puede disponer, como se deduce de los artículos 399 y 394 del Código civil»¹⁴.

Con todo, la ausencia de una regulación específica de la comunidad hereditaria, ha suscitado dudas y un cierto confucionismo sobre si estamos ante una comunidad germánica o en mano común (GARCÍA VALDECASAS)¹⁵; o ante una comunidad romana (ROCA)¹⁶. Incluso algunos autores mantienen al respecto una postura ecléctica o intermedia (GARCÍA GRANERO)¹⁷ entre su adscripción, a uno u otro tipo de comunidad. Para COLINA resulta inútil y del todo ocioso adscribir la comunidad hereditaria a la alternativa de los tipos romano y germánico, ya que, al poseer aquella notas y cualidades propias de uno y otro tipo, no resulta fácilmente encajable en ninguno de los dos y no resuelve todos los problemas que presenta aquella comunidad en el Derecho actual¹⁸. Ciertamente es así, y de hecho, presenta muchos puntos de coincidencia con la comunidad romana, en lo relativo a su régimen interno (goce de las cosas comunes y la existencia de cuotas); y también con la comunidad germánica, en lo relativo al régimen externo. En la doctrina (BELTRÁN DE HEREDIA)¹⁹ y jurisprudencia²⁰ parece más acertada la tesis que explica la comunidad hereditaria a través de los principios rectores de la comunidad romana, si bien, estableciendo algunas diferencias y matizaciones.

Frente a tales polémicas, lo cierto es, que el testamento, por sí solo, no justifica la adquisición de la herencia, mientras no se lleve a efecto su liquidación y por ello los herederos están en la misma posición de igualdad, en tanto no se realice la partición. Así, desde la muerte del causante y mientras dure la indivisión, estamos ante una comunidad de carácter peculiar²¹ que aunque no se ajuste plenamente al modelo de comunidad ordinaria regulada en los artículos 392 y siguientes del Código civil, supone que la titularidad sobre los bienes es consorcial, de grupo, y ni hay cuotas individuales ni se puede disponer sobre esos bienes a título particular. Como señalara la STS de 23 de enero de 1943

en el periodo de indivisión que precede a la partición hereditaria, los herederos poseen el patrimonio del causante «colectivamente»²².

En nuestra opinión, no alberga dudas, que durante el periodo comprendido entre la aceptación de la herencia por parte de los herederos y la realización de la partición hereditaria, esta comunidad tiene el carácter de germánica o en mano común²³. En consecuencia, todos los herederos tienen una comunidad hereditaria con derechos indeterminados mientras que no haya partición. De una parte, hasta que se acepta la herencia, solo existe una vocación de esta. Así, y en lo que a la naturaleza jurídica de la herencia yacente se refiere, se alude a su muy particular carácter de personalidad jurídica especial, como «comunidad de intereses» de naturaleza (en esta fase yacente, de comunidad germánica «*gesamte hand*», excepcional en nuestro Derecho)²⁴.

Una vez aceptada la herencia, se adquiere un derecho hereditario abstracto, en el sentido de que la cuota que pertenece a cada heredero recae sobre el global del caudal hereditario (comunidad en mano común), no sobre cada uno de los bienes que la integran, como ocurriría en una comunidad de tipo romano. «No existe titularidad alguna prorrateada sobre cada uno de los bienes individuales que la integran. Los coherederos carecen de titularidad sobre los bienes concretos de la herencia, hasta la adjudicación no existe condominio»²⁵. Sin embargo, una vez verificada la partición, ese derecho hereditario abstracto, se convierte en un derecho concreto sobre el bien o los bienes que a cada heredero le corresponden en la partición. Si determinados bienes se adjudican proindiviso, bien entre algunos o todos los herederos, bien entre ellos y el cónyuge viudo, la comunidad que sobre cada bien se constituye tiene el carácter de *romana o por cuotas*. Y será a partir de este momento, y no antes, cuando pueda ejercitarse por cualquiera de los comuneros la acción de división²⁶.

Así, la comunidad hereditaria formada por los coherederos mientras la herencia permanece indivisa es calificada como comunidad germánica con algunas matizaciones. Esta caracterización de la comunidad hereditaria y de la posición de los coherederos dentro de ella se ha utilizado, fundamentalmente, para negar validez o efecto a los actos de disposición realizados por coherederos, en estado de comunidad hereditaria, es decir, antes de la partición, sobre bienes del caudal relicto. Esto es, los partícipes tienen derecho a disponer de su cuota o participación, pero que quedará concretada a los bienes que se le adjudiquen tras la partición, al cesar la comunidad hereditaria. Así, «en la comunidad hereditaria, la disposición de uno solo de los coherederos relativa a una cosa concreta no puede tener eficacia antes de la partición, porque el coheredero no tiene ni siquiera cuotas-parte sobre los bienes singulares por estar sometidos todos ellos a la partición unitaria» (MIQUEL)²⁷. En consecuencia, los actos de conservación, administración y disposición de los bienes comunes, así como el régimen de adopción de acuerdos de la comunidad hereditaria se rige, a menos que haya sido ordenada de otro modo, por las normas que para la copropiedad establecen los artículos 394, 395, 397 y 398 del Código civil. Régimen cuya disciplina se asienta en el principio de mayoría de cuotas previsto en el artículo 398 del Código civil para los actos de administración. Y los que impliquen o se asimilen a actos de disposición, quedarán sometidos, no al régimen de mayorías, sino al de unanimidad del artículo 397 del Código civil.

Situación que es objeto de debate en el primero de los casos analizados. Y es que el contrato de arrendamiento de vivienda otorgado por la viuda y la nieta (legataria) se celebra años después de haber fallecido el marido y abuelo. Es decir, extinta la sociedad de gananciales, pero sin liquidar, y a la que sucede

la comunidad hereditaria. Así las cosas, mientras no se proceda a la partición del caudal hereditario, integran la comunidad tanto los bienes privativos del premuerto como, hasta que se liquide la sociedad de gananciales y se adjudiquen bienes concretos, la participación del premuerto en el patrimonio ganancial²⁸. Cuestión que se complica porque la nieta (otorgante también del arrendamiento) es legataria de los derechos que corresponda al abuelo en la vivienda ganancial. Y como se dijo, no forman parte de la comunidad hereditaria las cosas específicas y determinadas, propias del testador, respecto de las que haya ordenado un legado. Si bien, como precisa la STS de 17 de enero de 2018, «aunque los legados de cosa específica, conforme al artículo 882 del Código civil, son adquiridos por el legatario desde la muerte del testador, al tratarse en este caso de un bien ganancial, la eficacia de legado y su extensión dependerán de a quién se adjudique el bien en la liquidación de la sociedad de gananciales, no pudiendo considerarse adquirido automáticamente». En este punto incidiremos después, pues será preciso matizar algunas cuestiones.

II. EFICACIA OBLIGACIONAL DE LOS ARRENDAMIENTOS CELEBRADOS SIN EL CONCURSO DE LOS PARTÍCIPIES EN LA COMUNIDAD. CUESTIONES CONEXAS Y DOCTRINA JURISPRUDENCIAL APLICABLE

La validez y eficacia de los contratos de arrendamiento concertados, dependerá, en primer lugar, de la posición que ocupan los otorgantes en el momento de su celebración y de la situación jurídica en la que se encuentran los bienes en este momento. Y en segundo lugar, de la naturaleza que deba atribuirse al arrendamiento pactado. Según hemos anticipado, en el momento del otorgamiento del contrato de arrendamiento, tanto la vivienda (primer caso) como las fincas rústicas (segundo caso) pertenecían a la comunidad posganancial y se celebraron sin el consentimiento de los partícipes en la misma. Y en cuanto a la segunda cuestión, habrá que considerar si el arrendamiento, en uno u otro caso, es mero acto de administración; en cuyo caso, habrá de valorarse si había sido pactado por los partícipes que representaban la mayor cantidad de intereses, en atención a lo dispuesto en el artículo 398 del Código civil; o por el contrario, puede calificarse como acto de disposición, en cuyo caso, requerirá la unanimidad de todos los comuneros, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 397 del Código civil y devendría nulo o inexistente por falta de consentimiento, como ha sostenido la jurisprudencia que, tradicionalmente, así lo interpreta. Tal y como alegaron, en los dos casos, los demandantes al pretender que se declarase la nulidad de los arrendamientos concertados. Nótese que el artículo 397 del Código civil, permite incluir en la expresión «alteración de la cosa común» toda clase de actos de disposición. Entre otros, la enajenación total o parcial, la imposición de un gravamen o incluso la alteración de la sustancia material de la cosa²⁹.

En este contexto, hay que considerar las dudas interpretativas que han surgido sobre si el arrendamiento es un acto de administración o por el contrario, es un acto de disposición. Cuestión jurídica que, como se viene anticipando, tiene especial repercusión, tanto en su régimen jurídico, como en la capacidad exigida para su otorgamiento. Al respecto y como es sabido, la naturaleza del derecho de arrendamiento en nuestro sistema positivo constituye, por regla general, un acto de administración³⁰, a no ser que se concierte por un plazo de larga duración (superior a seis años), ya que, alcanzaría la prohibición expresa del artículo 1548 del Código civil; o bien, que por su trascendencia económica o por los pactos

a que han llegado las partes alcance la consideración de acto de disposición o equiparado a estos (RDGRN de 22 de abril de 2006). La jurisprudencia es unánime y señala que son de «administración» los actos que regulan el disfrute de la cosa sin alterar su sustancia, mientras que son de «disposición» *«los actos que representan la enajenación total o parcial, la imposición de un gravamen o la alteración de la sustancia material de la cosa»*. (STS de 22 de febrero de 2013).

1. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA OTORGADO POR LA VIUDA (USUFRUCTUARIA UNIVERSAL) Y LEGATARIA (NIETA): STS DE 17 DE ENERO DE 2018

Son varias y complejas las cuestiones jurídicas conexas que acompañan al contrato de arrendamiento litigioso y a las que da respuesta esta sentencia. Conviene recordar los hechos más relevantes que acontecen y el *iter* judicial seguido en el caso.

A) *Hechos e iter judicial*

El matrimonio formado por Agapito e Irene estaban casados bajo el régimen económico de gananciales. Entre los bienes comunes se encontraba una casa. El 5 de enero de 2002, el marido otorga testamento. En la cláusula 2.^a atribuye a su esposa el usufructo universal y vitalicio sobre todos sus bienes; en la cláusula 5.^a lega a su hijo D. Olegario la parte o derechos correspondientes al testador en el bajo de la casa, donde tiene instalada una panadería. En la cláusula 6.^a lega a su nieta D.^a Valle la parte o derechos correspondientes al testador en el piso. En la cláusula 9.^a instituye herederos a partes iguales a sus tres hijos (D. Olegario, D.^a Leticia y D.^a Martina, madre de D.^a Valle, que fallece en 2005). El 15 de diciembre de 2002 fallece D. Agapito. El 25 de enero de 2008 D.^a Irene otorga testamento y dispone del conjunto de la casa, como legado, a favor de su hijo D. Olegario e instituye herederos a sus hijos.

Es el 1 de febrero de 2008, cuando D.^a Irene (usufructuaria universal) y la nieta, D.^a Valle (legataria) celebran el contrato de arrendamiento de la vivienda a favor de D. Luis Antonio. En él hacen constar que intervienen en su condición de propietarias: «D. Irene es propietaria junto con D.^a Valle que es legataria de la parte de su abuelo». El contrato con una duración de 30 años y una renta mensual de 50 €, se celebra sin que esté liquidada la extinta sociedad de gananciales existente entre D. Agapito y D.^a Irene (y sin haber practicado la liquidación y partición de la herencia del primero). El 23 de agosto de 2009 fallece D.^a Irene.

La demanda se interpone el 21 de septiembre de 2012, por los herederos (D. Olegario y D.^a Leticia) contra D.^a Valle (nieta instituida con legado) y D. Luis Antonio (arrendatario y padre de D.^a Valle). Los demandantes declaran actuar en interés de la comunidad de bienes dejados al fallecimiento de sus padres, D. Agapito y D. Irene. Alegan que no tuvieron conocimiento de la existencia del arrendamiento de la vivienda hasta después del fallecimiento de su madre. En particular, cuando requieren a D. Luis Antonio para que se abstuviera de hacer obras en la casa y él aportó el contrato de arrendamiento en el que se le autorizaba para realizarlas.

Entre sus pretensiones, los demandantes ejercitan, con carácter principal, la declaración de nulidad del contrato de arrendamiento, subsidiariamente y en caso de no ser estimada esta pretensión, se declare la extinción del arrendamiento

desde la fecha de fallecimiento de la usufructuaria, y en su defecto, que el arrendamiento no podrá durar más de cinco años desde su otorgamiento.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda en su integridad. Niega la legitimación de la codemandante D. Leticia, por no ostentar ningún derecho sobre la vivienda objeto del contrato de arrendamiento, pero también la del codemandante D. Olegario, que en su condición de comunero podría ejercer acciones en interés de la comunidad si no existiera oposición de otro comunero, lo que sucede en este caso, en el que D.^a Valle, que es comunera, se opone a la acción. Recurrida en apelación, la SAP de A Coruña (Secc. 6.^a) de 18 de diciembre de 2014, reconoce la legitimación de D. Olegario, al haber sido nombrado legatario por su madre y niega sin embargo la legitimación de la codemandante, por no haberle correspondido ninguna participación en la casa. La sentencia considera que las arrendadoras eran titulares absolutas de la vivienda y podían disponer de la misma: «toda vez que al tiempo de hacerlo las arrendadoras eran las propietarias absolutas del inmueble sin ninguna limitación con relación a la facultad de disponer de la posesión del mismo». Contra dicha resolución se interpone el recurso de casación.

Siguiendo nuestro hilo argumental pasamos a analizar las cuestiones jurídicas que se plantean en el caso.

B) Arrendamiento de vivienda (30 años): Acto de disposición

Como se ha indicado, el arrendamiento es un acto de administración, salvo cuando, por su duración, comprometa el aprovechamiento de las cosas. En tal caso se considera como acto de disposición. En este caso, el arrendamiento litigioso, «difícilmente puede ser calificado como acto de administración» como mantiene la sentencia. Basta para ello con tener en cuenta la duración pactada (treinta años con prórrogas tácitas); a lo que cabe añadir otros factores como el importe de la renta de 50 € mensuales, la autorización al arrendatario para que realizara las obras, cambios y mejoras que considere oportunas, etc.

No cabe duda de que las circunstancias que concurren en el contrato resultarían perjudiciales para los propietarios. Un plazo tan amplio, constituye, a nuestro juicio, una limitación a las facultades del dominio que ya, en sí mismo, desnaturalizaría la esencia y naturaleza del vínculo jurídico contraído. Incluso podría ser equivalente a un gravamen, pues implicaría una carga jurídica que limita plenamente las facultades esenciales del derecho de dominio; incidiendo incluso, en la más que probable dificultad de su venta. En consecuencia, el acto se incardina en el supuesto contemplado en el artículo 397 del Código civil que exigiría para su concierto la unanimidad de los partícipes en la comunidad.

C) Las otorgantes (viuda y nieta) no reunían el pleno dominio

Como ha quedado expuesto, en el momento del otorgamiento del contrato de arrendamiento, la vivienda pertenecía a la comunidad posganancial, a la que sucedió una comunidad hereditaria. Su titularidad pertenecía a todos los que en ese momento eran sus partícipes: la viuda (D.^a Irene) y los herederos instituidos por D. Agapito en su testamento (los demandantes ahora recurrentes en casación y, por sustitución de su madre premuerta, D.^a Valle y sus hermanos, de acuerdo con la cláusula 10.^a del testamento y el art. 774 CC). Por lo que la propiedad

de la vivienda no pertenecía proindiviso a las otorgantes del arrendamiento. Y «solo se puede disponer de los bienes concretos de la comunidad posganancial, sin previa liquidación y adjudicación, cuando el acto sea otorgado por todos los interesados que agotan la *plena titularidad* del bien»³¹.

Sobre el particular, la SAP de A Coruña (Sección 6.^a) de 18 de diciembre de 2014, recurrida en casación, sostuvo que el contrato de arrendamiento se otorgó válidamente, «toda vez que al tiempo de hacerlo las arrendadoras eran las propietarias absolutas del inmueble sin ninguna limitación con relación a la facultad de disponer de la posesión del mismo» (...) D.^a Irene (viuda) ostentaba el 50% en su condición de titular original, al haberse otorgado la escritura de declaración de obra nueva de 21 de julio de 1972 a su nombre y al de su esposo. Y la nieta (D.^a Valle), el 50% restante al ser legataria de cosa cierta de su abuelo. Legado que ha de entenderse que ha sido tácitamente entregado, puesto que D.^a Valle tiene la posesión de la vivienda, dado que vive allí y efectúa actos de disposición, como el arrendamiento».

El Tribunal Supremo rebatirá las anteriores afirmaciones. Por tanto, el siguiente paso del análisis nos lleva a determinar si D.^a Irene y D.^a Valle estaban o no facultadas para celebrar el arrendamiento litigioso. A pesar de que en el contrato hicieron constar que eran propietarias del bien y reunían el pleno dominio, la Sala de casación alcanza que esto no es cierto y por tanto, no estaban facultadas para otorgarlo. En cambio la viuda, en su condición de usufructuaria universal y vitalicia, sí lo estaba, tenía esa facultad. Para lo que se hace preciso entrar a analizar algunas cuestiones complejas que concurren en este supuesto.

- a) El legado de derechos correspondiente al abuelo en la vivienda (50%) no es inmediato

D.^a Valle (nieta) fue instituida legataria de los derechos que al abuelo correspondieran en la vivienda ganancial. Estamos ante un legado de derechos de un bien que en el momento de la conclusión del arrendamiento pertenece a la comunidad posganancial. Al respecto, conviene advertir, que los artículos 1379 y 1380 del Código civil incluidos en la sección relativa a la administración de la sociedad de gananciales, se ocupan —no obstante— de la disposición *mortis causa* de los bienes gananciales. El artículo 1379 del Código civil señala que «cada uno de los cónyuges podrá disponer por testamento de la mitad de los bienes gananciales». Y el artículo 1380 del Código civil contempla el legado de la totalidad del bien ganancial por uno de los cónyuges. Legado que producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario, se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento.

Pero una cosa es el legado de cosa ganancial (regulado) y otra el legado de cosa y/o derechos que el testador tiene en la cosa perteneciente a la comunidad posganancial (no regulados). La jurisprudencia ha declarado que el artículo 1380 del Código civil es aplicable analógicamente al legado de cosa (totalidad) perteneciente a la comunidad posganancial. Este legado recae sobre una cosa que forma parte de un patrimonio que fue ganancial (no liquidada la comunidad) y que ahora es una comunidad romana (no dividida). Cabe citar al respecto la STS de 11 de mayo de 2000³², a la que alude la sentencia ahora comentada y que por su claridad expositiva conviene reproducir en alguno de sus pasajes. En especial en lo relativa a la aplicación analógica del artículo 1380 del Código civil al legado de cosa perteneciente a la comunidad posganancial:

« (...) No se trata de un legado de cosa ajena, tampoco de un legado de cosa ganancial. Es un legado de cosa perteneciente a la comunidad posganancial, el cual está fuera de toda normativa legal: ni es ganancial, ni es cosa ajena, ni es cosa común; es cosa integrante de una comunidad que recae sobre todo un patrimonio y que no se conoce, hasta su división, si la cosa legada se adjudicará al testador o no. Siendo una cuestión no regulada, es decir, una relación jurídica sobre la que el ordenamiento no ha dictado norma, se da el caso de laguna de la ley, que debe resolverse aplicando la analogía, tal como prevé el artículo 4.1 del Código civil y la norma que deberá aplicarse es la del artículo 1380 del Código civil que contempla la validez del legado de cosa ganancial y su efectividad. En efecto entre el supuesto regulado legado de cosa ganancial y el no regulado legado de cosa de comunidad posganancial se dan los presupuestos para la aplicación de la norma por analogía que exigió la jurisprudencia: en primer lugar: el supuesto específico no regulado, como es el caso de legado de cosa de comunidad posganancial y, en segundo lugar, identidad de razón: si el legado es de cosa de la comunidad ganancial, los esposos comuneros carecen de poder de disposición exclusivo sobre la misma (como destaca la sentencia de 28 de septiembre de 1998), al igual que si es de comunidad posganancial, y en uno y en otro caso, la cosa puede ser adjudicada al que dispuso de la misma, al hacer la liquidación de los gananciales, en la primera, o la división de la comunidad, en la segunda».

Si bien, en nuestro caso, el legado instituido a favor de la nieta no es de cosa ganancial (ex art. 1380 CC), equiparable por analogía —como se ha visto— al de cosa (totalidad) de la comunidad posganancial, sino que es un legado de los derechos que al testador (abuelo) corresponden sobre la vivienda ganancial o de la comunidad posganancial. Supuesto que acontece en el presente caso y que la Sala declara válido conforme a una interpretación de «*maiore ad minus*». Así establece que:

« (...) Es válido el legado hecho por un cónyuge de los derechos que le correspondan en un bien determinado. Puesto que el artículo 1380 del Código civil admite el legado de un bien ganancial en su integridad, no hay razón para impedir ni el legado de una cuota ni tampoco el legado de los derechos que le correspondan al testador sobre un bien ganancial (...). Procede aplicar por analogía la regla que resulta del artículo 1380 del Código civil de modo que la eficacia de este legado también dependerá de a quién se adjudique el bien en la división (así, Sentencia 465/2000, de 11 de mayo; expresamente es la solución consagrada en el artículo 255 del Código de Derecho foral de Aragón)».

De forma paralela, conforme a la doctrina mayoritaria y a la vista de la solución que ofrece el artículo 1380 del Código civil para el legado de bien ganancial, aplicable analógicamente al legado de cosa perteneciente a la comunidad posganancial, se sostiene (también por analogía) que el legado de los derechos que correspondan al testador sobre un bien ganancial, es válido y se limita a la *mitad indivisa* del bien si esa parte es adjudicada al causante en copropiedad con el otro cónyuge o sus herederos o al valor de la mitad del bien en el caso de que sea adjudicado íntegramente al otro cónyuge.

De lo que se deduce y es aplicable al caso la siguiente conclusión: la legataria (nieta) no era titular del 50% restante de la vivienda, pues el legado de la parte o derechos correspondiente al testador sobre un bien ganancial es válido, pero no atribuye de manera inmediata al legatario la titularidad del 50% del bien ganancial: la eficacia del legado dependerá de lo que resulte de la liquidación

(que en el presente caso todavía no se ha hecho) y de a quién se le adjudique el bien. La Sala aclara que:

«Sucederá que, si en la liquidación se adjudica la vivienda entera o la mitad al cupo de D. Agapito, el legado de D.^a Valle será del 50% de la titularidad dominical, pero si la vivienda se adjudica al cupo de D.^a Irene, el legado de D.^a Valle será del valor de la mitad de la vivienda en el momento en que falleció su abuelo. En el caso, tras el fallecimiento de D. Agapito, y sin que se hubiera hecho la liquidación de la sociedad de gananciales, D.^a Irene legó a su hijo D. Olegario (uno de los demandantes) la casa en la que se encontraba la vivienda. Se trata de un legado de un bien de la comunidad posganancial, disuelta la sociedad pero todavía no dividida la masa común, cuya eficacia también dependerá de a quién se adjudique la casa en la división. Por tanto, no afecta en modo alguno a la validez del legado en su día realizado por D. Agapito a favor de D.^a Valle. Deferida ya la herencia de los dos esposos tras el fallecimiento de D.^a Irene, sin que las disposiciones respecto de la casa sean coincidentes, es incierto el resultado de la liquidación, que dependerá exclusivamente de la voluntad de los herederos, toda vez que la falta de coincidencia entre las voluntades de los cónyuges impide hablar de un mandato implícito a los herederos sobre la forma de hacer la liquidación».

- b) La viuda no era titular del 50% de la vivienda pero como usufructuaria universal está facultada para otorgar arrendamiento que se extingue a su muerte

D.^a Irene no era titular del 50% de la vivienda que, como se ha expuesto, pertenecía a la comunidad posganancial y la titularidad de cada cónyuge y demás partícipes de la comunidad se concreta con la liquidación y división. Sin embargo, le fue legado por su marido el usufructo universal y vitalicio de todos sus bienes. Así consta en la cláusula 2.^a del testamento otorgado el 5 de enero de 2002. Ninguna de las partes ha discutido la validez y eficacia del usufructo de D.^a Irene y el derecho de los herederos de D. Agapito en la comunidad de los bienes comunes era el de la nuda propiedad. Así las cosas, en aquellos supuestos en los que la titularidad sobre el bien se halla dividida entre el nudo propietario y el usufructuario, es este quién está facultado para arrendar la cosa. Es el titular del usufructo, y no el nudo propietario, quien está legitimado para ceder en arrendamiento la cosa usufructuada, en tanto en cuanto las facultades de uso y disfrute están asimiladas a las facultades del usufructuario.

Y si bien, al otorgar el contrato no se había liquidado y dividido la sociedad de gananciales, ni la titularidad ni el usufructo recaían sobre bienes concretos, D. Irene sí estaba facultada para celebrar el arrendamiento. Como argumenta la Sala:

«En la comunidad posganancial son partícipes los herederos del fallecido y el viudo, quien es cotitular del patrimonio, tendrá la cuota usufructuaria y en caso de legado voluntario de usufructo universal también será usufructuario de toda la herencia» En consecuencia D.^a Irene podía usar y aprovechar en exclusiva, tanto de manera directa como indirecta, todos los bienes comunes, pues ostentaba la propiedad plena sobre el 50% y el usufructo sobre el 50% restante correspondiente al cónyuge premuerto».

Razonamiento lógico que lleva al Tribunal Supremo a desestimar el primer motivo del recurso de casación que solicitaba, con carácter principal, la nulidad

del contrato de arrendamiento de fecha 1 de febrero de 2008, pues aunque niega que la viuda y la legataria de los derechos en el bien del cónyuge premuerto pudieran por sí solas disponer del bien; la viuda como usufructuaria sí podía disponer del mismo.

Ahora bien, tomando como referencia los artículos 480 del Código civil y 13 LAU, (invocados como infringidos en el segundo motivo de casación) adviértase que todo arrendamiento celebrado por el usufructuario se extingue a su muerte. Por consiguiente, los herederos del cónyuge premuerto que no otorgaron el contrato de arrendamiento estaban legitimados para hacer valer la extinción de este y solicitar el cese del uso de la vivienda por el arrendatario. Acción que ejercitaron como subsidiaria. La Sala alcanza esta conclusión y estima el segundo motivo de casación declarando extinguido el arrendamiento desde el 23 de agosto de 2009, esto es, desde que se produjo la muerte de la usufructuaria:

« (...) el usufructuario no puede transmitir a otros, derechos de más duración que el que a él le corresponde (art. 480 CC y, para el arrendamiento de vivienda, artículo 13 LAU, conforme al cual, los arrendamientos otorgados por el usufructuario se extinguirán al término del derecho del arrendador). Con la extinción del usufructo desaparece el presupuesto del que dependía la subsistencia del contrato de arrendamiento, porque ya no existe un derecho a usar y disfrutar los bienes en exclusiva que hasta entonces correspondía a la usufructuaria que otorgó el contrato, y los herederos del premuerto tienen derecho a la posesión en la parte de los bienes atribuible a su causante»

En definitiva, el Tribunal Supremo casa la SAP de A Coruña (Sección 6.ª) de 18 de diciembre de 2014 y estima que el contrato de arrendamiento hay que entenderlo realizado por la usufructuaria y que por tanto se extingue a su fallecimiento. Lo curioso de la sentencia es que, aun considerando que el contrato de arrendamiento era válido por las razones que se han expuesto, a nuestro juicio justificadas con sólidos argumentos, la Sala, «obiter dicta» dejó apuntado en el análisis del marco normativo que realiza sobre la gestión del patrimonio común, que a los actos dispositivos de cosa común realizados sin el consentimiento de todos los comuneros no se le aplica la sanción de nulidad:

« (...) Para la transmisión de la propiedad sobre un bien concreto de la comunidad posganancial es precisa la intervención de todos los partícipes. Sin embargo, el contrato obligacional realizado por alguno o algunos de ellos no da lugar a la aplicación del régimen de la nulidad y es posible la eficacia de la transmisión si se produce la adjudicación del bien a los partícipes que lo otorgaron (arg. art. 399 CC). Otra cosa es que, en defensa de su interés en que no se burle su participación en el patrimonio común, los demás partícipes puedan ejercitar una acción para que el bien se integre en el patrimonio posconsorcial (lo que no es exactamente una reintegración derivada de la nulidad).

En conclusión, la vivienda arrendada era un bien ganancial, y en tanto no se liquidara la sociedad de gananciales y se hiciera la adjudicación hereditaria, cualquier acto de disposición sobre la vivienda debía ser realizado con la unanimidad de todos los miembros la comunidad posganancial y hereditaria. Pero la viuda al ser usufructuaria universal y vitalicia de todos los bienes de su marido (premuerto) estaba facultada para arrendar. Hay que advertir que, en este caso, como precisa la doctrina³³, si la usufructuaria no fuera universal, el arrendamiento que se otorgó por ambas comuneras tampoco sería nulo de pleno derecho, sino válido entre las partes contratantes (la validez obligacional del contrato) y sin

trascendencia jurídico-real respecto de la enajenación y transmisión de las cuotas de los comuneros que no prestaron su consentimiento y que podrían ejercitar una acción para que el bien se integre en el patrimonio posconsorcial.

En suma, la tesis de la eficacia obligacional del contrato celebrado sobre la cosa común sin el consentimiento de todos los comuneros se consolida y refuerza en esta sentencia, en contra de la postura mayoritaria mantenida respecto a la nulidad radical del contrato celebrado y que será de directa aplicación al segundo supuesto que vemos a continuación.

2. ARRENDAMIENTO DE FINCAS RÚSTICAS CON OPCIÓN A COMPRA: STS DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2019

A) *Hechos e iter judicial*

En este caso, se cuestiona la validez y eficacia de un contrato de arrendamiento de fecha 1 de septiembre 2001, sobre un total de 34 fincas rústicas, por un periodo de diez años y al término del cual se concedía al arrendatario un derecho de opción de compra. El contrato fue otorgado por uno solo de los cónyuges, separados judicialmente desde 1984 y sin que se hubiera llevado a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales; que, a fecha del juicio, continuaba sin liquidar.

Tras el fallecimiento del otorgante (11 de agosto de 2002), el arrendatario (D. Joaquín) continuó pagando las correspondientes rentas a los miembros de la comunidad hereditaria, formada por la viuda (D. Milagros) y los hijos. Llegado el momento de ejercitar el derecho de opción, se niegan alegando la nulidad radical del contrato por tratarse de un acto dispositivo y faltar el consentimiento del otro cónyuge en el momento de su celebración. El arrendatario (D. Joaquín) demanda a la esposa (D.^a Milagros) e hijos del arrendador y solicita que se declare la validez del contrato de arrendamiento y de la cláusula de opción de compra, así como que se condene a los demandados a otorgar escritura pública de compraventa de las fincas por el precio que se determine judicialmente y al pago de una indemnización por la demora producida.

La sentencia del JPI número 1 de Sepúlveda de fecha 18 de diciembre de 2015 desestimó la demanda y estimó la reconvenición de los herederos, declarando la nulidad del contrato de arrendamiento en lo que afecta a las fincas inscritas como gananciales y la nulidad de la estipulación IV relativa a la opción de compra. Recurrida en apelación la SAP de Segovia de 29 de julio de 2016, revocó la sentencia y, en síntesis, estimó parcialmente la demanda declarando la validez del arrendamiento y de la opción de compra. Recurren, en sendos recursos de casación, los herederos del cónyuge contratante (esposa e hijos) que serán rechazados por los motivos que se verán a continuación.

B) *Arrendamiento de fincas rústicas con opción de compra (Acto de disposición)*

El referido contrato recae sobre 34 fincas rústicas e incluye en su estipulación IV la opción de compra. Lo que ya nos conduce a calificar a este contrato, en su conjunto, como un contrato atípico complejo. Nótese que la opción, al carecer de regulación positiva en nuestro ordenamiento jurídico, —a excepción de su mención relativa a la inscripción registral, (ex art. 14 del Reglamento Hi-

potecario)— su contenido se rige, esencialmente, por el principio de autonomía de la voluntad sin otros límites que los que se derivan de su aplicación. De este modo, el contrato de opción (que no puede confundirse con la promesa bilateral de comprar y vender a que se refiere el art. 1451 CC), y el derecho de él derivado puede configurarse de muy diversas maneras y con muy distinto contenido sin más límite que el derivado de la Ley, la moral o el orden público (RDGRN de 14 de febrero de 2013). Así las cosas, cuando el derecho de opción se incorpora a un contrato de arrendamiento, como es el caso que nos ocupa, «supone un plus en el derecho subjetivo que el arrendador concede al arrendatario, y que consiste en adquirir la propiedad del bien arrendado, por lo que la onerosidad del contrato de arrendamiento también embebe la onerosidad del contrato de opción en él recogido» (STS de 15 de diciembre de 1997).

Con estas notas relativas al contrato concertado (arrendamiento con opción de compra), unido a la duración de este (10 años) ya denotan —a nuestro juicio— que estamos ante un acto de disposición y no de administración, como sostuvo la esposa no otorgante. De disposición calificó también la STS de 14 de noviembre de 2000 el arrendamiento de inmueble ganancial por cuatro años prorrogables a veinte por voluntad del arrendatario, con opción de compra a su favor. Ahora bien, como decimos, la esposa argumentó, que «el arrendamiento era un acto de administración, de gestión ordinaria, para el que es posible la actuación individual de un cónyuge, pero que no lo es la opción de compra, que sería nula, por faltar el consentimiento requerido por el artículo 1261 del Código civil». Si bien, el Tribunal Supremo advierte y recuerda de nuevo que la consecuencia de *la falta de intervención de la esposa en el otorgamiento del contrato no es su nulidad*. Así la Sala de casación, sostiene que:

(...) Es discutible, frente a lo que mantiene ahora la esposa en su recurso, que un arrendamiento por un plazo de diez años sea un acto de administración y también que, aun calificándolo como acto de administración, sea suficiente la actuación de un cónyuge, pues la mayoría de intereses que requiere la administración de los bienes comunes en la sociedad posganancial exigiría el consentimiento de ambas partes».

Con todo, en el presente caso, la cuestión carece de relevancia para la resolución del recurso interpuesto por la esposa, pues a lo que se opone exclusivamente es a dar cumplimiento a la opción de compra, que como se verá, no podrá escindirse del arrendamiento por constituir una relación jurídica unitaria.

C) Consecuencias de la falta de poder de disposición del esposo

En el momento de celebrar el contrato litigioso los esposos estaban separados judicialmente, por lo que la sociedad de gananciales se había extinguido pero no se había liquidado. En consecuencia las fincas integraban la comunidad posganancial, de modo que para realizar actos de disposición era preciso el consentimiento de los dos esposos. Por otra parte y pese a su fallecimiento en 2002, a la fecha del juicio de instancia, no se había llevado a cabo la disposición y partición de la herencia, permaneciendo por tanto en régimen de comunidad, siendo sus partícipes también los herederos.

Partiendo de esta premisa se extraen dos consecuencias respecto de las pretensiones ejercitadas por la viuda e hijos del otorgante (fallecido):

- a) La aceptación (tácita) por la esposa de la validez del arrendamiento comprende la opción de compra

La esposa, alegó en el desarrollo del recurso de casación que se ha infringido la doctrina sobre la buena fe y el abuso del derecho. En suma viene a decir, que el único de mala fe fue el arrendatario, por ser pleno conocedor de que las fincas eran gananciales y que el contrato se celebró sin el consentimiento expreso ni tácito de la esposa; siendo nulo (nulidad radical) de pleno derecho. Incidiendo en la misma idea alega como infringidos los artículos 1261, 1266, 1375, 1377 y 1392.3 del Código civil en relación con los artículos de la comunidad de bienes y la existencia de una comunidad posganancial, ya que la sentencia de apelación, ahora recurrida ha obviado que, para la validez de actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales realizados por uno de los cónyuges, como sucede en este caso con el arrendamiento con opción de compra, se exige la acreditación de un verdadero consentimiento del otro cónyuge.

Al respecto hay que recordar que la esposa sostuvo inicialmente que no conocía el contrato celebrado y solo tuvo conocimiento de este después del fallecimiento del esposo. No obstante, ciertos hechos vienen a confirmar que no fue así. Consta probado que después del fallecimiento del arrendador, el contrato se siguió desarrollando por los componentes de la comunidad hereditaria, (esposa e hijos del finado). Recibieron en 2003 requerimientos del actor para elevar el contrato a escritura pública y en 2002 solicitaron del arrendatario ingresase las rentas en una cuenta distinta de la que lo hacía, a consecuencia del fallecimiento de su titular. El arrendatario continuó pagando cada año las rentas acordadas sobre la totalidad de las fincas y los demandados las fueron aceptando sin tacha alguna.

A nuestro juicio los hechos referidos son concluyentes y de aquiescencia implícita de aceptación del contrato de arrendamiento. Traspasan, por tanto, el mero conocimiento, que no equivale al consentimiento tácito como se reitera en la jurisprudencia menor³⁴, pero desde luego implican la aceptación de este, como viene a confirmar la Sala de casación en el presente caso. Ahora bien, la cuestión que se plantea es si esta aceptación (tácita) a la validez del arrendamiento, al menos durante el tiempo transcurrido desde el fallecimiento del esposo, comprende también a la opción de compra. La decisión de la Audiencia, ahora recurrida en casación, afirma que, en el caso, «el arriendo, concluido, y la venta, aún no consumada, formaban parte de un único objeto contractual».

Sobre el particular, es pacífico admitir que el arrendamiento y la opción de compra aparecen como «dos negocios jurídicos coligados, unidos formalmente en un mismo documento». Y que los distintos elementos que la forman aparecen «entrelazados e inseparablemente» unidos por la voluntad de las partes. En tal caso, dicho derecho de opción supone una especie de plus en el derecho subjetivo que el arrendador concede al arrendatario, y que consiste en la facultad de adquirir la propiedad del bien arrendado

Esta línea jurisprudencial consolidada desde antiguo³⁵, viene a confirmarse en la STS de 17 de septiembre de 2019 ahora comentada:

«(...) mientras no se ejerce la opción pactada la relación entre las partes es arrendaticia, en el caso, por voluntad de las partes, el derecho de opción no puede ser considerado autónomamente del arrendamiento al que se vinculó y con el que conforma una relación jurídica unitaria».

Relación jurídica unitaria que a nuestro juicio quedó establecida a la firma del contrato y comporta que el arrendatario pida, legítimamente, el cumplimiento

de las obligaciones asumidas. Obligaciones que quedaron determinadas cuando se incluyó la estipulación IV relativa a la opción, y cuya efectividad quedaba supeditada al arbitrio o voluntad del optante, sin más requisitos; y ello, por ser connatural al derecho de opción de compra, la innecesaridad de actividad posterior de las partes para desarrollar las obligaciones contractuales contenidas en el acuerdo que vincula al concedente y le impone el cumplimiento de la obligación contraída. Tesis que reitera la RDGRN de 22 de enero de 2018:

« (...) el contrato de opción cuando está perfectamente configurado el concedente queda vinculado al contenido de este durante el plazo de duración de la opción y el optante puede, en ese mismo plazo, hacer uso de su derecho cumpliendo las obligaciones establecidas, de manera que no es necesario un desarrollo ulterior de la compraventa, bastando con que el optante manifieste su voluntad de ejecutar la opción y entregue el precio pactado para que la misma se perfeccione».

De lo que se deduce, con toda lógica, que la aceptación de la relación contractual por la recurrente (viuda), al menos desde el fallecimiento del marido, le impide ahora oponerse al ejercicio de la opción por el demandante, pues con posterioridad al fallecimiento del esposo otorgante, consintió la relación contractual que, como sostiene la Sala, forma parte de una única relación jurídica que le vincula. Por lo que se desestima el recurso de casación.

b) Eficacia obligacional del contrato entre las partes y sus herederos

Los hijos (herederos) por su parte, alegan, como único motivo del recurso de casación, infracción por inaplicación del artículo 397 del Código civil, en relación con el artículo 1261.1 del Código civil, y de la jurisprudencia recaída al respecto sobre la *nulidad de pleno derecho* del acto de disposición del bien perteneciente a la comunidad posganancial, por ausencia del consentimiento unánime de los copartícipes.

Ciertamente, en estos casos, se ha mantenido que la sanción de los contratos celebrados sobre la cosa común, por uno solo de los comuneros en nombre y derecho propio, sin contar con el consentimiento de los demás, sería la nulidad absoluta (STS de 7 de marzo de 2012)³⁶. Siendo sus consecuencias, las inherentes del artículo 1303 del Código civil y en cuya virtud, las partes habrán de restituirse recíprocamente las cosas objeto del contrato, con sus frutos y el precio con sus intereses. Sin embargo, dicho esto, se aprecia una evolución doctrinal y jurisprudencial que rectifica la anterior doctrina, en el sentido de considerar que la referida sanción, no puede tildarse de nula radicalmente, sino que el negocio concertado, debe entenderse como válido en el aspecto obligacional; y por lo tanto, producirá las consecuencias propias de este negocio jurídico. Doctrina que confirma y aplica al caso la STS de 17 de septiembre de 2019 :«(...) la falta de poder de disposición del esposo sobre los bienes de la comunidad posganancial *no determina la invalidez del contrato celebrado*, que «sí produce efectos obligacionales entre las partes y sus herederos».

En consecuencia los hijos, en cuanto herederos del esposo otorgante, no pueden impugnar el contrato. Y si bien para realizar actos de disposición era preciso el consentimiento de los dos esposos, la Sala recuerda el nuevo criterio jurisprudencial: la *«consecuencia de la falta de intervención de la esposa en el otorgamiento del contrato no es su nulidad»*. Así reconoce que:

«(...) Ciertamente que en sentencias más antiguas, entre las que se encuentran algunas que citan los recurrentes, se mantuvo la nulidad de los actos de disposición realizados por uno solo de los partícipes en la comunidad pero, como explicamos en las sentencias 672/2018, de 29 de noviembre, y 21/2018, de 17 de enero, en nuestro sistema jurídico el poder de disposición no es un requisito de la validez del contrato sino de la tradición como modo de adquirir y la validez obligacional del contrato de venta común sin el consentimiento de todos los comuneros fue doctrina sostenida en la sentencia 827/2012, de 15 de enero, con cita de la anterior 620/2011, de 28 de marzo».

Nótese que la sentencia ahora comentada, refuerza esta tesis como doctrina consolidada, con expresa alusión a la STS de 17 de enero de 2018, anteriormente analizada y la STS 827/2012 de Pleno de 15 de enero de 2013. En este caso el asunto litigioso fue determinar la eficacia obligacional de la venta de cosa común sin el concurso de todos los comuneros³⁷:

«(...) La validez conceptual de este tipo de compraventa se proyecta exclusivamente en el plano de su inmediata eficacia obligacional, de suerte que no alcanza al ámbito de la posible eficacia jurídico-real que se pueda derivar de la compraventa celebrada. Del mismo modo, tampoco se altera o modifica el marco de los derechos que puedan corresponder a los comuneros que no prestaron su consentimiento, que a estos efectos resulta incólume».

Existen pues sólidos argumentos, tanto de la doctrina científica³⁸ como jurisprudencial, a favor de declarar la validez obligacional del contrato de venta de la cosa común (*ex art. 1445 CC*), por uno de los condóminos en su propio nombre y sin concurso de los demás. Y ello en contra de la postura mayoritaria mantenida respecto a la nulidad radical del contrato celebrado. Doctrina aplicable al arrendamiento con opción de compra ahora concertado. Como sostuvo la sentencia de apelación, ahora confirmada en casación, y nuevamente con un criterio interpretativo de *maior ad minus*, «si se admite la validez de la venta de cosa ajena con más razón hay que admitir la validez de una opción de compra diferida a diez años».

En suma, ambos recursos de casación (esposa e hijos) son desestimados confirmando la sentencia apelada que declaró la validez del arrendamiento y de la opción de compra, al declarar que dicho contrato vincula a todos los hijos y madre demandados, como herederos del causante otorgante (todos ellos) y como titular de su mitad indivisa de gananciales la esposa. Se les condena a otorgar escritura pública de venta de todos los bienes expresados en el contrato de arrendamiento con opción de compra a favor del actor, libres de cargas hipotecarias, por el precio de 279.820 euros, que el actor deberá abonar al otorgarse la escritura pública.

III. CONCLUSIONES

I. La problemática que se aborda en las sentencias analizadas es, en esencia, determinar la validez y eficacia de unos contratos de arrendamiento de bienes inmuebles pertenecientes a la comunidad posganancial, que se otorgaron sin el consentimiento de todos los «partícipes». En ambos casos era preceptivo al considerarse «actos de disposición» (*ex art. 397 CC*). Difieren en que, en el primer caso, las arrendadoras son la viuda (usufructuaria) y la nieta, legataria de los derechos que al abuelo le corresponden en la vivienda ganancial. Supuesto que

resulta interesante por no ser muy habitual y sobre todo porque plantea interesantes cuestiones jurídicas conexas relativas a materia sucesoria y de comunidad posganancial. Y en el segundo caso, el arrendador otorga el contrato, una vez separado judicialmente, disuelta, por tanto, la sociedad de gananciales, pero sin que se hubiera procedido a la liquidación. Las fincas rústicas, integraban la comunidad posganancial, de modo que para realizar actos de disposición era preciso el consentimiento de los dos esposos.

II. De la exégesis de ambas sentencias, puede concluirse, que se rechaza la tesis tradicional de la nulidad del acto dispositivo y se reitera el nuevo criterio jurisprudencial al establecer, que el contrato obligacional realizado por alguno o algunos de ellos sin el consentimiento de todos los comuneros, no da lugar a la aplicación del régimen de la nulidad.

III. En el primer caso se confirma el nuevo posicionamiento jurisprudencial «*obiter dicta*» pues el contrato de arrendamiento de vivienda era válido. No porque la viuda y legataria reunieran el pleno dominio, que no lo reunían, sino porque la viuda era usufructuaria universal y vitalicia de todos los bienes del marido premuerto. La comunidad hereditaria que surge por el fallecimiento del causante, el patrimonio de esta se integra tanto por los bienes privativos del causante como por los gananciales. Y si bien la viuda era titular del 50%, la legataria no lo era del 50% restante. Pues aunque los legados de cosa específica (*ex art. 882 CC*), son adquiridos por el legatario desde la muerte del testador, al tratarse del legado de los derechos que al abuelo premuerto corresponden en la vivienda ganancial, se aplica por analogía el artículo 1380 del Código civil y en consecuencia la eficacia de legado y su extensión (mitad indivisa) dependerá de lo que resulte al liquidar la sociedad de gananciales (lo que en el caso no se había producido), no pudiendo considerarse adquirido automáticamente. No obstante se declara la validez del contrato hecho por la viuda y usufructuaria universal y vitalicia de todos los bienes del testador. Por lo que podía usar y aprovechar en exclusiva, tanto de manera directa como indirecta, todos los bienes comunes, pues ostentaba la propiedad plena sobre el 50% y el usufructo sobre el 50% restante correspondiente al cónyuge premuerto». Arrendamiento que, no obstante, se entenderá extinguido tras su fallecimiento; pues el usufructuario no puede transmitir derechos de más duración que el que a él le corresponde (*ex arts. 480 CC y 13 LAU*). Y con la extinción del usufructo desaparece el presupuesto del que dependía la subsistencia del contrato de arrendamiento.

IV. En el segundo supuesto, el nuevo criterio jurisprudencial es de aplicación directa. La falta de poder de disposición del esposo sobre las fincas rústicas pertenecientes a la comunidad posganancial sin el concurso de su esposa, no determina la invalidez del contrato celebrado. En este caso los demandados, viuda e hijos del arrendador fallecido, habían realizado actos incontestables de aceptación del único contrato, el arrendamiento con opción de compra, que comporta una «relación jurídica unitaria». Por lo que no es procedente sostener que les vinculaba el arrendamiento pero no la opción. Por lo que se acepta la validez del contrato y de la opción que produce efectos obligacionales entre las partes y sus herederos. Se admite pues la procedencia de aceptar el carácter puramente consensual y generador de obligaciones típicas del acto de disposición de la cosa común realizada por uno solo de los comuneros, frente al efecto más radical de la nulidad.

V. Es, por ello, que, tras pronunciamientos contradictorios, el Tribunal Supremo confirma la doctrina relativa a que la falta de poder de disposición de los otorgantes de los arrendamientos litigiosos sobre los bienes pertenecientes a

la comunidad posganancial y/o hereditaria sin el concurso de los demás partícipes, no determina la invalidez del contrato celebrado, que sí produce efectos puramente obligacionales entre las partes y sus herederos.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ LATA, N. (2018). Cuestiones sobre la validez y eficacia de un arrendamiento de vivienda que era ganancial y, a su vez objeto de un legado por el cónyuge premuerto. Comentario a la STS de 17 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 36). *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 107/2018. BIB 2018\10408
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1954), *La comunidad de bienes en el Derecho español*. Editorial Revista de Derecho Privado, 21 y sigs.
- COLINA GAREA, R. (2002). Algunas reflexiones básicas en torno a la comunidad hereditaria, *Anuario de la Facultad de Derecho de La Coruña*.
- ESTRUCH ESTRUCH, J. (2016). Validez obligacional y posible eficacia real de la venta de cosa común por uno de los copropietarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 755, mayo, 1229-1281.
- FERRANTE, A. (2004). La comunidad postganancial a la luz de la jurisprudencia, en *Perspectivas del Derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia* (Coords. Lasarte Álvarez, C., Donado Vara, A., Moretón Sanz, M.^a F. y Yáñez Vivero, F.), Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España. Sevilla, 158 y sigs.
- GARCÍA GRANERO, J. (1946). Cotitularidad y comunidad. *Gesammte hand* o comunidad en mano común, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 214, marzo, 145 y sigs.
- GARCÍA VALDECASAS, G. (1953). La comunidad hereditaria. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, VII, 1953.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (1992). La naturaleza de la actual sociedad de gananciales, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 45, 3, 875-928.
- GUILLÉN CATALÁN, R. (2014). La validez obligacional de la venta de cosa común sin el consentimiento de todos los comuneros. Comentario a la STS 7/2013, de 15 de enero (*RJ* 2013, 2276). *Rev. boliv. de derecho* núm. 18, 432-441.
- KARRERA EGIALDE, M. M. (1999). Régimen jurídico de la sociedad posganancial: óptica jurisprudencial, *Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Vizcaya*, 13, 42-94.
- MERINO HERNÁNDEZ (Coord.) (2013). *Memento Experto Francis Lefebvre. Derechos reales. Civil*. Ed. Francis Lefebvre, Madrid.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a (1993). *Comentarios del Código civil*. Ministerio de Justicia, Tomo I, Madrid, 1067.
- PÉREZ GURREA, R. (2012). La validez de la venta de la totalidad de una cosa común realizada por uno de los comuneros sin consentimiento de los demás: aplicación de la venta de cosa ajena a propósito de la STS de 28 de marzo de 2012, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 734, noviembre, 3561-3576.
- POUS DE LA FLOR, M.^a F. y MORETÓN SANZ, M.^a F. (2014). Comunidad conyugal y partición hereditaria: la previa liquidación del régimen económico-matrimonial. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 743, 1418-1443.
- RAMS ALBESA, J. J. (1992). *La sociedad de gananciales*, Ed. Tecnos, Madrid.
- ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*. Barcelona, 1948.

VIVAS TESÓN, I. (2018). *El reparto de bienes y deudas entre cónyuges en situaciones de crisis matrimonial*, Ed. Bosch (3.^a ed.), Madrid.

V. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

Además de la citada a nota a pie de página:

- STS de 23 de enero de 1943
- STS de 15 de diciembre de 1997
- STS de 11 de mayo de 2000
- STS de 10 de julio de 2005
- STS de 10 de junio de 2010
- STS de 7 de marzo de 2012
- STS de 15 de enero de 2013
- STS de 9 de diciembre de 2015
- STS de 17 de enero de 2018
- STS de 17 de septiembre de 2019
- SAP de A Coruña (Sección 6.^a) 18 de diciembre de 2014
- SAP de Segovia de 29 de julio de 2016
- RDGRN de 22 de abril de 2006
- RDGRN de 14 de febrero de 2013
- RDGRN de 22 de enero de 2018
- RDGRN de 6 de noviembre de 2019

NOTAS

¹ *Vid.* STS de 17 de enero de 2018. (STS 55/2018 - ECLI: ES:TS:2018:55). Ponente: D.^a M.^a Ángeles PARRA LUCÁN.

² STS de 17 de septiembre de 2019. STS 2857/2019 - ECLI: ES:TS:2019:2857. Ponente M.^a Ángeles PARRA LUCÁN.

³ GUILARTE GUTIÉRREZ, V., La naturaleza de la actual sociedad de gananciales, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 45, 3, 1992, 875-928. El autor se decanta por considerar la tesis de la proindivisión ordinaria para explicar la naturaleza de la sociedad conyugal (...) considerando que las lagunas que la regulación del Código civil presenta en materia de sociedad de gananciales puedan ser integradas con la normativa de los artículos 392 y siguientes del Código civil, 924.

⁴ *Vid.* RAMS ALBESA, J. J., *La sociedad de gananciales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, 35.

⁵ En este sentido dice la STS de 26 de septiembre de 1988 (*RJ* 1988, 6859) que «No existen cuotas sobre los bienes y derechos que forman el patrimonio ganancial; el régimen de gestión y disposición de los bienes está presidido por la idea de actuación conjunta de los cónyuges y la titularidad conjunta de los cónyuges sobre el patrimonio ganancial obedece a la comunidad de vida, a los lazos estrechísimos que les unen». Y la STS de 8 de febrero de 2007, afirma al respecto que (...) «la sociedad de gananciales no constituye propia comunidad regulada en el artículo 392 del Código civil, al faltar por completo el concepto de parte o cuota característica de la comunidad de tipo romano y que el Código civil refiere en el artículo 393 (Sentencia del Tribunal Supremo dictada en fecha de 26 de septiembre de 1986), presentándose más bien la sociedad ganancial de tipo germánico, en la que corresponde a los esposos una participación sobre la globalidad de los bienes, por lo que no cabe decir que cada uno es titular por mitad concreta de todos y cada uno de los bienes del haber conyugal, cuando se trata más bien de participación que se determinará y precisará con las necesarias operaciones de disolución y liquidación».

⁶ RDGRN de 6 de noviembre de 2019. BOE núm. 285, de 27 de noviembre de 2019, 130265 a 130277.

⁷ FERRANTE, A. La comunidad posganancial a la luz de la jurisprudencia, en *Perspectivas del Derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia* (Coords. Lasarte Álvarez, C., Donado Vara, A., Moretón Sanz, M.^a F. y Yáñez Vivero, F.), Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España. Sevilla, 2004, 158 y sigs.

⁸ Vid. STS (Sala de lo Civil) de 10 de julio 2005. Ponente SEIJAS QUINTANA. Recurso: 2389/2000. En la misma línea se pronuncia la Resolución de la Dirección General del Registro y Notariado de 20 de abril de 2005, «(...) disuelta pero no liquidada la sociedad de gananciales no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes que la integran y de la que puedan disponer separadamente, sino que, al contrario, la participación de aquellos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo, en tanto que conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación que presupone la actuación conjunta de ambos cónyuges o de sus respectivos herederos, y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias esta cuota sobre el todo cederá su lugar a titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudiquen en las operaciones liquidatorias».

⁹ Vid. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a. *Comentarios al Código civil*. Ministerio de Justicia, Tomo I, Madrid, 1993, 1067.

¹⁰ El autor señala que la comunidad representa un «estado antieconómico» de los bienes. BELTRÁN HEREDIA Y CASTAÑO, J. *La comunidad de bienes en el Derecho Español*. Editorial Revista de Derecho Privado, 1954., 330.

¹¹ VIVAS TESÓN, I. El reparto de bienes y deudas entre cónyuges en situaciones de crisis matrimonial. Ed. Bosch (3.^a ed.), Madrid, 2018, 38.

¹² KARRERA EGIALDE, M. M. (1999): Régimen jurídico de la sociedad posganancial: óptica jurisprudencial, *Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Vizcaya*, 13, (1999) 42-94.

¹³ Véase entre otras, las SSTs de 21 de marzo de 1944, 25 de noviembre 1961; 7 de mayo 1985 y 18 de febrero de 1987).

¹⁴ En este sentido, véanse las SSTs de 25 de noviembre de 1961, 21 de marzo de 1968, 25 de junio de 2008.

¹⁵ En este sentido GARCÍA VALDECASAS, G., La comunidad hereditaria. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, VII, 1953, 242. Tesis que reitera la SAP de Zaragoza de 12 de marzo de 2019. El FJ 4.º señala al respecto que «(...) en nuestro Derecho, la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria es, según prácticamente toda la doctrina y unánime jurisprudencia, una comunidad universal del tipo de comunidad germánica o en mano común: una sola comunidad, no tantas como bienes existan, que es universal, es decir, recae sobre el conjunto, la universalidad, de los bienes y derechos hereditarios.

¹⁶ Postura mantenida por ROCA, aunque el autor matiza que es de tipo romano «(...) en cierto modo, —o sea siempre sin ver en la herencia una suma de comunidades sobre cada cosa singular que la integran, ya que, cada una de ellas no puede considerarse aisladamente sino como parte de un todo, puede decirse que la comunidad hereditaria es de tipo romano, pero cada cosa singular está atribuida a los herederos en comunidad germánica o en mano común, y hallándose ausente en ellas, en consecuencia, toda idea de cuota y, por tanto, de negociabilidad de la misma». ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*. Barcelona, 1948, II, 539.

¹⁷ GARCÍA GRANERO, J. Cotitularidad y comunidad. *Gesammte hand* o comunidad en mano común, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 214, marzo de 1946, 145 y sigs.

¹⁸ COLINA GAREA, Rafael, «Algunas reflexiones básicas en torno a la comunidad hereditaria», *Anuario de la Facultad de Derecho de La Coruña*, 2002, 240 y 241.

¹⁹ BELTRÁN DE HEREDIA, considera que la comunidad hereditaria es una verdadera comunidad de bienes por cuotas sometida al régimen de los artículos 392 y sigs. por la remisión que hace el artículo 406 del Código civil a «las reglas concernientes a la división de la herencia», aunque con la especialidad que el origen y la razón de ser del complejo de bienes hereditarios tiene en nuestro derecho, lo cual hace que tenga sus reglas especiales en materia de división, y que sea la delación hereditaria la que justifique la unidad de las cosas, porque, al fin y al cabo, se trata de buscar un titular para una serie de bienes que

se han quedado sin sujeto tras la muerte del causante. *Vid.*, La comunidad de bienes..., *Ob. cit.*, 101.

²⁰ La comunidad hereditaria, decía la STS de 24 de julio de 1998 (*RJ* 1998, 6446) «en cuanto recayente sobre la totalidad del patrimonio del causante, no en cuanto referida a bienes concretos aisladamente considerados, participa de la naturaleza de la comunidad de tipo romano, por lo que le es aplicable el artículo 397 del Código civil, con arreglo al cual los actos dispositivos de dichos bienes, integrantes de la referida comunidad hereditaria, requieren el consentimiento unánime de todos los coherederos.

²¹ *Vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, (Sección 6.º) de 16 de junio de 2016. Núm. 220/2016, Rec 92/2016.

²² En el mismo sentido la STS de 16 de septiembre de 2010 y la SAP de Lugo (Sección 1.ª) de 11 de octubre de 2017.

²³ *Vid.* al respecto el *Memento Experto Francis Lefebvre. Derechos reales. Civil* (Merino Hernández, Coord.). Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2013, 64 y 65. *Vid.* SAP de Córdoba, (Sección 1.ª), de 16 de marzo de 2017. Núm. 175/2017, Rec 1169/2016. Ponente: Miguel. A. Navarro Robles.

²⁴ *Vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife, (Sección 1.ª). Núm. 76/2014, Rec. 956/2012 de 10 de marzo de 2014.

²⁵ *Vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia (Sección 1.ª) de 29 de diciembre de 2011. Núm. 310/2011, Rec 331/2011.

²⁶ Entre otras, SSTs de 6 de febrero de 2007 y de 25 de junio de 2008.

²⁷ *Vid.* MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª. *Comentarios al Código civil*. Ministerio de Justicia, Tomo I, Madrid, 1993, 1099.

²⁸ POUS DE LA FLOR, M.ª F. y MORETÓN SANZ, M.ª F. Comunidad conyugal y partición hereditaria: la previa liquidación del régimen económico-matrimonial. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 90, Núm. 743, 2014, 1418-1443.

²⁹ STS de 22 de febrero de 2013 (*RJ* 2013, 2150).

³⁰ Así, la STS de 28 de marzo de 1990 señala: «El arrendamiento es un acto de administración, si bien ello quiebra cuando o bien por la naturaleza de la cosa o bien por el largo tiempo que para su duración se estipula en el contrato puede constituir un derecho real a favor del arrendatario, inscribible en el Registro de la Propiedad», por lo que al rebasar los límites de la pura administración, la demandada en este caso no se hallaba facultada como condueña, aun representando la mayoría de intereses, para dar en arriendo un piso común al exceder el plazo del arrendamiento de seis años.

³¹ *Vid.* RDGRN de 10 de diciembre de 2012.

³² *Vid.* STS de 11 de mayo de 2000 (LA LEY 97786/2000). El caso resuelto por esta sentencia refiere la situación que se da respecto al momento de ordenar el legado que es de una comunidad posganancial. «(...) en el momento en que dicha señora otorga su testamento, ya había fallecido su esposo, por lo que se había extinguido la sociedad conyugal a la que aludía pasando los bienes que anteriormente se hallaron integrados en la misma a formar parte de la comunidad posganancial, pendiente de división que la había sustituido. A falta de norma expresa que regule esta nueva situación, esta Sala ha entendido que debía aplicarse a la misma por analogía el artículo 1380 del Código civil (Sentencias de 11 de mayo de 2000 y 26 de abril de 1997)». (28 de mayo de 2004, rec. 1990/1998).

³³ ÁLVAREZ LATA, N. Cuestiones sobre la validez y eficacia de un arrendamiento de vivienda que era ganancial y, a su vez objeto de un legado por el cónyuge premuerto. *Comentario a la STS de 17 enero 2018 (RJ 2018, 36)*. *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 107/2018. BIB 2018\10408.

³⁴ *Vid.* entre otras la SAP Badajoz, Mérida, (Sec. 3.ª), de 20 de diciembre de 2017). En este caso, la finca objeto del arrendamiento rústico era propiedad de la sociedad de gananciales, sin que se haya acreditado que el marido copropietario haya prestado su consentimiento a dicho contrato, con una duración de 10 años y sin renta los 5 primeros. La sentencia dice que «Un arrendamiento de una finca rústica propiedad de la sociedad de gananciales por un periodo de más de seis, no es un mero acto de administración y necesita la autorización del marido, sin que el conocimiento equivalga al consentimiento tácito».

³⁵ Vid. SSTs de 25 de marzo de 1992, de 29 de mayo de 1992 y de 13 de julio de 1993, entre otras.

³⁶ Vid. STS (Sala 1.^a) de 7 de marzo de 2012, 92/2012, de 7 de marzo de 2012, Rec. 2084/2008 y las que aquí se citan.

³⁷ Véase un comentario de la sentencia en GUILLÉN CATALÁN, R., La validez obligacional de la venta de cosa común sin el consentimiento de todos los comuneros. comentario a la STS 7/2013, de 15 de enero (*RJ* 2013, 2276), *Rev. boliv. de derecho*, 18, julio de 2014, 440. La autora pone de relieve que se afianza la teoría de la validez de la venta de cosa común en nuestro ordenamiento jurídico, pero dejando al margen la teoría de la venta de cosa ajena y centrando su argumento de validez en la interpretación del artículo 1445 CC, que configura el contrato de compraventa como un negocio obligacional en el que las partes se obligan a pagar el precio y entregar la cosa objeto del contrato.

³⁸ Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., Validez obligacional y posible eficacia real de la venta de cosa común por uno de los copropietarios, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 755, mayo de 2016, 1242 y 1246 (...). También PÉREZ GURREA, R., La validez de la venta de la totalidad de una cosa común realizada por uno de los comuneros sin consentimiento de los demás: aplicación de la venta de cosa ajena a propósito de la STS de 28 de marzo de 2012, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 734, noviembre de 2012, 3561-3576.

1.5. Obligaciones y contratos

Responsabilidad por las cantidades anticipadas o entregadas a cuenta en la compraventa de viviendas en construcción

Responsibility for amounts advanced or delivered on account in the sale of homes under construction

por

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO
Profesora Doctora en Derecho civil
Universidad de La Rioja

RESUMEN: En este trabajo se analizará el régimen de la responsabilidad por las cantidades entregadas de modo anticipado por el comprador adquirente de viviendas en construcción. Partiendo de un análisis de las normas aplicables, se estudiarán y concretarán las obligaciones del promotor-vendedor y las notas que caracterizan la responsabilidad de este, del asegurador, del avalista y de la entidad de crédito depositaria de esas cantidades anticipadas. Todo ello fundamentalmente atendiendo a la doctrina del Tribunal Supremo dictada en los últimos años acerca de este especial régimen tuitivo del comprador previsto en España.

ABSTRACT: *In this work, it will be analyzed the responsibility regime for the amounts delivered in advance by the purchaser of homes under construction. Starting from an analysis of the applicable norms, the obligations of the promoter-seller and the notes that characterize the responsibility of the latter, the insurer, the guarantor and the depository credit institution of these anticipated amounts will be studied and specified. All this fundamentally in accordance with the doctrine of the Supreme Court issued in recent years about this special buyer protection regime provided in Spain.*

PALABRAS CLAVE: Aval. Compraventa sobre plano. Cantidades anticipadas. Entidad bancaria. Responsabilidad. Seguro.

KEY WORDS: *Guarantee. Sale on plan. Advanced amounts. Bank. Responsibility. Insurance.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. GARANTÍAS EN RELACIÓN CON LAS CANTIDADES ANTICIPADAS EN EL MARCO DE LA COMPRAVENTA DE VIVIENDAS: 1. DE LA LEY 57/1968 A LA LEY 38/1999, TRAS SU REFORMA POR LA

LEY 20/2015. 2. OBLIGACIONES DEL PROMOTOR. 3. EL SEGURO DE CAUCIÓN. 4. EL AVAL. 5. LA CUENTA ESPECIAL BANCARIA.—III. CANCELACIÓN Y CADUCIDAD DE LA GARANTÍA.—IV. INCUMPLIMIENTO Y RESPONSABILIDAD DEL PROMOTOR: 1. PRÓRROGA DEL CONTRATO Y DEL PLAZO DE EJECUCIÓN DE LA OBRA: ¿PRÓRROGA DE LA GARANTÍA? 2. RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO: EL RETRASO DEL PROMOTOR.—V. EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA Y DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES ANTICIPADAS: 1. EJECUCIÓN DEL SEGURO Y RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA. 2. EJECUCIÓN DEL AVAL Y RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD AVALISTA. 3. PÓLIZAS COLECTIVAS DE SEGURO O AVAL. 4. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DE RECLAMACIÓN A LA ASEGURADORA Y A LA ENTIDAD AVALISTA.—VI. RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD BANCARIA DEPOSITARIA DE LAS CANTIDADES ANTICIPADAS.—VII. CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

Ya desde hace años se ha convertido y consolidado una práctica generalizada en el marco de la compraventa de viviendas en construcción o efectuadas sobre plano o a la vista de un plano: la entrega por los compradores en el momento de esa compra de unas cantidades económicas a modo de anticipo, así como, normalmente también, el pago de distintas cantidades en distintos momentos durante la ejecución de la obra.

Estas cantidades las exigen los promotores como mecanismo para así poder ir financiando esa construcción.

Y en este marco uno de los principales miedos que tienen los adquirentes y compradores de viviendas en construcción o sobre plano es la viabilidad efectiva de esa compra a futuro: ¿se cumplirá por el promotor y vendedor con lo estipulado? ¿les entregarán a tiempo y en perfectas condiciones esa vivienda comprada? Y, si no es así, ¿qué sucederá con esas cantidades que han debido entregar de modo anticipado en el momento de la firma del contrato o durante el desarrollo de la ejecución de la obra? ¿podrán recuperarlas si no reciben la vivienda finalmente?

Estas cuestiones, junto con la alarma generada entre la opinión pública ante determinadas situaciones surgidas en el ámbito de estas compraventas con respecto a esa práctica ya consolidada de entregar anticipadamente unas cantidades económicas por exigencia del promotor antes del inicio de las obras o durante la construcción, fueron la principal razón de la aprobación de una ley específica al respecto: la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Precisamente la exposición de motivos de esta Ley indicaba ya cómo se habían producido reiteradamente abusos que generaban esa alarma social, constituyendo de una parte «grave alteración de la convivencia social, y de otra, evidentes hechos delictivos, ocasionando además perjuicios irreparables a quienes confiados y de buena fe aceptan sin reparo alguno aquellos ofrecimientos»; ello obligó «a establecer con carácter general normas preventivas que garanticen tanto la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda como su devolución en el supuesto de que esta no se lleve a efecto».

Con este trabajo se pretende analizar y concretar las previsiones tanto legales como en el marco de la jurisprudencia más actualizada sobre la responsabilidad existente con respecto a esas cantidades anticipadas en las compraventas de viviendas en construcción: qué obligaciones tiene el promotor, qué garantías

se prevén para los adquirentes, qué exigencias se imponen de cara a exigir la devolución de esas cantidades y quiénes son responsables de esa devolución.

En un primer momento, atenderé a las previsiones legales sobre esa práctica de pagos anticipados a la firma del contrato de compraventa y durante la construcción de la vivienda adquirida; previsiones iniciales de la Ley 57/1968 y las actuales de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación en relación a las obligaciones del promotor, las garantías exigidas, la cancelación y ejecución de estas... Posteriormente, para cerrar este trabajo, se analizarán más específicamente las responsabilidades de los garantes y, especialmente, de la entidad bancaria avalista o de la depositaria de las cantidades entregadas a cuenta; una responsabilidad esta sobre la que el Tribunal Supremo se ha pronunciado reiteradamente en los últimos años, si bien, por circunstancias temporales del caso objeto de litigio, la norma de referencia era la Ley 57/1968 (cuestión que, dada la similitud regulatoria con el régimen previsto actualmente en la Ley 38/1999, no impide que esa doctrina jurisprudencial pueda ser aplicada y tenida en cuenta para casos futuros en los que la norma a aplicar sea esta última, con las matizaciones o interpretaciones oportunas, tal y como se indicará en este trabajo).

II. GARANTÍAS EN RELACIÓN CON LAS CANTIDADES ANTICIPADAS EN EL MARCO DE LA COMPRAVENTA DE VIVIENDAS

1. DE LA LEY 57/1968 A LA LEY 38/1999, TRAS SU REFORMA POR LA LEY 20/2015

Con la ya citada Ley 57/1968, como he indicado antes, se acogió la regulación general¹ legal expresa de la práctica, las garantías y la responsabilidad de diversos agentes con respecto a las cantidades anticipadas entregadas en las compraventas de viviendas en construcción²; determinando el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos a los adquirentes de las viviendas en construcción (art. 7 de la Ley 57/1968).

En esta Ley se preveía que en el caso de la construcción de viviendas que no fueran de protección oficial³ destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o temporal, los promotores (fueran personas físicas o jurídicas) si quisieran obtener entregas anticipadas de dinero deberían cumplir con dos condiciones (art. 1 de la Ley 57/1968):

a) Garantizar la devolución de las cantidades entregadas por los adquirentes, más el 6% de interés anual, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido. Esta garantía podría constituirse mediante contrato de seguro o por aval solidario bancario.

b) «Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros, en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la Entidad bancaria o Caja de Ahorros, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior».

Asimismo, en los contratos de cesión o compraventa de las viviendas en los que se prevea esa entrega de cantidades anticipadas se debería hacer constar expresamente (art. 2 de la Ley 57/1968):

i) esa obligación del promotor de devolver esas cantidades entregadas más el 6% de interés anual por falta de cumplimiento del plazo de inicio o de finalización de la obra o no obtención de la cédula de habitabilidad;

ii) referencia al aval o seguro suscrito como garantía de lo anterior (en el momento de la firma del contrato se entregará, además, al adquirente el documento que acredite esa garantía);

iii) y designación de la entidad bancaria y de la cuenta a través de la que se han de entregar las cantidades anticipadas acordadas como consecuencia de la celebración del contrato.

Si se entregase cédula de habitabilidad, conforme advierte el artículo 4 de la Ley 57/1968, esas garantías constituidas (aval o seguro) se cancelarían. Pero si habiendo transcurrido el plazo de inicio o fin de la obra y esta, respectivamente, no se hubiera iniciado o no hubiera finalizado, el adquirente entonces podrá optar por (art. 3 de la Ley 57/1968): a) rescindir el contrato y exigir la devolución de las cantidades entregadas a cuenta más el 6% de interés anual (a tales efectos, el seguro o aval, junto con el documento fehaciente de que no se han iniciado las obras o no se ha entregado en plazo la vivienda, tendrá carácter ejecutivo procesal); o b) conceder una prórroga al promotor para continuar con la construcción de la vivienda (prórroga que se hará constar en el contrato como cláusula adicional, con indicación del nuevo plazo previsto para la entrega de la vivienda).

Con posterioridad a esta Ley 57/1968 se aprobó la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación (en adelante, LOE) con el objetivo de regular distintos aspectos del proceso de edificación, y particularmente las obligaciones y responsabilidades de los distintos agentes intervinientes en dicho proceso y las garantías ante posibles daños que pueda sufrir la edificación bajo distintos plazos y criterios. Pero también en su disposición adicional primera se dio cobertura legal a ciertas previsiones sobre la percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción.

En esta disposición adicional primera de la LOE solo se preveía la suscripción de un seguro como garantía de la devolución de esas cantidades ante el incumplimiento del contrato, no haciendo referencia a la posibilidad de un aval bancario como garantía; aunque en la práctica, al no derogarse la Ley 57/1968, se seguía admitiendo y constituyéndose ese aval como medio de garantía en estas situaciones.

Con la LOE inicialmente no se derogaba la Ley 57/1968, sino que, por el contrario, se hacía referencia expresa a esta como norma de referencia y de aplicación con ciertas modificaciones: determinando su aplicación a la promoción de toda clase de viviendas (incluso las realizadas en régimen de sociedad cooperativa o comunidad de propietarios⁴); previendo la extensión de la garantía prevista en esa Ley 57/1968 a las cantidades entregadas en efectivo o mediante cualquier efecto cambiario, cuyo pago se domiciliará en la cuenta especial prevista en la referida Ley de 1968; y sustituyendo la previsión de unos intereses del 6% anual por simplemente el interés legal del dinero, a acompañar a esa devolución de las cantidades anticipadas garantizadas ante el incumplimiento del promotor.

Pero en 2015, con la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, a través de su disposición final tercera, se modificó ampliamente esa disposición adicional primera de la LOE y se introdujo una nueva disposición derogatoria en la LOE, derogando expresamente la Ley 57/1968 y su normativa de desarrollo (concretamente: el Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre, sobre aplicación de la Ley 57/1968, de 27 de julio, a las Comunidades y Cooperativas de Viviendas; y la Orden de 29 de

noviembre de 1968 sobre el seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para viviendas, en lo que pudiera estar en vigor). Con la nueva redacción de esa disposición adicional primera (que entró en vigor el 1 de enero de 2016) ya se acoge en la LOE la regulación que la derogada Ley 57/1968 preveía respecto a las cantidades anticipadas o entregadas a cuenta del precio durante la construcción de viviendas (aunque con algunas modificaciones), concentrando ya así las previsiones legales en una única norma: la disposición adicional primera de la LOE⁵.

A continuación en los siguientes apartados iré analizando las específicas previsiones que en el marco de la LOE en su disposición adicional primera acoge sobre el régimen de las cantidades anticipadas entregadas en las adquisiciones de viviendas en construcción: obligaciones del promotor, el seguro de caución y el aval bancario, la cuenta especial de depósito de cantidades, efectos del incumplimiento del promotor (ejecución de la garantía, prórroga o resolución del contrato), cancelación de las garantías... Previsiones en gran medida similares a las ya acogidas en la Ley 57/1968⁶, antes indicadas, pero incorporando unas modificaciones que, como señala ESTRUCH ESTRUCH, realmente han supuesto una reducción de los derechos de los compradores, tal y como se había ido reconociendo por el Tribunal Supremo en interpretación y aplicación de la Ley 57/1968⁷. Así, como señala este autor⁸:

a) el aval y la póliza de caución ya no tienen la consideración de título ejecutivo junto con el documento acreditativo del incumplimiento del promotor;

b) si se pretende garantizar las cantidades entregadas anticipadamente mediante un seguro de caución, se exige la suscripción de una póliza de seguro individual por cada adquirente, mientras que el Tribunal Supremo venía admitiendo la garantía a través de pólizas o avales colectivos (SSTS de 24 de octubre de 2016, de 22 de abril de 2016 y de 23 de septiembre de 2015);

c) ahora solo se prevé la garantía de la devolución de cantidades entregadas anticipadamente «desde la obtención de la licencia de edificación», mientras que el artículo 1 de la Ley 57/1968 no contemplaba esa limitación temporal, refiriéndose a toda cantidad entregada de modo anticipado (aunque más que limitación de derechos, entiendo que lo que se está previendo es el momento temporal de inicio de la obligación de garantizar, sin restringir su objeto ni que solo las cantidades que se entreguen tras la concesión de esa licencia sean las garantizadas);

d) y además se elimina la referencia que existía en el artículo 7 de la Ley 57/1968 a que los derechos reconocidos por esa norma a los adquirentes de esas viviendas en construcción tenían el carácter de irrenunciables.

Otra diferencia destacable entre ambas normativas citadas de 1968 y de 1999 (con la redacción de 2015) es que con la nueva norma no se precisa el destino de la vivienda que se va a construir y respecto de la que se prevé esa protección y garantía de las cantidades anticipadas; no importa incluso que sea vivienda de protección oficial. Sin embargo, en la Ley 57/1968 se indicaba expresamente que la vivienda debía destinarse a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente, temporal, circunstancial o accidental; y, además, se excluían las viviendas de protección oficial⁹.

2. OBLIGACIONES DEL PROMOTOR

En aquellos casos en los que el promotor (sea persona física o jurídica) de la construcción de una vivienda (de cualquier clase, incluidas las que se realicen en

régimen de comunidad de propietarios o de sociedad cooperativa) pretenda exigir el pago anticipado de ciertas cantidades de dinero con antelación a la entrega de la vivienda, para así financiar esa construcción, tal promotor, conforme advierte la LOE en su disposición adicional primera, deberá cumplir con estas obligaciones:

a) Garantizar, desde la obtención de la licencia de edificación, la devolución de esas cantidades entregadas, incluidos los impuestos aplicables, más el interés legal del dinero, para el caso de que ese promotor incumpla el contrato suscrito, sea porque no se inicie la construcción, sea porque no llegue a entregarse la vivienda en el plazo convenido. Esta garantía podrá prestarse, a opción del promotor, bien a través de un contrato de seguro de caución, suscrito con entidades aseguradoras debidamente autorizadas para operar en España, o mediante aval solidario emitido por entidades de crédito debidamente autorizadas. Sobre estas garantías profundizaré en los dos siguientes apartados.

Sobre esta obligación, el Tribunal Supremo (entre otras, SSTs de 20 de enero de 2015, de 30 de abril de 2015, de 12 de julio de 2016, de 2 de febrero de 2017 y de 15 de noviembre de 2017) sostiene que es una obligación principal y esencial, no meramente accesorio, mientras la vivienda no esté terminada de modo que ante su incumplimiento el adquirente podrá resolver el contrato (*cfr.* art. 1124 CC) o exigir la constitución de la garantía o, incluso, impedir al vendedor resolverlo si el comprador no atiende los pagos parciales a cuenta del precio. Ahora bien, también se ha advertido por nuestro Alto Tribunal que esa obligación del promotor de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas por los compradores «constituye una obligación esencial mientras la vivienda no esté terminada y en disposición de ser entregada» (STS de 2 de febrero de 2017, entre otras); es decir, una vez finalizada la obra y puesta la vivienda a disposición del adquirente, requiriéndole del otorgamiento de escritura pública, la falta de constitución previa y en su momento de las garantías legales exigidas no puede ser causa de resolución del contrato.

Asimismo, la STS de 4 de julio de 2017 declaró que «los intereses que deben restituirse legalmente son remuneratorios de las cantidades entregadas y, por tanto, serían exigibles desde su entrega» (en sentido similar, STS de 20 de noviembre de 2019).

b) Por otro lado, deberán percibir a través de entidades de crédito las cantidades anticipadas entregadas por los adquirentes. Esas cantidades en todo caso (incluido el supuesto de comunidades de propietarios o sociedad cooperativa) se depositarán en esas entidades en una cuenta especial, separada de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor; de este modo se busca que no exista ningún riesgo de confusión en cantidades y patrimonios relacionados con el promotor, dejando bien separadas las cantidades objeto de garantía especial por la LOE. Además, solo podrá el promotor disponer de esas cantidades para atender a las necesidades derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la entidad de crédito, bajo su responsabilidad, exigirá la constitución por el promotor de la garantía a que he hecho referencia antes: seguro de caución o aval bancario. Precisamente este último inciso de «bajo su responsabilidad» ha servido, como se verá *ut infra*, de fundamento para el Tribunal Supremo en muchas de sus sentencias de cara a determinar la responsabilidad de las entidades depositarias de las cantidades entregadas de modo anticipado por el adquirente de la vivienda.

c) Asimismo, aunque no se precisa como una condición u obligación directa en el apartado uno de la disposición adicional primera, puede considerarse como

tal también el deber señalado en su apartado tercero de dejar constancia expresa en el contrato de adquisición en el que se pacten esas entregas de cantidades anticipadas de los siguientes aspectos¹⁰:

i) De esa obligación de garantía por parte del promotor de las cantidades anticipadas, impuestos e intereses legales en caso de que «la construcción no se inicie o termine en los plazos convenidos que se determinen en el contrato, o no se obtenga la cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación o el documento equivalente que faculden para la ocupación de la vivienda».

ii) Referencia al contrato de seguro o aval bancario en que se instrumenta esa garantía, indicando además la entidad aseguradora o avalista.

iii) Indicación de la entidad de crédito y cuenta en la que se deben entregar las cantidades anticipadas acordadas.

d) Una última obligación sería la de entregar al adquirente, en el momento de otorgar el contrato de compraventa, el documento que acredite la garantía de seguro o aval suscrita «referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio».

3. EL SEGURO DE CAUCIÓN

El seguro de caución o seguro de garantía ante el eventual incumplimiento de las obligaciones de una determinada persona es uno de los posibles instrumentos a través de los que el promotor puede articular esa obligación de garantía que le impone la LOE (como también lo hacía la Ley 57/1968).

En la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro (en adelante, LCS), en su artículo 68 se alude al seguro de caución de la siguiente forma: «Por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro».

La LOE exige que se suscriba una póliza de seguro individual por cada adquirente, identificando el concreto inmueble cuya adquisición justifica la entrega anticipada de ciertas cantidades al promotor. Con anterioridad a 2016, con la Ley 57/1968 y también con la LOE antes de la nueva y actual redacción de la disposición adicional primera establecida por la Ley 20/2015, no se ponía traba a la contratación de pólizas colectivas para toda la promoción de las viviendas. Sin embargo, ahora sí se exige esa individualización.

Lógicamente ante esa individualización en el seguro, la suma garantizada también será individual atendiendo a cada contrato celebrado (de compraventa, adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente), incluyendo la totalidad de las cantidades anticipadas y los impuestos aplicables, incrementando esa suma con el interés legal de dinero aplicado desde la entrega de esos anticipos hasta la fecha que se prevé como entrega de la vivienda por el promotor.

Acerca del importe cubierto por el seguro, se ha declarado por el Tribunal Supremo que comprende todas las cantidades entregadas a cuenta del precio, aunque la póliza de seguro establezca una cantidad máxima inferior, porque en

otro caso se infringirían el artículo 2 de la Ley 57/68 y el artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro (SSTS de 3 de julio de 2013 y de 20 de enero de 2015).

Como todo seguro de caución, el deudor de la obligación garantizada es el tomador del seguro: en este caso sería el promotor de la vivienda en construcción. Él sería quien debe abonar la prima por todo el periodo de vigencia del seguro, que será «hasta la elevación a escritura pública del contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente». La duración del seguro no podrá ser inferior al periodo fijado en el contrato y comprometido como de construcción y entrega de la vivienda; si se concediera una prórroga para esa entrega de la vivienda, el promotor «podrá» prorrogar el seguro abonando la prima correspondiente, debiendo informar al asegurado (el adquirente) de esa prórroga del seguro. La LOE se refiere a esta situación como una posibilidad de prórroga del contrato de seguro, pero lo cierto es que debería contemplarse como una obligación del promotor; o si no, con la advertencia de que, ante la prórroga del plazo de entrega de la vivienda, si no prorroga el seguro deberá suscribir otra garantía que cubra la obligación de devolver esas cantidades anticipadas entregadas por el adquirente; de lo contrario decaería esa finalidad de protección del comprador o adquirente buscada con esta normativa (véase apartado *ut infra* sobre la prórroga del plazo de construcción y de la garantía).

Por su parte, el asegurado y beneficiario será el acreedor de esa obligación: en este caso, el adquirente de la vivienda que ha entregado las cantidades anticipadas acordadas y que tendrá derecho a que se le devuelvan si el contrato no llega a buen fin (es decir, si no se le entrega la vivienda en el plazo acordado).

4. EL AVAL

El aval es otro de los instrumentos a través del cual se puede articular la garantía exigida al promotor con respecto a las cantidades anticipadas por el adquirente de la vivienda en construcción.

Por su naturaleza y finalidad se concibe bajo la forma de un aval bancario¹¹ y para su validez como garantía se exige que se emita y se mantenga en vigor por la cuantía total de las cantidades anticipadas, incluidos impuestos, y más el interés legal del dinero desde que se abonaron hasta la fecha prevista de entrega de la vivienda por el promotor (disposición adicional primera, apartado Dos.2.a), LOE), en este caso, sin previsión alguna sobre su eventual prórroga.

Por otro lado, se prevé expresamente su caducidad en el plazo de dos años, tal y como se analizará *ut infra* en otro apartado de este trabajo.

5. LA CUENTA ESPECIAL BANCARIA

Para una mayor y mejor protección de los adquirentes de las viviendas en construcción se prevé asimismo que las cantidades que entreguen con motivo de esa adquisición no se confundan con cantidades pertenecientes al promotor por otra causa, construcción o patrimonio personal: para ello deberán entregarse y depositarse en una cuenta especial en una entidad de crédito, y el promotor solo podrá disponer de las cantidades en esa cuenta depositadas para cuestiones y asuntos relacionadas con la construcción que justificó su entrega.

Para poder abrir esa cuenta especial la entidad de crédito «bajo su responsabilidad» exigirá al promotor la suscripción de ese aval o seguro de caución al que antes me he referido. Precisamente esa referencia a «bajo su responsabilidad» ha sido el fundamento en el que se ha basado el Tribunal Supremo desde su Sentencia de 21 de diciembre de 2015, como se analizará en un apartado posterior de este trabajo (a cuya lectura remito), para condenar a la entidad bancaria depositaria de esas cantidades anticipadas a devolverlas al comprador ante el incumplimiento del promotor.

En relación con esta cuenta especial y el depósito de cantidades en ella, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 13 de enero de 2015 advirtió que la obligación de depositar las cantidades en cuenta especial separada la impone la Ley exclusivamente al promotor vendedor, nunca al comprador, sentando la siguiente doctrina jurisprudencial:

«1. De acuerdo con el artículo 2 de la Ley 57/1968, es obligación exclusiva del promotor-vendedor ingresar las cantidades anticipadas por los compradores en la cuenta especial, que el referido promotor debe abrir.

2. La irrenunciabilidad de los derechos por el comprador que establece el artículo 7 de la Ley 57/1968, impide que en el contrato que asegure o avale las cantidades anticipadas, se pueda imponer al comprador la obligación de depositar las cantidades en la cuenta especial. Es decir, no se puede condicionar el derecho del comprador a la restitución de las cantidades anticipadas al ingreso de las mismas en la cuenta especial»¹².

Por su parte, la STS de 28 de mayo de 2019 declaró que «si existe garantía (aval o seguro), esta sala viene reiterando que los anticipos ingresados por el comprador se encuentran garantizados por el asegurador o avalista aunque no se ingresen en la cuenta especial sino en otra diferente del promotor».

III. CANCELACIÓN Y CADUCIDAD DE LA GARANTÍA

Tal y como se advierte en la LOE (disposición adicional primera, apartado quinto), la garantía suscrita por el promotor, sea como aval o como seguro de caución, se cancelará una vez se expida «la cédula de habitabilidad, la licencia de primera ocupación o el documento equivalente que facultan para la ocupación de la vivienda por el órgano administrativo competente», acreditándose asimismo por el promotor la entrega de la vivienda al adquirente, o incluso, cuando, cumplidas las condiciones anteriores, el adquirente rehusase recibir la vivienda (se entiende, que rehusase de modo injustificado¹³).

Esa cancelación es una consecuencia lógica en cuanto que, entregada la vivienda con plena disposición para su ocupación, o intentada dicha entrega y recayendo en *mora accipiendi* o rechazo expreso de esa recepción el adquirente, de modo injustificado, decae el fundamento de esas garantías: ya no es preciso asegurar la devolución de las cantidades anticipadas para el caso de incumplimiento del promotor pues este ya ha cumplido con su obligación de ejecutar y entregar o poner a disposición del adquirente la vivienda adquirida.

Por otro lado, como situación especial de cese de la garantía, pero que no es cancelación como tal sino que se trata de una caducidad, cabe advertir que, en el caso del aval bancario, según la LOE en su redacción vigente a partir del 1 de enero de 2016, este caducará si ante el incumplimiento del promotor «de la obligación garantizada» el adquirente no efectuase en el plazo (de caducidad) de

dos años desde tal incumplimiento ningún requerimiento al promotor exigiendo la rescisión (*sic*) del contrato y la devolución de las cantidades anticipadas (disposición adicional primera, apartado Dos.2.c), LOE).

Sobre esta previsión de la LOE en su redacción actual hay un error del legislador que genera confusión. Parece que el legislador querría establecer como día inicial de ese cómputo de dos años el incumplimiento del promotor en la entrega de la vivienda (obligación a la que alude en el apartado Dos.2.b) de esa disposición adicional primera de la LOE), de modo que, si en dos años no insta la resolución del contrato y exige la devolución de las cantidades anticipadas al promotor, entonces caducará el aval. Ahora bien, literalmente lo que señala es que comienzan esos dos años a contar desde el incumplimiento de la obligación garantizada por el aval; y debe tenerse en cuenta que esa obligación garantizada no es la entrega de la vivienda sino la devolución de las cantidades anticipadas por no entregar la vivienda; con lo que atendiendo a esa literalidad, el plazo de caducidad solo podría iniciarse cuando, ante la falta de entrega de la vivienda, el adquirente resuelve el contrato (se trata realmente de una resolución por incumplimiento y no de una rescisión contractual como dice la norma) y exige la devolución de las cantidades, sin que el promotor cumpla con ello; pero entonces ya esa referencia del apartado Dos.2.c) de la disposición adicional primera de la LOE al requerimiento al promotor no tendría sentido¹⁴. Por ello, a mi juicio, la caducidad del aval y ese plazo de dos años deberán entenderse referidos al incumplimiento por el promotor de la obligación de entrega de la vivienda y al requerimiento previo del adquirente al promotor para resolver y exigir la devolución de cantidades, tal y como se exige en el subapartado b) del apartado Dos.2 de la disposición adicional primera de la LOE, bajo una interpretación contextual de la norma.

Por otro lado, cabe advertir que realmente esa caducidad de la que se habla en esta disposición de la LOE no es de la acción de reclamación al avalista, sino del aval mismo (afectante a su vigencia y existencia) por no cumplirse un determinado presupuesto: si no se requiere al promotor en el plazo de dos años desde el incumplimiento de la obligación de entrega (tal y como, a mi juicio, según acabo de exponer, debe interpretarse este apartado Dos.2.c) de la disposición adicional primera de la LOE) el aval caducará, ya no será exigible; ahora bien, si se cumple con tal requerimiento al promotor, ya no puede hablarse de caducidad del aval. Cuestión distinta será concretar el plazo de prescripción de la acción del adquirente de la vivienda contra la entidad avalista para la devolución de las cantidades que anticipó antes o durante la construcción de la vivienda finalmente no entregada (*vid.* apartado *ut infra* de este trabajo sobre el plazo de prescripción de la reclamación del adquirente de la vivienda respecto de las cantidades entregadas al promotor anticipadamente).

IV. INCUMPLIMIENTO Y RESPONSABILIDAD DEL PROMOTOR

Si lógica es la cancelación de la garantía en el caso de que el promotor cumpla con lo pactado y entregue la vivienda en el plazo pactado y en plenas condiciones, igualmente lo es el que ante el incumplimiento del promotor este deba responder por ello.

A este respecto, el apartado cuatro de la disposición adicional primera de la LOE hace referencia a un incumplimiento material al advertir que si la cons-

trucción no hubiera llegado a iniciarse o la vivienda no hubiera sido entregada el adquirente podrá optar entre:

a) la rescisión (*sic*) o, más estrictamente, resolución del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta (*cfr.*, entre otras, STS de 20 de enero de 2015), incluidos los impuestos aplicables, incrementadas en los intereses legales;

b) o conceder al promotor una prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo periodo con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda.

1. PRÓRROGA DEL CONTRATO Y DEL PLAZO DE EJECUCIÓN DE LA OBRA: ¿PRÓRROGA DE LA GARANTÍA?

La concesión de la prórroga entraría dentro del marco del ejercicio de la autonomía de la voluntad del comprador¹⁵: ante el incumplimiento del promotor tiene esas dos opciones indicadas.

Pero lo oportuno sería que junto con esa ampliación del plazo de entrega se acordara expresamente, y como condición a esa ampliación de plazo de construcción, la prórroga de la garantía suscrita (o incluso la suscripción de una nueva), para asegurar la posición del comprador ante otro eventual incumplimiento posterior del promotor que genere problemas al respecto.

La LOE no advierte de esa prórroga automática ni obligatoria de la garantía: sí que señala que el fin de la garantía que debe suscribirse por el promotor es asegurar la devolución de las cantidades para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo previsto; y advierte de que solo se cancelará la garantía cuando se entregue la vivienda. Y lo que se recoge expresamente en el apartado cuarto de la disposición adicional primera de la LOE es el supuesto de incumplimiento del promotor que justificaría la ejecución de la garantía al resolverse el contrato y exigirse la devolución de las cantidades anticipadas; pero frente a esto se acoge otra opción para el adquirente, cual es conceder la prórroga del plazo de ejecución. ¿Y esto implica automáticamente que esas garantías de aval o seguro se prorroguen? La LOE solo prevé, como se ha indicado, que su vigencia se mantenga hasta la fecha prevista de ejecución; pero el caso es que no se ha ejecutado la obra en ese plazo: si el comprador declina resolver el contrato y ejecutar la garantía ante ese incumplimiento y opta por conceder la prórroga ¿qué sucede con las garantías?

Por un lado, no se prevé su cancelación: pero tampoco la prórroga obligatoria.

Tan solo para el caso del seguro de caución hay una mínima referencia a esta situación contemplando como mera posibilidad el que el promotor, ante la concesión de prórroga del plazo de construcción por el adquirente, prorrogue el contrato de seguro pagando la correspondiente prima e informando al asegurado de dicha prórroga. Pero solo señala que el promotor «podrá» prorrogar el seguro. ¿Y si no quiere pagar esa prima nueva adicional? ¿Y si el promotor que no prorroga el seguro después incumple su nuevo plazo de construcción y viene insolvente para afrontar la devolución de las cantidades anticipadas? En este caso el adquirente se encontrará con un grave problema.

Respecto del aval bancario, a diferencia del seguro, ni siquiera en la LOE se prevé la posibilidad de su prórroga; nada impide que voluntariamente se haga (lógicamente abonando lo que la entidad avalista exija), pero lo cierto es que

nuestro legislador se ha olvidado de esta situación en el marco de una norma que precisamente busca proteger al adquirente de los abusos, incumplimientos y malas prácticas de promotores.

Esa falta de previsión puede generar eventuales problemas al adquirente que, de buena fe, con el deseo de obtener por fin la vivienda que (mucho) tiempo atrás compró sobre plano y sobre la que ha ido abonando distintas cantidades con la ilusión de tener una vivienda en la que desarrollar su vida familiar o personal y en la que ha invertido tiempo, dinero y varios sacrificios normalmente, decide conceder al promotor algo más de tiempo para la construcción. Debiera advertirse claramente qué sucede con la garantía suscrita si decide conceder esa prórroga: al fin y al cabo, es una modificación del contrato de compra y de tales consecuencias deberá ser plenamente informado el comprador para decidir conscientemente al respecto. Si no se prorrogan las garantías, estas perderán su vigencia estrictamente prevista al constituirse y el adquirente solo podrá exigir responsabilidad al promotor si vuelve a incumplir con su obligación de entrega, y en su caso, a juicio del Tribunal Supremo, también a la entidad bancaria depositaria de las cantidades, considerada por nuestro Alto Tribunal como responsable solidario ante la falta de garantía suscrita (véase apartado *ut infra* relativo a la responsabilidad de esta entidad depositaria).

Por otro lado, los garantes (aseguradora y avalista) también deberían conocer de esa prórroga si es que se pretende a su vez la prórroga de la garantía: al menos deberán prestar su consentimiento y poder exigir el pago de una prima o una compensación por la ampliación del aval. Al fin y al cabo, esa voluntad unilateral del adquirente concediendo la prórroga del plazo de construcción y entrega de la vivienda supone una agravación de la obligación del garante, que no puede serle impuesta sin su consentimiento. A este respecto, cabe recordar que en el marco de la regulación de la fianza el artículo 1851 del Código civil advierte que si la prórroga concedida al deudor no cuenta con el consentimiento del fiador, la fianza se extingue; esto es así en cuanto que se entiende que por esa prórroga la obligación del fiador se vuelve más gravosa (con respecto al seguro, *cfr.* arts. 11 y 12 LCS).

Bajo una interpretación teleológica de la disposición adicional primera de la LOE cabría considerar que debe entenderse prorrogada la garantía suscrita y mantenerse así «hasta la (nueva) fecha prevista de entrega». Pero en atención conjunta a lo previsto en la disposición adicional primera parece que el legislador ha sido consciente al no prever la prórroga automática o vigencia de la garantía por la prórroga del plazo de construcción, y ello con base en: a) la previsión expresa de la prórroga del seguro como mera posibilidad; b) la falta de previsión alguna en relación con el aval; c) y la indicación de las dos opciones contrapuestas que tiene el adquirente ante el incumplimiento del promotor previendo en la primera, la resolución del contrato (y devolución de cantidades en tal caso, con eventual ejecución de la garantía), y en la segunda, la prórroga del plazo de construcción y entrega de la vivienda, sin mención alguna a cómo afecta a las cantidades anticipadas y a su garantía, pese a que poco antes sí se acordó de mencionarlas. Además, está el hecho ya indicado de que no puede imponerse esa prórroga a los garantes sin su consentimiento.

Así pues, la solución a esta situación se daría si la aseguradora o avalista consienten la prórroga. Y si no, debería exigirse al promotor la constitución de una nueva garantía pues permanece intacta su obligación recogida en el apartado uno de la disposición adicional primera de la LOE de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas entregadas por el adquirente¹⁶.

2. RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO: EL RETRASO DEL PROMOTOR

La disposición adicional primera de la LOE, en su apartado cuarto, se refiere al incumplimiento del promotor expresamente bajo un criterio de incumplimiento material pues alude como causa a la falta de inicio de la construcción o a la falta de entrega de la vivienda.

En primer lugar, como premisa principal para esta cuestión debe precisarse que en el contrato debe fijarse un plazo de ejecución de la obra, indicando de algún modo un momento inicial y otro final de entrega de la vivienda: sea con términos fijos de días concretos o, como suele ser habitual, con referencia a un hecho (por ejemplo, obtención de la licencia de edificación) y posterior plazo en meses de duración de la ejecución de la construcción y posterior entrega.

Con inicio de la obra cabría atender al desarrollo de algún tipo de actividad constructiva específicamente referida a la edificación. No bastaría con la obtención de la licencia de edificación ni con trabajos preparatorios del suelo, sino que debería atenderse a una actuación de efectivo comienzo de la construcción que se va a adquirir y fundamentó el pago de las cantidades anticipadas¹⁷. Pero ¿desde qué momento habría incumplimiento por falta de inicio de la construcción? ¿Un simple retraso en el inicio previsto bastaría? Del tenor literal de la disposición adicional primera de la LOE no parece deducirse esto: podría decirse que si se fijó un término de inicio y este se incumple ya el comprador podrá pedir la resolución del contrato; aunque la buena fe contractual llevaría a entender que un simple retraso en el inicio no sería suficiente; esto podría amparar resoluciones basadas simplemente en un desistimiento del comprador motivado por cambio de sus circunstancias económicas e imposibilidad de hacer frente al pago posterior. Por supuesto que si en el momento de cumplirse el plazo de entrega no se han iniciado las obras el incumplimiento del promotor es manifiesto, relevante y grave; pero también cabe entender que hay un incumplimiento cuando no se ha iniciado la obra y ha pasado un tiempo suficiente como para entender que por el tiempo fijado como previsto para la ejecución de la obra, esta ya previsiblemente, se va a retrasar e incumplir el plazo de entrega acordado.

También en cuanto al incumplimiento de la entrega de la vivienda en el plazo previsto se han planteado qué condiciones deben existir para poder exigir la resolución y la devolución de las cantidades anticipadas.

En primer lugar, cabe afirmar que no se debe atender únicamente a una falta de entrega material, sino también a la concurrencia o no de los requisitos o condiciones jurídicas oportunas para esa entrega. Es decir, para que se entienda cumplida la obligación de entregar la vivienda en el plazo previsto, esa entrega no solo debe cumplir con las condiciones físicas materiales de que la vivienda esté efectivamente ejecutada, con toda su estructura y condiciones interiores previstas; será necesario que se cumplan los requisitos legales esenciales para que el adquirente efectivamente pueda usar, ocupar y habitar esa vivienda; y tales requisitos legales serán como mínimo la cédula de habitabilidad o licencia de primera ocupación. Entre otras, la STS de 11 de marzo de 2013 señaló: «El cumplimiento de la obligación de entrega por el promotor-vendedor no puede entenderse limitado a que la vivienda lo sea en un sentido puramente físico, con paredes, techo, suelo y posibilidad material de tener unos suministros básicos, sino que debe comprender también que la vivienda lo sea en su aspecto jurídico, permitiendo que los suministros se contraten de forma regular y que el comprador pueda ejercer libremente su derecho a disponer de la vivienda alquilándola o vendiéndola sin obstáculos legales ajenos a su esfera de influencia y que, en

cambio, el promotor-vendedor sí debe despejar adecuadamente como responsable de que la edificación se ajuste a las normas urbanísticas»¹⁸.

A este respecto, en aplicación de esta doctrina, el Tribunal Supremo viene atribuyendo efectos resolutorios del contrato de compraventa a la falta de entrega por el vendedor de la licencia de primera ocupación cuando la ausencia responde a la presumible contravención de la legalidad urbanística, pues sería privar al comprador del derecho a disfrutar de la cosa, en condiciones para ser usada con arreglo a su naturaleza. Supone un incumplimiento esencial del vendedor «en aquellos casos en que las circunstancias concurrentes conduzcan a estimar que su concesión no va a ser posible en un plazo razonable por ser presumible la contravención de la legislación y/o planificación urbanística, ya que en ese caso se estaría haciendo imposible o poniendo en riesgo la efectiva incorporación del inmueble al patrimonio del adquirente». A este respecto, la STS de 12 de septiembre de 2016 advirtió que la existencia de vicios urbanísticos que afectasen a la licencia de primera ocupación, ocultos por el promotor, determinaba la admisión de la resolución contractual y la exigencia de la devolución de las cantidades anticipadas; y sienta esta doctrina: «las garantías legales de las cantidades anticipadas para adquisición de viviendas que regula la ley 57/1968 y disposición adicional primera de la LOE se extienden a aquellos supuestos en que el contrato de compra-venta no llega a buen fin, por declararse nulo por vicio invalidante del consentimiento al haber ocultado el promotor-vendedor al comprador la existencia de vicios de la edificación de naturaleza urbanística»¹⁹.

Incluso se ha ido más allá en nuestra jurisprudencia y, posteriormente, en la STS de 7 de mayo de 2019 se admite la resolución contractual y la devolución de las cantidades anticipadas, con responsabilidad de la entidad avalista, aun estando la construcción finalizada, cuando el promotor no hubiera cancelado antes de otorgar la escritura pública de compra las cargas hipotecarias pendientes que gravaba el inmueble por importe superior al precio pendiente de pagar. Se trataba de un supuesto en el que los inmuebles estaban gravados con una hipoteca pero se acordó que si los compradores no se subrogaban en los préstamos hipotecarios vigentes adeudados por el promotor este finalmente debía asumir los costes de la cancelación; sin embargo no se hizo así, y el Tribunal Supremo, considerando que tal condición de los compradores era esencial y determinante en el momento de la firma del contrato de compraventa (pues en ningún momento aceptaron que las cargas hipotecarias subsistieran al otorgar la escritura pública de compraventa) y no se cumplió por el promotor, existía un incumplimiento que justificaba la resolución del contrato, pese a haberse obtenido ya licencia de primera ocupación, pues realmente la entrega de la vivienda no cumplía con las condiciones jurídicas pactadas de entrega libre de cargas; y junto con la responsabilidad del promotor, también (y revocando en este punto la sentencia de apelación) condenó al banco avalista²⁰.

Pero donde más dudas y controversia han surgido respecto a la responsabilidad del promotor (y, por ende, de los garantes) es en los casos de retraso en la entrega: ¿debe tratarse de un retraso grave y relevante? ¿o el mero retraso simple bastaría para que el comprador pudiera resolver el contrato y exigir la devolución de las cantidades anticipadas, incluidos impuestos, y más intereses legales?²¹. El Tribunal Supremo ha ido marcando la doctrina aplicable, con distintos criterios, «enfrentándose» también a la posible situación de que la resolución del contrato venga motivada por una acción «oportunist» del adquirente ante la crisis económica existente en ese momento aprovechando el simple retraso, incluso no achacable al promotor pues se debía a trámites administrativos, para

desvincularse del contrato que ya no quería y recuperar además las cantidades anticipadas (*cfr.*, entre otras, las STS de 17 de enero de 2013, de 30 de abril de 2015, de 30 de diciembre de 2015, de 20 de mayo de 2016 y de 7 de mayo de 2019)²².

A este respecto, el Tribunal Supremo ha advertido que, si en el contrato de compra se incluye el plazo de ejecución y entrega bajo la configuración de una condición resolutoria pactada expresamente, no cabe hablar entonces ya de si un mero retraso sería o no determinante de la resolución del contrato, pues ya las propias partes le han dado en el contrato ese efecto al incumplimiento del plazo (STS de 30 de diciembre de 2015).

La STS de 1 de abril de 2014, sentando jurisprudencia en materia de resolución por retraso en la entrega de la vivienda o terminación de obras en atención al artículo 1124 del Código civil y la resolución del contrato por incumplimiento de una de las partes, señaló que: «Por lo que respecta a los efectos resolutorios del incumplimiento del plazo de entrega, la jurisprudencia más reciente (por ejemplo, SSTS de 14 de junio de 2011, Rc. 369/2008, 21 de marzo 2012, Rc. 931/2009, y 25 de octubre de 2013, Rc. 1666/2010) viene interpretando la norma general en materia de resolución de obligaciones recíprocas (art. 1124 CC) en el sentido de que el incumplimiento que constituye su presupuesto ha de ser grave o sustancial, lo que no supone una tenaz y persistente resistencia renuente al cumplimiento pero sí que origine la frustración del fin del contrato, esto es, que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte [...], encontrándose sin duda entre las lógicas expectativas del comprador el recibir la cosa en el tiempo, lugar y forma que se hubieran estipulado y en condiciones para ser usada conforme su naturaleza, pues, no en vano, la de entrega constituye la obligación esencial y más característica de la compraventa para el vendedor (art. 1461 CC, en relación con el art. 1445 CC)».

En esta línea se viene afirmando por el Tribunal Supremo que el mero retraso en el pago o en la entrega de la cosa no siempre produce la frustración del fin práctico perseguido por el contrato, porque el retraso no puede equipararse en todos los casos al incumplimiento (entre otras, STS de 10 de septiembre de 2012). El retraso en el cumplimiento del contrato puede dar lugar a la constitución en mora, con los efectos que ello supone, pero no necesariamente a la resolución (STS de 12 de abril de 2011). También se ha atendido por los tribunales al carácter esencial del incumplimiento; que sea de tal entidad, grave y esencial, como para que con él se frustre el fin del contrato o la finalidad económica del mismo; si bien ello determina la necesidad de examinar el valor del plazo en el contrato y si su inobservancia debe llevar indefectiblemente al incumplimiento definitivo del contrato (*cfr.* entre otras, SSTS de 17 de diciembre de 2008, de 25 de junio de 2009, de 12 de abril de 2011, de 28 de junio de 2012 y de 17 de enero de 2014).

Ahora bien, con respecto a las situaciones derivadas de la compra de viviendas en construcción y entrega de cantidades de modo anticipado, el legislador tanto en la Ley 57/1968 como en la LOE, prevén la posibilidad de una resolución con el mero retraso, sin necesidad de calificarlo como esencial. Y así lo ha interpretado también el Tribunal Supremo, expresamente en relación con lo previsto en la Ley 57/1968 y la falta de cumplimiento del plazo de construcción y entrega. La STS de 20 de enero de 2015 advierte de que la interpretación debe ser más estricta que con respecto al artículo 1124 del Código civil y debe considerarse que «el artículo 3 de la Ley 57/68 introduce, en los contratos comprendidos dentro de su ámbito de aplicación, una especialidad consistente en que el retraso en la entrega, aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento

del vendedor que justifica la resolución del contrato por el comprador. Esta especialidad, a su vez, determina que en el ámbito especial regulado por la Ley 57/68 no sea aplicable la doctrina jurisprudencial que, interpretando la norma de ámbito general del artículo 1124 del Código civil, considera que el retraso de una parte contratante en el cumplimiento de sus obligaciones no constituye, por regla general, un incumplimiento de tal grado que justifique la resolución del contrato a instancia de la otra parte contratante». Advierte también esta sentencia, con remisión a la STS de 5 de mayo de 2014 que el incumplimiento por el vendedor del plazo estipulado para la terminación y entrega de la vivienda justifica la resolución del contrato a instancia del comprador; «siempre que, el derecho a resolver se ejercite por el comprador antes de ser requerido por el vendedor para el otorgamiento de escritura pública por estar la vivienda ya terminada y en disposición de ser entregada aun después de la fecha estipulada para su entrega». Pese a esta doctrina, también advierte el Tribunal Supremo que ello «no excluye que la “rescisión” o resolución del contrato pueda denegarse, conforme a los principios generales, por mala fe o abuso de derecho del comprador»²³ (*vid.*, entre otras, las SSTs de 20 de enero de 2015 y de 7 de mayo de 2019).

V. EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA Y DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES ANTICIPADAS

Ante el incumplimiento del promotor y la decisión del adquirente de resolver el contrato, la consecuencia más habitual e inmediata es la exigencia de devolución de las cantidades entregadas anticipadamente por el comprador.

El primer y principal obligado es el promotor: él es quien debe hacer frente a esa devolución de cantidades anticipadas. Y de ahí que la disposición adicional primera de la LOE, en su redacción actual vigente desde el 1 de enero de 2016, advierte que para la ejecución de las garantías y que estas se hagan realmente efectivas previamente debe mediar un requerimiento fehaciente del adquirente al promotor exigiendo la devolución de esas cantidades anticipadas. Solo si no fuera posible esa reclamación previa al promotor, podrá reclamarse directamente a la aseguradora o al avalista (por ejemplo, cuando es evidente el estado de insolvencia del promotor al haber sido declarado en concurso de acreedores).

Es habitual que, ante el incumplimiento del promotor; tras, en su caso, ese requerimiento previo efectuado por el adquirente se proceda a la ejecución de la garantía del seguro o del aval. De hecho, lo más frecuente es que en la reclamación judicial la demanda se dirija tanto contra el promotor como contra el garante avalista o asegurador.

Pero, cabe advertir que esa exigencia de requerimiento previo al promotor no se preveía en la Ley 57/1968 ni en la redacción de la disposición adicional primera de la LOE anterior a 2016 y la reforma operada por la Ley 20/2015.

A continuación se analizará el régimen de ejecución y responsabilidad del garante en ambas situaciones reguladas por la LOE: el seguro de caución y el aval.

1. EJECUCIÓN DEL SEGURO Y RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA

Partiendo del presupuesto común y general ya indicado de que la responsabilidad y obligación de devolución de cantidades anticipadas surge cuando la construcción no se inicie o no llega a buen fin en el plazo acordado con el

promotor, el apartado segundo de la disposición adicional primera de la LOE permite al asegurado (adquirente de la vivienda no construida o cuya construcción no llegó a buen fin) reclamar a la aseguradora esas cantidades anticipadas, incluidos impuestos, y más los intereses legales.

Para que tal reclamación a la aseguradora sea eficaz, según advierte la LOE en la redacción actual de su disposición adicional primera, previamente el asegurado deberá haber requerido fehacientemente del pago de esas cantidades al promotor y si este en el plazo de treinta días no realiza el abono correspondiente, entonces podrá reclamarse a la aseguradora. Podrá, no obstante, reclamarse directamente a la aseguradora cuando no resulte posible la reclamación previa al promotor²⁴.

Efectuada la reclamación, la aseguradora deberá indemnizar al asegurado en el plazo de treinta días a contar desde que formule la reclamación en todas las cantidades que se acredite fueron aportadas y anticipadas por el asegurado (no se tendrá en cuenta ni abonará, por tanto, automáticamente la totalidad de la suma asegurada), no pudiendo oponer al asegurado las excepciones que pudieran corresponderle contra el tomador del seguro. En concreto, la falta de pago de la prima por el promotor no será, en ningún caso, excepción oponible por la aseguradora frente al asegurado.

Habiendo atendido la reclamación del asegurado y abonada la indemnización correspondiente (incluyendo las cantidades entregadas anticipadamente, impuestos e intereses legales), la aseguradora podrá repetir ese pago contra el promotor (tomador del seguro), subrogándose a tal efecto en los derechos del asegurado. A tales efectos, debe tenerse en cuenta que el promotor no podrá, en su caso, enajenar la vivienda construida pero no entregada a tiempo (presupuesto de la reclamación del asegurado) sin haber atendido previamente a la reclamación de la aseguradora por vía de repetición y haber resarcido a esta del pago hecho al asegurado.

2. EJECUCIÓN DEL AVAL Y RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD AVALISTA

Al igual que sucede en el caso del seguro de caución, esta garantía podrá ejecutarse en el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido. Pero también aquí se exige que previamente el adquirente beneficiario del aval hubiera requerido de manera fehaciente al promotor para la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables, y sus intereses, y este en el plazo de treinta días no haya procedido a su devolución; tras ese requerimiento y pasados esos treinta días sin que hubiera cobrado lo debido por el promotor, entonces el adquirente podrá dirigirse contra la entidad avalista para que le abone tales cantidades (disposición adicional primera, apartado Dos.2 de la LOE). Ahora bien, se prescinde de esa exigencia de requerimiento previo (como también sucedía en el caso del seguro de caución) pudiendo el beneficiario reclamar directamente al avalista, cuando no resulte posible la reclamación previa al promotor²⁵.

Por otro lado, debe hacerse también mención, como se adelantó en un anterior apartado de este trabajo, al hecho de que la LOE, en su redacción actual, en vigor desde el 1 de enero de 2016, contempla expresamente la caducidad del aval en el plazo de dos años «a contar desde el incumplimiento por el promotor de la obligación garantizada sin que haya sido requerido por el adquirente para la rescisión del contrato y la devolución de las cantidades anticipadas».

Como ya señalé *ut supra* al hablar de la caducidad de la garantía (que solo viene referida expresamente al aval), la redacción de este apartado Doc.2.c) de la disposición adicional primera de la LOE es confusa: se señala como *dies a quo* del plazo de caducidad del aval el incumplimiento por el promotor de la «obligación garantizada», deduciéndose del conjunto de esa previsión normativa (especialmente, por el subapartado b), anterior a este que se analiza) que el legislador quería referirse al incumplimiento de la obligación de construcción y entrega de la vivienda, no habiendo sido requerido el promotor para la devolución de las cantidades anticipadas en el plazo de dos años desde ese incumplimiento. Sin embargo, literalmente habla del incumplimiento de la «obligación garantizada» con el aval, y esa obligación no es otra que la de devolución de las cantidades anticipadas; el aval garantiza y protege al adquirente para el caso de que el promotor no le devuelva voluntariamente esas cantidades anticipadas; y para que se ejecute el aval y pueda dirigirse contra el avalista el beneficiario primero debe resolver el contrato y requerir al promotor el pago de esas cantidades, y si incumple esa obligación garantizada de devolución de cantidades entonces es cuando debería empezar el plazo de caducidad; pero si esto se considera así, la alusión al requerimiento del beneficiario prevista en este apartado Dos.2.c) de la disposición adicional primera de la LOE no tendría sentido. Por ello, a mi juicio, como ya indiqué anteriormente, la caducidad del aval y ese plazo de dos años deberán entenderse referidos al incumplimiento por el promotor de la obligación de entrega de la vivienda y al requerimiento previo del adquirente al promotor para resolver y exigir la devolución de cantidades, tal y como se exige en el subapartado b) del apartado Dos.2 de la disposición adicional primera de la LOE, bajo una interpretación contextual de la norma.

Por otro lado, cabe tener en cuenta que realmente esa caducidad de la que se habla en esta disposición de la LOE no es de la acción de reclamación al avalista, sino del aval mismo por no cumplirse un determinado presupuesto: si no se requiere al promotor en el plazo de dos años desde el incumplimiento de la obligación de entrega (tal y como, a mi juicio, debe interpretarse este apartado Dos.2.c) de la disposición adicional primera de la LOE, y se señaló *ut supra*) el aval caducará, ya no será exigible; ahora bien, si se cumple con tal requerimiento al promotor, ya no puede hablarse de caducidad del aval. Cuestión distinta será concretar el plazo de prescripción de la acción del adquirente de la vivienda contra la entidad avalista para la devolución de las cantidades que anticipó antes o durante la construcción de la vivienda finalmente no entregada (*vid.* apartado *ut infra* de este trabajo sobre el plazo de prescripción de la reclamación del adquirente de la vivienda respecto de las cantidades entregadas al promotor anticipadamente).

3. PÓLIZAS COLECTIVAS DE SEGURO O AVAL

Por lo que se refiere a las pólizas colectivas de seguro o aval, en particular cuando la entidad avalista o aseguradora no llega a emitir certificados individuales a favor de los compradores de las viviendas, es doctrina jurisprudencial que la omisión del certificado individual a favor de cada uno de los compradores no elimina la responsabilidad de la entidad aseguradora o avalista, conjunta con la del promotor, de garantizar la eventual devolución de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores en caso de incumplimiento del promotor; responsabilidad exigible incluso aunque a los compradores no se les hubiera entregado

en su momento una copia de la póliza colectiva: a este respecto *vid.* entre otras, SSTS de 23 de septiembre de 2015²⁶, de 22 de abril de 2016, de 24 de octubre de 2016, de 21 de diciembre de 2016, de 14 de septiembre de 2017 y de 8 de enero de 2020).

Además, según advierte la STS de 23 de septiembre de 2015: «la ausencia de los correspondientes avales individuales no impide que la obligación de restituir las cantidades entregadas, con sus intereses, quede cubierta a favor de los compradores que han concertado un contrato de compraventa y entregado esas cantidades a cuenta, al amparo de la existencia de la póliza colectiva».

4. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DE RECLAMACIÓN A LA ASEGURADORA Y A LA ENTIDAD AVALISTA

¿Pero qué plazo de prescripción tiene la acción de reclamación a la aseguradora o al avalista? Con anterioridad a la LOE en su redacción dada por la Ley 20/2015 (en vigor desde el 1 de enero de 2016) no se preveía nada concreto en relación con la prescripción o caducidad de la acción: ni en la Ley 57/1968 (en vigor hasta el 1 de enero de 2016) ni en la LOE anterior a 2016 se recogían referencias expresas a ello ni remisión a otra normativa.

El Tribunal Supremo, por su parte, en relación con estas acciones derivadas y fundadas en lo previsto en la Ley 57/1968, incluso hasta fechas recientes (pues los asuntos litigiosos seguían basándose en esa norma hoy derogada) dictó algunos pronunciamientos dispares: así, la STS de 15 de julio de 2006 consideró aplicable el plazo de dos años de prescripción, con base en lo previsto en el artículo 23 LCS para los seguros de daños; pero, anteriormente, en la STS de 17 de enero de 2003 consideró aplicable el plazo general del artículo 1964 del Código civil (quince años²⁷) y no el del artículo 23 LCS, «por ser el asegurado un simple beneficiario del seguro concertado entre el vendedor y el asegurador y, por tanto, “exento de obligaciones”»; pero en las SSTS de 21 de septiembre de 2016 y de 20 de septiembre de 2018 consideró aplicable el artículo 23 LCS y el plazo de dos años.

Y ya más reciente, aunque centrándose también en las acciones fundadas en la Ley 57/1968, la STS de 5 de junio de 2019 determina que el plazo de prescripción de la acción de reclamación contra la aseguradora debe ser el previsto en el artículo 1964 del Código civil, pues si para el caso del aval se entendía también aplicable el plazo del artículo 1964 del Código civil, no podía considerarse de peor condición al adquirente para el que la devolución de las cantidades que anticipó se hubiera garantizado con seguro que al adquirente «avalado»²⁸. En la misma línea, ya antes también las SSTS de 16 de enero de 2015 y de 23 de noviembre de 2017 determinaron igualmente que debía atenderse al plazo de prescripción general indicado en el artículo 1964 del Código civil para exigir la responsabilidad de la entidad bancaria depositaria de los anticipos que no hubiera exigido la apertura de cuenta especial ni la garantía en forma de aval o seguro.

Ahora bien, esta doctrina es aplicable según expresamente indica el Tribunal Supremo en su Sentencia de 5 de junio de 2019 cuando se trata de asuntos que se desarrollaron bajo el régimen de la Ley 57/1968 y acciones fundadas en esa Ley.

Pero de aplicarse la disposición adicional primera de la LOE en su redacción vigente a partir del 1 de enero de 2016, ¿debe entenderse que el plazo de prescripción serían dos años para el caso de la reclamación a la aseguradora

por aplicación del artículo 23 LCS o sería el plazo general del artículo 1964 del Código civil?

Si se atiende a lo indicado en el apartado Dos.1.l) de la LOE, en todo lo no específicamente dispuesto en esta Ley será de aplicación la Ley 50/1980, de contrato de seguro (LCS)²⁹. En la LOE vigente nada se indica sobre el plazo de prescripción de la acción del asegurado; de modo que, si se atiende a la LCS, esta en su artículo 23 señala un plazo de dos años de prescripción para el caso de seguro de daños, como es el supuesto que ahora nos ocupa. Un plazo que, atendiendo a la doctrina del Tribunal Supremo de no hacer de peor condición al adquirente asegurado que al avalado, viene a coincidir con el plazo de dos años de caducidad del aval también previsto actualmente en la LOE (y que antes de 2016 tampoco se preveía); ahora bien, como ya advertí *ut supra*, esa caducidad prevista en la LOE no es de la acción de reclamación al avalista, sino del aval mismo (de su existencia y vigencia) por no cumplirse un determinado presupuesto (requerimiento al promotor en el plazo de dos años desde el incumplimiento de la obligación de entrega, tal y como debe interpretarse la norma y se señaló *ut supra*); el plazo de ejercicio de la acción de reclamación contra el banco no aparece recogido en la LOE ni en norma concreta, de modo que cabe afirmar que se atendería al plazo general del artículo 1964 del Código civil; y si es así, entonces el adquirente que se beneficia de la garantía del seguro de caución, atendiendo al plazo de dos años del artículo 23 LCS, se vería en peor condición que el adquirente cuyas cantidades anticipadas se ven garantizadas con un aval.

A este respecto, cabe interpretar que la acción de reclamación a la aseguradora realmente no surge con base en la LCS ni en el contrato de seguro mismo, sino que surge de la LOE, lo mismo que antes surgía de la Ley 57/1968 (durante la vigencia de esta cuando ya estaba aprobada la LCS y por tanto era aplicable, pese a los pronunciamientos dispares, como se ha indicado, lo cierto es que finalmente la doctrina del Tribunal Supremo determinó que no se aplicaba la LCS vigente por entonces, sino el plazo general del art. 1964 CC): esto serviría de base para considerar que no habría que atender a la LCS para determinar el plazo de prescripción de la acción de reclamación a la compañía aseguradora por la devolución de las cantidades anticipadas, sino al plazo general del artículo 1964 del Código civil. Lo mismo que para el caso de la entidad avalista. Y también mismo plazo que el de la acción para reclamar a la entidad depositaria de las cantidades entregadas a cuenta, al incumplir el promotor la obligación de constituir garantía, como se verá a continuación, o de reclamación al propio promotor. De esta manera sí que la posición del adquirente como sujeto protegido ante el incumplimiento del promotor de su obligación de construcción y entrega a tiempo de la vivienda, por la que ya ha entregado diversas cantidades de modo anticipado, sería homogénea y uniforme ante cualquier sujeto responsable (promotor, avalista, aseguradora y entidad depositaria), sin que se viera perjudicado por una decisión unilateral del promotor como es la de constituir un seguro o un aval o incluso no constituirlo (*cf.* STS de 5 de junio de 2019).

VI. RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD BANCARIA DEPOSITARIA DE LAS CANTIDADES ANTICIPADAS

Pero junto con la responsabilidad del promotor (que ha incumplido su obligación de construir y entregar en plazo la vivienda y, asimismo, su obligación de devolver las cantidades anticipadas con impuestos, más el interés legal) y la

responsabilidad de la aseguradora o la entidad avalista, como garante con respecto a la obligación de devolver esas cantidades anticipadas, hay otro sujeto al que se le ha venido imputando responsabilidad en esta materia: la entidad bancaria depositaria de las cantidades entregadas anticipadamente por el adquirente de la vivienda en construcción comprada sobre plano, que en el momento de aceptar esas cantidades o bien no cumplió con la exigencia de apertura de cuenta especial por el promotor para que no se confundieran las cantidades anticipadas con otros fondos, o bien, estableciéndose esa cuenta especial, la entidad no exigió al promotor que acreditara haber cumplido con la constitución de la garantía (aval o seguro) de la posible devolución de esas cantidades³⁰.

A este respecto, recuérdese que tanto la Ley 57/1968 como la vigente disposición adicional primera de la LOE advierten que para la apertura de estas cuentas o depósitos especiales la entidad de crédito «bajo su responsabilidad» exigirá la garantía de seguro de caución o aval bancario; por tanto, con base en esto es por lo que nuestros tribunales, como se expondrá a continuación, han reforzado la protección del comprador o adquirente de viviendas en construcción con otro sujeto responsable: la entidad bancaria depositaria de las cantidades anticipadas.

Mayoritariamente las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo concretando esta responsabilidad se han basado en la Ley 57/1968 pues era la aplicable al asunto litigioso, pero en este punto esta doctrina es totalmente extrapolable a la situación legal vigente con la LOE.

La STS de 16 de enero de 2015 distinguió, a efectos de la responsabilidad a que se refiere el artículo 1 de la Ley 57/1968, entre la entidad que concede al promotor el préstamo a la construcción con garantía hipotecaria y aquella otra en que se ingresan las cantidades anticipadas, que es la que debe responder frente al comprador.

La STS de 21 de diciembre de 2015 ya advirtió de la responsabilidad de las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía: serían responsables por la totalidad de las cantidades anticipadas e ingresadas en la cuenta o cuentas que tuviera abiertas el promotor en esa entidad. Y esa responsabilidad la basa sobre todo en la consideración de que esa entidad no es un tercero, sino parte activa en la relación, incumbiéndole un especial deber de vigilancia para que el promotor cumpla con sus obligaciones legales en el marco de una normativa de protección del adquirente de viviendas en construcción³¹.

Esta doctrina fue confirmada poco después por las SSTS de 9 de marzo de 2016³², de 17 de marzo de 2016, de 8 de abril de 2016 y de 24 de junio de 2016; y reiterada en numerosas resoluciones como las SSTS de 18 de julio de 2017, de 14 de noviembre de 2017, de 28 de febrero de 2018³³ y las más recientes SSTS de 21 de mayo de 2019, de 9 de julio de 2019, de 28 de noviembre de 2019 y de STS de 10 de diciembre de 2019.

La STS de 21 de mayo de 2019 advirtió que «la responsabilidad legal de la entidad de crédito como depositaria no depende de que los ingresos se hagan en una cuenta especial o en otra del promotor; sino de que, por realizarse en la misma entidad, no puedan escapar a su control». Y con remisión a las SSTS de 28 de febrero de 2018 y de 18 de julio de 2017, reiteró a este respecto lo siguiente: «[...] es el incumplimiento del deber de control sobre el promotor que la condición 2.ª del artículo 1 Ley 57/1968 impone al banco lo que determina su responsabilidad frente al comprador, de modo que, “siendo el promotor el obligado principal a devolver la totalidad de los anticipos, esta misma obligación es

la que asumen los garantes (en caso de que haya aval o seguro) y la entidad de crédito depositaria (en defecto de aquellos)”, y esto independientemente de que la cuenta en la que se ingresen tenga o no carácter especial». Y concluye que «la jurisprudencia insiste en la idea de que dicha responsabilidad legal impone la constancia de que la entidad conoció o tuvo que conocer la existencia de ingresos a cuenta del precio de venta de viviendas sujetas a dicho régimen» (en similares términos, *vid.* la STS de 9 de julio de 2019).

Ahora bien, los presupuestos de esta responsabilidad de la entidad depositaria vienen claramente delimitados: deben haberse hecho entregas de cantidades anticipadas a una cuenta del promotor y este o no ha constituido cuenta especial o no ha suscrito la garantía legal exigida o ambas cosas, sin que la entidad depositaria le exigiera esa constitución de garantía y/o se formalizase la cuenta especial separada. De modo que, a contrario, si tales presupuestos no se dan en el caso pues se abrió cuenta especial y existía garantía válidamente constituida, a la entidad de crédito depositaria de las cantidades anticipadas no se le puede exigir ninguna responsabilidad pues cumplió con todo lo que se le exigía (STS de 14 de septiembre de 2017). Además, según esta sentencia última citada, no puede responsabilizarse ni oponerse a la entidad depositaria circunstancia o efecto alguno derivado del aval o seguro que se constituyó en garantía de esas cantidades anticipadas, pues no es parte de ese contrato. En palabras de la STS de 14 de septiembre de 2017: «[...] la responsabilidad de las entidades de crédito que admitan el ingreso de cantidades anticipadas por los compradores no es una responsabilidad a todo trance a modo de garante superpuesto siempre al avalista o asegurador, sino, como establece el artículo 1-2.^a de la Ley 57/1968 y declara la jurisprudencia, una responsabilidad derivada del incumplimiento de los deberes que les impone dicha ley».

Asimismo, si la entidad de crédito no pudo conocer que las cantidades entregadas fueran un anticipo por la adquisición de una vivienda en construcción (por no señalarse concepto de pago ni dato que permitiera asociar ese pago a un anticipo o por tratarse de pagos hechos al margen del contrato y sin posibilidad de control por la entidad) se ha venido negando su responsabilidad: entre otras, SSTs de 24 de junio de 2016, de 19 de septiembre de 2018, de 9 de julio de 2019, de 20 de noviembre de 2019 y de 27 de noviembre de 2019).

En relación con esto, según indica la STS de 9 de julio de 2019, «mientras el garante (avalista o asegurador) normalmente responde de todos los anticipos entregados por los compradores, en cambio la entidad de crédito no garante solo responde de las cantidades que se entreguen o depositen en ella». Aunque, eso sí, debe puntualizarse que «la responsabilidad del garante no es excluyente de la responsabilidad fundada en el artículo 1-2.^a de la Ley 57/1968 ya que, según las circunstancias de cada caso, el banco que admita anticipos sin cumplir lo exigido en dicha norma puede llegar a responder solidariamente con el garante por el importe de los anticipos que hubiera admitido» (SSTs de 28 de mayo de 2019 y de 10 de diciembre de 2019).

Por último, cabe señalar que, en la misma línea, ya antes indicada sobre el plazo de prescripción de la acción de reclamación del adquirente pagador de las cantidades anticipadas al promotor y a los garantes, también las SSTs de 16 de enero de 2015 y de 23 de noviembre de 2017 determinaron que igualmente debía atenderse al plazo de prescripción general indicado en el artículo 1964 del Código civil para exigir la responsabilidad de la entidad bancaria depositaria de los anticipos que no hubiera exigido la apertura de cuenta especial ni la garantía en forma de aval o seguro.

VII. CONCLUSIONES

I. La obligación del promotor de garantizar la devolución de cantidades entregadas anticipadamente es una obligación esencial, no meramente accesorio, que podrá prestarse a través de un seguro o de un aval.

II. El promotor está obligado, asimismo, a percibir a través de entidades de crédito las cantidades anticipadas entregadas por los adquirentes, las cuales se depositarán en esas entidades en una cuenta especial, separada de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor.

Para la apertura de esa cuenta especial la entidad de crédito, bajo su responsabilidad, exigirá la constitución por el promotor de la garantía de seguro de caución o aval bancario.

Ahora bien, los anticipos ingresados por el comprador se encuentran garantizados por el asegurador o por el avalista aunque no se ingresen en la cuenta especial sino en otra diferente del promotor.

III. Tanto el aval como el seguro cubrirán la eventual devolución de la totalidad de las cantidades anticipadas por el comprador, incluidos impuestos, más los intereses legales desde la entrega del anticipo, para el caso de que la construcción no se inicie o no se entregue la vivienda en el plazo convenido.

En tal caso, el comprador podrá: a) resolver el contrato y exigir la devolución de las cantidades anticipadas, impuestos e intereses; o b) conceder una prórroga al promotor para la ejecución de la construcción.

IV. Ante la prórroga del contrato de construcción, no se prevé la prórroga automática u obligatoria de la garantía, aunque tampoco su cancelación. La garantía por las cantidades anticipadas debería prorrogarse, pero deberá obtenerse para ello el consentimiento del garante; y de lo contrario, exigir del promotor la constitución de una nueva garantía por el tiempo de prórroga.

V. De cara al incumplimiento del promotor de su obligación de entrega de la vivienda en plazo, cabe afirmar que no se debe atender únicamente a una falta de entrega material, sino también a la concurrencia o no de los requisitos o condiciones jurídicas oportunas para esa entrega. Entre esas condiciones jurídicas resulta esencial la obtención de la cédula de habitabilidad o licencia de primera ocupación dentro del plazo previsto de entrega de la vivienda.

En cuanto al retraso en la entrega, el Tribunal Supremo ha advertido que en este caso de compraventas sobre plano con cantidades anticipadas, ese retraso, aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento del vendedor que justifica la resolución del contrato por el comprador.

VI. Ante el incumplimiento del promotor y la decisión del adquirente de resolver el contrato, la consecuencia habitual e inmediata es la exigencia de devolución de las cantidades entregadas anticipadamente por el comprador. Al respecto, el primer y principal obligado es el promotor. Junto con él, mediando, en principio, requerimiento previo a ese promotor, será responsable también el asegurador y el avalista, bajo los presupuestos y procedimientos indicados en nuestro ordenamiento (actualmente, la LOE en su disposición adicional primera).

La entidad depositaria de las cantidades entregadas anticipadamente responderá, asimismo, por la devolución de estas en el caso de que el promotor no constituyese las garantías exigidas por la Ley o no cumpliera con su obligación de abrir una cuenta especial donde percibir las cantidades anticipadas del comprador.

VII. Aunque respecto del seguro existe cierta confusión, en un análisis e interpretación de conjunto, de contexto y atendiendo a que es un régimen espe-

cialmente tuitivo el previsto para los adquirentes de viviendas en construcción que hubieran entregado cantidades anticipadas, el plazo de prescripción de la acción para exigir la devolución de esas cantidades entregadas a cuenta es el general previsto en el artículo 1964 del Código civil.

VIII. La garantía suscrita por el promotor, sea como aval o como seguro de caución, se cancelará una vez se expida la cédula de habitabilidad, la licencia de primera ocupación o documento equivalente.

IX. Por su parte, el aval caducará transcurridos dos años desde el incumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda en plazo sin que el comprador hubiera requerido al promotor; previa resolución contractual, para la devolución de las cantidades anticipadas.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS de 8 de marzo de 2001.
- STS de 17 de enero de 2003.
- STS de 15 de julio de 2006.
- STS de 17 de diciembre de 2008.
- STS de 25 de junio de 2009.
- STS de 12 de abril de 2011.
- STS de 28 de junio de 2012.
- STS de 10 de septiembre de 2012.
- STS de 8 de noviembre de 2012.
- STS de 10 de noviembre de 2012.
- STS de 17 de enero de 2013.
- STS de 12 de febrero de 2013.
- STS de 11 de marzo de 2013.
- STS de 3 de julio de 2013.
- STS de 17 de enero de 2014.
- STS de 3 de marzo de 2014.
- STS de 1 de abril de 2014.
- STS de 7 de mayo de 2014.
- STS de 13 de enero de 2015.
- STS de 16 de enero de 2015.
- STS de 20 de enero de 2015.
- STS de 22 de abril de 2015.
- STS de 30 de abril de 2015.
- STS de 23 de septiembre de 2015.
- STS de 21 de diciembre de 2015.
- STS de 30 de diciembre de 2015.
- STS de 9 de marzo de 2016.
- STS de 17 de marzo de 2016.
- STS de 8 de abril de 2016.
- STS de 22 de abril de 2016.
- STS de 20 de mayo de 2016.
- STS de 24 de junio de 2016.
- STS de 12 de julio de 2016.
- STS de 12 de septiembre de 2016.
- STS de 24 de octubre de 2016.
- STS de 21 de diciembre de 2016.

- STS de 2 de febrero de 2017.
- STS de 4 de julio de 2017.
- STS de 18 de julio de 2017.
- STS de 14 de septiembre de 2017.
- STS de 14 de noviembre de 2017.
- STS de 15 de noviembre de 2017.
- STS de 23 de noviembre de 2017.
- STS de 28 de febrero de 2018.
- STS de 19 de septiembre de 2018.
- STS de 20 de septiembre de 2018.
- STS de 7 de mayo de 2019.
- STS de 21 de mayo de 2019.
- STS de 28 de mayo de 2019.
- STS de 5 de junio de 2019.
- STS de 9 de julio de 2019.
- STS de 20 de noviembre de 2019.
- STS de 27 de noviembre de 2019.
- STS de 28 de noviembre de 2019.
- STS de 10 de diciembre de 2019.
- STS de 8 de enero de 2020.

BIBLIOGRAFÍA

- ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- LÓPEZ SAN LUIS, R. (2017). Responsabilidad de los garantes en el nuevo régimen de cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas sobre plano tras la Ley 20/2015, de 14 de julio de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 763, 2349-2390.
- MARTÍN BRICEÑO, M.R. (2018). Análisis sobre la protección del adquirente de una vivienda en construcción en cuanto a las cantidades anticipadas al promotor a cuenta del precio. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 768, 1939-1985.

NOTAS

¹ Como ya se señalaba en la exposición de motivos de la Ley 57/1968, las medidas de garantía que se acogían en esta norma ya se preveían para las viviendas construidas con la protección del Estado en el Decreto de 3 de enero de 1963; ahora bien, se estimó necesario extenderlas a toda clase de viviendas, así como combinarlas con otras medidas «de carácter gubernativo y penal que sancionen adecuadamente tanto las conductas atentatorias a los más altos intereses de la comunidad como la realización de hechos que revistan caracteres de delito».

² Como desarrollo de esta Ley 57/1968 se aprobaron posteriormente: el Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre, sobre aplicación de la Ley 57/1968, de 27 de julio, a las Comunidades y Cooperativas de Viviendas; y la Orden de 29 de noviembre de 1968 sobre el seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para viviendas.

³ Para las viviendas de protección oficial, como se indicó antes, ya se contemplaban las medidas de garantía oportunas en el Decreto de 3 de enero de 1963.

⁴ Si bien, esta aplicación del régimen de la Ley 57/1968 a las viviendas en régimen de cooperativas y comunidades de propietarios ya se había llevado a efecto por el Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre, sobre aplicación de la Ley 57/1968, de 27 de julio, a las Comunidades y Cooperativas de Viviendas.

⁵ Además, junto con esta disposición adicional primera habría que tener en cuenta, asimismo, la nueva disposición transitoria tercera de la LOE introducida también por la disposición final tercera (en este caso, apartado tres) de la Ley 20/2015, que acoge las previsiones concretas de transición o adaptación al régimen previsto en la nueva redacción de la disposición adicional primera de la LOE: «Las entidades aseguradoras deberán, antes del 1 de julio de 2016 y para las cantidades que se entreguen a cuenta a partir de esa fecha, adaptar las pólizas vigentes a 1 de enero de 2016 al régimen introducido por la disposición final tercera.dos de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades aseguradoras y reaseguradoras, por la que se modifica la disposición adicional primera “Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción” de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación».

⁶ Un interesante análisis comparativo entre ambas normas puede consultarse en MARTÍN BRICEÑO, M.R. (2018). Análisis sobre la protección del adquirente de una vivienda en construcción en cuanto a las cantidades anticipadas al promotor a cuenta del precio. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 768, 1942 y sigs.; y en LÓPEZ SAN LUIS, R. (2017). Responsabilidad de los garantes en el nuevo régimen de cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas sobre plano tras la Ley 20/2015, de 14 de julio de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 763, 2352 y sigs

⁷ Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*. Valencia: Tirant lo Blanch.

⁸ Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). *La nueva regulación...*, op. cit., 22 y 23.

⁹ Vid. MARTÍN BRICEÑO, M.R. (2018). Análisis sobre la protección del adquirente..., op. cit., 1951-1952.

¹⁰ De hecho, estas obligaciones de información precontractual que se prevén en la LOE van incluso más allá del contrato, llegando a establecer exigencias expresas de información en la propia publicidad de la promoción de las viviendas. Así, el apartado sexto de la disposición adicional primera de la LOE señala: «En la publicidad de la promoción de viviendas con percepción de cantidades a cuenta con anterioridad a la iniciación de las obras o durante el periodo de construcción, será obligatorio hacer constar que el promotor ajustará su actuación y contratación al cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley, haciendo mención expresa de la entidad aseguradora o avalista garante, así como de la entidad de crédito en la que figura abierta la cuenta especial en la que habrán de ingresarse las cantidades anticipadas».

¹¹ Sobre su naturaleza como aval a primer requerimiento o a primera demanda vid. MARTÍN BRICEÑO, M.R. (2018). Análisis sobre la protección del adquirente..., op. cit., 1957-1958, quien rechaza tal calificación o naturaleza en este caso.

¹² De modo que, como en el caso analizado en esa STS de 13 de enero de 2015, si el adquirente efectuó un ingreso en cuenta diferente a la señalada en la póliza del seguro suscrito, esa será una cuestión «a dirimir entre la aseguradora y la parte vendedora» (STS de 8 de marzo de 2001).

¹³ A este respecto, vid. MARTÍN BRICEÑO, M.R. (2018). Análisis sobre la protección del adquirente..., op. cit., 1971.

¹⁴ Cfr. ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). *La nueva regulación*, op. cit., 71-72.

¹⁵ Según MARTÍN BRICEÑO realmente nos encontramos ante una novación objetiva del contrato de carácter modificativo del plazo de ejecución acordado de la obra; no se extingue la relación contractual, pero por ello esa prórroga deberá pactarse antes de cualquier resolución contractual: vid. MARTÍN BRICEÑO, M.R. (2018). Análisis sobre la protección del adquirente..., op. cit., 1968-1969.

¹⁶ En el mismo sentido, ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). *La nueva regulación*, op. cit., 87 y 88. A juicio de MARTÍN BRICEÑO esa prórroga del plazo de construcción y modificación del plazo de entrega de la vivienda en principio no tiene porqué extinguir las garantías. Parte

esta autora de que la prórroga es consecuencia de una mora del promotor que no supone un incumplimiento definitivo sino un cumplimiento defectuoso aceptado por el adquirente de la vivienda. Y con respecto a la subsistencia de las garantías atiende a una interpretación y aplicación un tanto extensiva y flexible del artículo 1851 del Código civil (referido a la fianza), de acuerdo con la STS de 3 de marzo de 2014: partiendo de que el artículo 1851 del Código civil señala que «la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza», en esa sentencia se atempera esa literalidad al advertir que «la prórroga será motivo que justifica la liberación del fiador si la ampliación del plazo en el cumplimiento del contrato que garantiza le perjudica en vía de regreso. Si no es así porque el fiador sigue respondiendo del cumplimiento del contrato en los mismos términos, la alteración en el plazo no será considerada como una prórroga en este sentido. Por idénticas razones ni se extingue el aval, ni tampoco el seguro de caución ante la novación del término final del contrato. El aval se extiende al nuevo periodo, y en cuanto al seguro se deben actualizar las primas, previa comunicación a la aseguradora» [MARTÍN BRICEÑO, M.R. (2018). Análisis sobre la protección del adquirente, *op. cit.*, 1969-1970]. Y sobre esto último, MARTÍN BRICEÑO también argumenta que esa expresión de que el promotor «podrá» prorrogar el contrato de seguro abonando la prima correspondiente, no debe interpretarse como que «se pretenda atribuir al promotor la facultad de decidir si se prorroga o no los efectos del seguro de caución prescindiendo de la voluntad de la aseguradora» sino que «más bien se admite que se pueda prorrogar el seguro de diferentes formas, entre ellas —mediante el pago de la correspondiente prima— como acto concluyente que aquella acepta» (MARTÍN BRICEÑO, M.R. (2018). Análisis sobre la protección del adquirente, *op. cit.*, 1970).

¹⁷ Según ESTRUCH ESTRUCH «el inicio de la construcción de una edificación específica debe fijarse en el momento del otorgamiento del acta de replanteo o de comienzo de las obras, que tiene por finalidad comprobar sobre la realidad física del terreno la adecuación del proyecto arquitectónico elaborado para la ejecución de la futura edificación» [ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). La nueva regulación, *op. cit.*, 82].

¹⁸ Cfr. también las SSTs de 8 de noviembre de 2012, de 10 de noviembre de 2012, de 12 de febrero de 2013, de 20 de mayo de 2016 y de 7 de mayo de 2019.

¹⁹ Cfr., asimismo, las SSTs de 22 de abril de 2015 y de 9 de marzo de 2016.

²⁰ Según esta STS de 7 de mayo de 2019: «En definitiva, si el aval garantiza la devolución de los anticipos en caso de falta de terminación de la edificación dentro del plazo pactado, con mayor razón la habrá de garantizar cuando el vendedor supedita el otorgamiento de escritura pública al pago de un precio mayor que el estipulado o pretenda entregar la vivienda con cargas hipotecarias cuando se pactó libre de cargas. Por tanto, las razones de los compradores para resolver el contrato eran tan poderosas y evidentes que carecen de relevancia alguna las especulaciones de la sentencia recurrida acerca de su voluntad de desvincularse del contrato, pues nadie puede ser obligado a seguir contractualmente vinculado en condiciones más gravosas que las pactadas y, además, directamente relacionadas con el precio de las viviendas al que se aplicaban los anticipos cuya devolución garantizaba el banco codemandado».

²¹ Sobre el retraso como causa de resolución del contrato de compraventa, *cfr.*, entre otros, LÓPEZ SAN LUIS, R. (2017). Responsabilidad de los garantes..., *op. cit.*, 2360-2363.

²² Sobre el aumento de demandas de resolución contractual y reclamaciones de cantidades anticipadas en el periodo de crisis económica, a partir de 2007, cuando las viviendas que antes se habían adquirido sobre plano ya se vio que habían perdido valor, así como por las dificultades financieras que afrontaron de forma sobrevenida los compradores, *vid.* ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). La nueva regulación, *op. cit.*, 17-19, quien pone de manifiesto como «con carácter general, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido muy favorable a la protección de los intereses de los compradores, sobre todo frente a la posición jurídica de las entidades aseguradoras o avalistas»,¹⁸.

²³ Al respecto de esta cuestión del retraso en el cumplimiento como causa de resolución contractual, *cfr.*, entre otros, ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). La nueva regulación, *op. cit.*, 83-86 y 88-102.

²⁴ A este respecto, no obstante, en sentencias anteriores a las nuevas previsiones de la LOE, y en aplicación y atención a lo dispuesto en la Ley 57/1968, el Tribunal Supremo

interpretó el artículo 1 de la Ley 57/68 en el sentido de que permite al comprador dirigirse simultáneamente contra el vendedor y su aseguradora para exigirles solidariamente la devolución de las cantidades anticipadas y, también, dirigirse contra el avalista o el asegurador sin tener que demandar al promotor por incumplimiento (entre otras, SSTS de 3 de julio de 2013 y 7 de mayo de 2014).

²⁵ No obstante, cabe aludir a la doctrina indicada en anterior nota por la que el Tribunal Supremo venía admitiendo que el comprador se dirigiera simultáneamente contra el vendedor y su aseguradora para exigirles solidariamente la devolución de las cantidades anticipadas y, también, dirigirse contra el avalista o el asegurador sin tener que demandar al promotor por incumplimiento (entre otras, SSTS de 3 de julio de 2013 y 7 de mayo de 2014).

²⁶ Según la STS de 23 de septiembre de 2015: «[...] Por ello podemos entender en estos casos que: i) al concertar el seguro o aval colectivo con la promotora y la percepción de las correspondientes primas, la entidad aseguradora o avalista pasaba a cubrir la eventualidad garantizada, que era la obligación de restitución de las cantidades percibidas, junto con los intereses previstos en la norma legal, referidas a la promoción o construcción a la que se refería la garantía; ii) la emisión de los correspondientes certificados o avals individuales, por la entidad aseguradora o avalista, a favor de cada uno de los compradores, legitima a estos para hacer efectivo el aval por vía ejecutiva, conforme al artículo 3 Ley 57/1968; y iii) la ausencia de los correspondientes avals individuales no impide que la obligación de restituir las cantidades entregadas, con sus intereses, quede cubierta a favor de los compradores que han concertado un contrato de compraventa y entregado esas cantidades a cuenta, al amparo de la existencia de la póliza colectiva[...]».

²⁷ No es hasta el 7 de octubre de 2015 en que entró en vigor la nueva redacción del artículo 1939 del Código civil, dada por la disposición final primera de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que se prevé que las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. Por su parte, la disposición transitoria quinta de la citada Ley 42/2015 señala: «El tiempo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, nacidas antes de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, se regirá por lo dispuesto en el artículo 1939 del Código civil»; artículo 1939 del Código civil que, a su vez indica: «La prescripción comenzada antes de la publicación de este Código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá esta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo».

²⁸ La STS de 5 de junio de 2019 en su fundamento jurídico cuarto concluye: «*Decisión de la Sala: bajo el régimen de la Ley 57/1968 el plazo de prescripción es el general del artículo 1964 del Código civil*. En trance de sentar un criterio uniforme sobre el plazo de prescripción contra la entidad aseguradora bajo el régimen de la Ley 57/1968, esta sala considera que es el general del artículo 1964 del Código civil (para el presente caso, quince años). La razón fundamental es que el artículo 1-1.ª de dicha ley prevé como garantías alternativas de la devolución de las cantidades anticipadas tanto el contrato de seguro como el aval solidario (art. 1-1.ª), y no tendría ningún sentido que el plazo de prescripción de la acción de los compradores fuese distinto —y considerablemente más corto— en el caso del seguro que en el del aval, ya que ambas formas de garantía deben ser contratadas imperativamente por el vendedor en beneficio exclusivo de los compradores y el artículo 7 de la propia Ley 57/1968 establece que los derechos de estos “tendrán el carácter de irrenunciables”».

²⁹ Esta remisión a la LCS no se previó lógicamente en la Ley 57/1968 pues la LCS es posterior; y tampoco se optó por introducir una remisión a ella cuando se dictó la LOE, en la redacción original de su disposición adicional primera que introducía ciertas modificaciones y matices a la aplicación de la Ley 57/1968.

³⁰ Sobre esta cuestión, *vid.* MARTÍN BRICEÑO, M.R. (2018). Análisis sobre la protección del adquirente..., *op. cit.*, 1971-1974.

³¹ Según esta STS de 21 de diciembre de 2015: «porque la “responsabilidad” que el artículo 1-2.ª de la Ley 57/1968 impone a las entidades de crédito desmiente su carácter de terceros ajenos a la relación entre comprador y vendedor. Antes bien, supone la imposición

legal de un especial deber de vigilancia sobre el promotor al que concede el préstamo a la construcción para que los ingresos en la única cuenta que tenga con la entidad, especialmente si provienen de particulares como en este caso, sean derivados a la cuenta especial que el promotor deberá abrir en esa misma o en otra entidad pero, en cualquier caso, constituyendo la garantía que la entidad correspondiente habrá de “exigir”. En suma, se trata de una colaboración activa de las entidades de crédito porque de otra forma [...] bastaría con recibir los ingresos de los compradores en una sola cuenta del promotor, destinada a múltiples atenciones, para que el enérgico e imperativo sistema protector de los compradores de la Ley 57/1968 perdiera toda su eficacia. [...] precisamente porque esta [la entidad bancaria demandada] supo o tuvo que saber que los compradores estaban ingresando cantidades a cuenta del precio de las viviendas de la promoción, tenía la obligación legal de abrir una cuenta especial y separada, debidamente garantizada, y por no haberlo hecho incurrió en la responsabilidad específica que establece el artículo 1-2.ª de la Ley 57/1968». Por ello, sentó la doctrina jurisprudencial siguiente: «En las compraventas de viviendas regidas por la Ley 57/1968 las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por los compradores e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad».

³² En la STS de 9 de marzo de 2016 se reiteró esa misma doctrina de la STS de 21 de diciembre de 2015 en un caso en el que la entidad de crédito receptora de las cantidades anticipadas en una cuenta común del promotor, no en la cuenta especial exigida por la Ley 57/1968, había avalado solamente una parte de esas cantidades y se oponía a responder de la otra por la inexistencia de cuenta especial y aval.

³³ La STS de 28 de febrero de 2018, por remisión y reiteración de lo señalado en la STS de 23 de noviembre de 2017, indicó: «La razón fundamental de esta jurisprudencia es que las entidades de crédito depositarias de cantidades provenientes de particulares compradores de viviendas en construcción no tienen el carácter de terceros ajenos a la relación entre comprador y promotor-vendedor, sino que deben colaborar activamente con este último a fin de asegurarse de que cumple sus obligaciones legales (de recibir los anticipos en una cuenta especial debidamente garantizada). En consecuencia, basta con que la entidad de crédito conozca o no pueda desconocer (que “supo o tuvo que saber”, según dijo literalmente dicha sentencia) que los compradores estaban ingresando cantidades a cuenta del precio de viviendas en construcción para que responda por no haber exigido del promotor la apertura de una cuenta especial, separada y debidamente garantizada. No entenderlo así y exonerar de responsabilidad a la entidad de crédito en los casos en que las cantidades se recibieran “en una sola cuenta del promotor, destinada a múltiples atenciones” privaría a los compradores de la protección que les brinda el “enérgico e imperativo” sistema de la Ley 57/1968».

1.6. Responsabilidad Civil

Obligación de indemnizar y acción directa frente al asegurador P&I

Obligation of payment and direct action against the P&I insurer

por

ELISEO SIERRA NOGUERO

*Profesor agregado de Derecho mercantil
de la Universidad Autónoma de Barcelona*

RESUMEN: Asegurado y asegurador de responsabilidad civil son solidariamente responsables frente al tercero, que además tiene legalmente reconocida acción directa contra el asegurador. La acción directa frente al asegurador P&I está reconocida en algunos Convenios internacionales de los que España es parte y en el artículo 465 Ley de navegación marítima, con carácter imperativo. También ha sido admitida previamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en una sentencia de 2009 y en la del caso «Prestige» en 2016. Sin embargo, cuando el seguro P&I está sometido a un Derecho extranjero que no la admite, como el inglés, es una cuestión pendiente de solución jurisprudencial. Pasa por considerar que la acción directa forma parte del orden público español, pues el seguro de responsabilidad civil no tiene solo por finalidad proteger el patrimonio del asegurado, sino también el resarcimiento del perjudicado, tanto en los seguros voluntarios como obligatorios.

ABSTRACT: *Insured and liability insurer have joint and several liability. Besides, damage parties have a legal right to file a direct action against the insurer to be compensated. Direct action against the P&I insurer is recognized in some international treaties of which Spain is a party and in article 465 of the 2014 Maritime Navigation Law, with imperative character. It has also been previously admitted by the case law of the Supreme Court in a judgment of 2009 and in the case of the «Prestige» case in 2016. However, when P&I insurance is subject to a foreign law that does not admit it, such as the English, it is a pending issue of jurisprudential solution. It must be considered that the direct action is part of the Spanish public order, because the civil liability insurance is not only intended to protect the assets of the insured, but also the compensation of the injured party, both in voluntary and in mandatory insurances.*

PALABRAS CLAVES: Seguro de responsabilidad civil. Acción directa. Seguro P&I.

KEY WORDS: *Insurance of civil liability. Direct action. P&I insurance.*

SUMARIO: I. SOLIDARIDAD ENTRE EL ASEGURADO Y SU ASEGURADOR DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y ACCIÓN DIRECTA DEL PERJUDICADO. RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS SEGUROS MARÍTIMOS.—II. EL SEGURO P&I Y LA ACCIÓN DIRECTA EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA. 1. CASO "SEABANK" DE 2003. SEGURO P&I COMO SEGURO DE GRANDES RIESGOS. 2. STS DE 20 DE ABRIL DE 2009. 3. CASO "PRESTIGE" DE 2016.—III. RÉGIMEN JURÍDICO.—IV. ESPECIAL REFERENCIA A LOS SEGUROS OBLIGATORIOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA NORMATIVA PARTICULAR Y LA ACCIÓN DIRECTA: 1. CONTAMINACIÓN MARÍTIMA DE HIDROCARBUROS (CLC 1992 Y CONVENIO BUNKERS 2001). 2. MUERTE O LESIONES CORPORALES DE LOS PASAJEROS POR MAR (CONVENIO DE ATENAS 2002-DIRECTRICES OMI 2006 Y REGLAMENTO CE 392/2009). 3. ABANDONO, MUERTE, DISCAPACIDAD O ENFERMEDAD DE MARINEROS DISTINTOS DE BUQUES DE PESCA (CONVENIO DE TRABAJO MARÍTIMO 2006, CON ENMIENDAS DE 2014). 4. OTRAS RECLAMACIONES DE DERECHO MARÍTIMO (ART. 254 TRLPEMM Y RD 1616/2011).—V. EJERCICIO DE LA ACCIÓN DIRECTA CONTRA EL ASEGURADOR P&I: 1. DERECHO PROPIO SUSTANTIVO Y PROCESAL DEL PERJUDICADO Y DE OTROS LEGITIMADOS ACTIVAMENTE. 2. LEGITIMACIÓN PASIVA. 3. EXCEPCIONES OPONIBLES E INOPONIBLES POR EL ASEGURADOR AL PERJUDICADO. 4. ESPECIAL REFERENCIA A LA CLÁUSULA ARBITRAL Y DE LEY APLICABLE DEL SEGURO P&I.—VI. CONCLUSIONES.—VII. JURISPRUDENCIA.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. SOLIDARIDAD ENTRE EL ASEGURADO Y SU ASEGURADOR DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y ACCIÓN DIRECTA DEL PERJUDICADO. RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS SEGUROS MARÍTIMOS

El asegurador de responsabilidad civil se obliga, de acuerdo con el art. 73 Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro (en adelante, LCS), a indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho. El Tribunal Supremo mantiene que se crea por ministerio de ley una solidaridad entre asegurador y asegurado frente al tercero (SSTS 10 de julio de 2019, y 1 de octubre de 2008, entre otras). El tercero tiene así reforzado su derecho a ser indemnizado, pues cuenta con la solvencia del asegurador. Este régimen de solidaridad se completa con el reconocimiento de la acción directa del tercero perjudicado frente al asegurador del presuntamente responsable (art. 76 LCS): podrá exigirle la indemnización, incluso judicialmente, antes de que la responsabilidad civil del asegurado sea reconocida o declarada judicialmente. Con todo, es claro que si no se imputa responsabilidad civil al asegurado, tampoco hay cobertura de su asegurador de responsabilidad civil.

La responsabilidad civil derivada del ejercicio de la navegación marítima es un interés asegurable de gran tradición en la marina mercante¹. Cubre el riesgo de que el armador y/o el naviero deban indemnizar, como responsables civiles, a un tercero por los daños y perjuicios ocasionados. Por ejemplo, como responsables por daños en las mercancías transportadas, a los pasajeros a bordo, a los marineros enrolados, por contaminación imputable al buque, por abordaje a otro buque, por colisiones con elementos fijos portuarios y otras reclamaciones de Derecho marítimo de diferente naturaleza. Normalmente, el armador del buque mercante contrata un seguro de buques (que ofrece una limitada cobertura de responsabilidad civil por abordajes y choques, por salvamento y avería gruesa²) y el denominado seguro de protección e indemnización (en adelante, seguro P&I). El fletador de buques también puede contratar un seguro P&I por las

responsabilidades civiles que puede asumir. Por tradición desde el siglo XIX, en el sector marítimo, los seguros de responsabilidad civil son los seguros P&I. A veces son ofrecidos por asociaciones mutuales de armadores y navieros con forma de club P&I; y, otras en cambio por aseguradores comerciales que utilizan también seguros P&I como producto para su clientela. En general, el seguro P&I cubre la responsabilidad civil por todos los riesgos expresamente cubiertos en las reglas del seguro y otros que el asegurador considere dentro de la cobertura (regla *Omnibus*). Asimismo, el seguro P&I cubre otros gastos y costes imprevistos por los riesgos propios de la navegación marítima, que no encajan propiamente en la responsabilidad civil³.

Los seguros P&I no son privativos de la marina mercante. Los armadores de buques de pesca suelen contratar solo un seguro de buques, pero a veces también un seguro P&I con otro asegurador o como cobertura complementaria al seguro de buques⁴. Menos habitual, en cambio, es el seguro P&I para la cobertura de la responsabilidad civil de las embarcaciones deportivas y de recreo. Lo usual es contratar un seguro obligatorio de responsabilidad civil, conforme al Real Decreto 607/1999, de 17 de abril, con un asegurador comercial y no un seguro P&I.

El Derecho español ha ido cambiando paulatinamente para regular los seguros marítimos de responsabilidad civil, pero no menciona el seguro P&I. Las normas sobre seguros marítimos del Código de Comercio, ahora derogadas y sustituidas por las normas de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de navegación marítima (en adelante, LNM)⁵, no preveían referencia alguna a los seguros marítimos de responsabilidad civil, ni tampoco por supuesto al seguro P&I, ni como interés asegurable, ni con normas específicas al respecto. Ello no impidió la difusión del seguro P&I ni otros de diferente clase que ofrecen también cobertura de riesgos marítimos de responsabilidad civil. Tampoco esta laguna era óbice para la legalidad del contrato. El Tribunal Supremo admitió que el interés del naviero⁶ en mantener la integridad de su patrimonio ante el nacimiento de deudas por las que deba responder era un interés asegurable: 1) En base a la amplitud de la fórmula de cierre del artículo 743, ordinal 8.º, del Código de Comercio, conforme a la cual aquel podía recaer sobre «*todos los objetos comerciales sujetos a riesgo de navegación cuyo valor pueda fijarse en cantidad determinada*»; y, 2) En base al imperio de la autonomía de la voluntad de los contratantes, característico de los seguros marítimos⁷.

Actualmente, el régimen jurídico español del seguro marítimo de responsabilidad civil se compone, por un lado, de la abundante normativa que exige que determinados riesgos sean cubiertos de un seguro obligatorio de responsabilidad civil. La mayoría de estas normas «particulares» o «especiales», de origen internacional, comunitario o estatal, ya estaban vigentes junto con las normas de seguros marítimos del Código de Comercio y siguen en vigor con la LNM.

Por otro lado, las novedosas normas de los seguros de responsabilidad civil de la LNM son de aplicación general, esto es, se aplican a toda clase de seguro que tiene por objeto indemnizar los daños producidos por los riesgos propios de la navegación marítima (art. 406.1 LNM). Pueden ser seguros de responsabilidad civil, pero también coberturas del riesgo de nacimiento de determinadas obligaciones de indemnizar a terceros en seguros marítimos de otra clase (art. 463 LNM). Un ejemplo paradigmático de esto último es la citada cobertura de una parte de los riesgos de responsabilidad civil por abordaje en el seguro de buques, mencionado en el artículo 443 LNM.

La dualidad entre seguros obligatorios y seguros voluntarios de responsabilidad civil no se plasma en la contratación de varios seguros, sino en la contrata-

ción de un único producto, con múltiples coberturas. Puede ser el citado seguro P&I u otra clase de seguro de responsabilidad civil. De esta forma, el armador cumple con sus obligaciones legales de aseguramiento, al tiempo que satisface su interés patrimonial en protegerse frente a los riesgos de la navegación marítima.

II. EL SEGURO P&I Y LA ACCIÓN DIRECTA EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Especial referencia merece la naturaleza jurídica del seguro P&I que, como hemos avanzado, la LNM no menciona expresamente. Este vacío normativo obliga a la calificación del contrato para determinar si encaja o no en la regulación de los seguros marítimos de responsabilidad civil, a efectos de desencadenar la aplicación de sus normas a estos contratos. La respuesta es positiva, pues el asegurador P&I cubre la responsabilidad civil derivada del ejercicio de la navegación marítima del asegurado, junto con coberturas de diferente naturaleza (gastos imprevistos, ciertas multas, etc.).

Tampoco la normativa internacional y comunitaria que impone los seguros obligatorios de responsabilidad civil por riesgos marítimos cita expresamente el seguro P&I. Por ejemplo, los convenios internacionales auspiciados por la Organización Marítima Internacional (en adelante, OMI) imponen la contratación de un seguro obligatorio para determinados riesgos, como la contaminación de hidrocarburos o la muerte o lesiones corporales de los pasajeros, pero no se refieren expresamente al seguro P&I. Sin embargo, en el seno de la OMI participa el Grupo Internacional de Clubs P&I, y, en la práctica, el seguro P&I es la forma usual de cumplir con las diferentes coberturas obligatorias que imponen respectivamente cada convenio OMI. Este vacío normativo ha sido suplido parcialmente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por la LNM. Analizamos a continuación las principales sentencias del Alto Tribunal y, luego, el régimen de Derecho positivo.

1. CASO «SEABANK» DE 2003. SEGURO P&I COMO SEGURO DE GRANDES RIESGOS

El Tribunal Supremo, en 2003, con la sentencia del caso del buque «Seabank»⁸, calificó el seguro P&I como un seguro de responsabilidad civil del naviero y reconoce sus especificidades contractuales como un seguro de indemnización efectiva y no de nacimiento de deuda. En concreto, señaló que: *«el contrato de seguro es del tipo llamado de protección e indemnización conocido como seguro P&I (protection and indemnity), carente de regulación positiva en Derecho español, seguro de responsabilidad civil del naviero, como seguro de base mutualista, en el que los propios armadores o personas relacionadas, se organizan mediante clubs para darse cobertura entre sí mismos, sometidos a la legislación del país en que se han constituido, siendo válida la sumisión a una legislación determinada, que suele ser la inglesa y válida asimismo la cláusula de arbitraje en Londres, también usual: ambas figuran en el contrato de seguro del presente caso. En este tipo de seguro, el riesgo asegurado es la responsabilidad que genera el daño que pueda causar a tercero, no en el sentido de que le cubren aquella indemnización que deba pagar, sino que le satisfacen aquella indemnización que ya ha tenido que pagar al tercero, de aquí que no contemple siquiera la posibilidad de acción directa del tercero frente a la aseguradora. No es el clásico seguro de responsabilidad civil, sino el seguro de*

indemnización efectiva, que cubre al asegurado el quebranto patrimonial sufrido por haber indemnizado al tercero»⁹.

Los párrafos transcritos han sido reproducidos por numerosas sentencias de tribunales inferiores y por el Tribunal Supremo en 2016, en el caso «Prestige», que sin embargo llega a una solución distinta al caso «Seabank» y admite la acción directa.

El caso «Seabank» versaba sobre una «reclamación de carga» tan habitual en la práctica, esto es, de daños en las mercancías transportadas, donde el asegurador de mercancía abona su importe, se subroga en los derechos del fletador y repite contra el transportista y su club P&I. El Tribunal Supremo consideró que era oponible al demandante la cláusula arbitral del contrato de fletamento pactada por el fletador asegurado, también incluida en el seguro P&I.

La doctrina del caso «Seabank» ha tenido una clara influencia posterior en el abandono de acciones directas en reclamaciones de carga y, además, ha sido aplicada por la jurisprudencia menor a reclamaciones de perjudicados de muy diversa naturaleza jurídica a los daños en las mercancías. El resultado ha sido claramente insatisfactorio y lesivo para la protección de los terceros perjudicados por la responsabilidad del asegurado P&I. Así, los tribunales han negado acción directa a pasajeros que han sufrido daños a bordo¹⁰ o, reiteradamente, a marineros a bordo que sufren un accidente de trabajo¹¹. También ha sido utilizada para negar acción directa al asegurador P&I en supuestos de abordajes entre buques¹² o contra el asegurador del remolcador causante del hundimiento de la pontona que remolcaba¹³. El fundamento ha sido la configuración del seguro P&I como un seguro de indemnización efectiva (regla de pago previo), sometido a un derecho extranjero que tampoco reconoce acción directa. Así, conforme al Derecho inglés, habitual en los seguros P&I, se admite la configuración del seguro P&I como de indemnización efectiva y se niega la acción directa al tercero (casos «The Fanti» y «Padre Island núm. 2»¹⁴). También se ha negado, como en el caso «Seabank», la aplicación de la acción directa del artículo 76 LCS, a los seguros marítimos.

El fundamento utilizado tanto por el Tribunal Supremo, como por la jurisprudencia menor, es que los seguros marítimos son «seguros de grandes riesgos». La calificación de los seguros marítimos, incluido el seguro de responsabilidad civil de vehículos marítimos (comprendida la responsabilidad civil del transportista), resulta del ordenamiento comunitario (art. 13.27 y Anexo 1.A.12 Directiva 2009/138/CE, de 25 de noviembre)¹⁵, como, por incorporación, también del Derecho español (art. 11 Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, en adelante, LOSSEAR)¹⁶. La calificación como seguros de grandes riesgos, ha sido ampliamente reconocida por la jurisprudencia¹⁷ y por la doctrina¹⁸, pues el tenor literal de la norma admite pocas dudas interpretativas.

La razón original de esta calificación como seguros de grandes riesgos es proteger la autonomía de la voluntad en contratos donde se considera que «*el tomador no requiere de una tutela especial por parte de la ley ni de las autoridades administrativas (...) es conveniente dotar a dicho mercado, en lo referente a los grandes riesgos, de una mayor libertad de contratación, situando el principio de la autonomía de la voluntad en lugar preferente, tal y como el legislador español reconoció al seguro marítimo al no derogar los artículos 737 y siguientes del Código de Comercio, con motivo de la promulgación de la Ley de contrato de seguro*» (exposición de motivos de la derogada Ley 21/1990, de 19 de diciembre, que incorpora al Derecho español la derogada Directiva 88/357/CEE).

La voluntad de respetar la autonomía de la voluntad de los contratantes de seguros de grandes riesgos se ha plasmado, al menos, en tres efectos legales: 1) Las normas tienen preferentemente carácter dispositivo (art. 407.1 LNM y 2 y 44 Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, en adelante, LCS)¹⁹; 2) En los seguros marítimos son válidos los acuerdos de jurisdicción contenidos en seguros que cubran toda responsabilidad, con excepción de la derivada de los daños corporales a los pasajeros o de los daños a sus equipajes, resultante de la utilización o la explotación de los buques (art. 16 Reglamento UE 1215/2012); y, 3) Los contratantes tienen libertad de elegir el derecho nacional que se aplica a su contrato de seguro de grandes riesgos [art. 7.2 Reglamento (CE) 593/2008, de 17 de junio, de ley aplicable a las obligaciones contractuales, en adelante, Roma I, y art. 107.2 LCS].

Como puede verse, no es el propósito del legislador comunitario y español dotar al asegurador de grandes riesgos de un blindaje frente a las acciones directas de los terceros perjudicados por los actos del asegurado responsable, sin embargo, el resultado jurisprudencial ha sido este: se considera oponible al tercero perjudicado una cláusula contractual (regla del pago previo) y otra de ley aplicable (sumisión al Derecho inglés), que permiten al asegurador no pagar la indemnización si el asegurado no paga previamente. Si este no abona la indemnización, el tercero perjudicado queda frustrado, mientras que la aseguradora P&I sí ha percibido las primas.

2. LA STS DE 20 DE ABRIL DE 2009

El Tribunal Supremo, en cambio, admitió la acción directa contra el asegurador P&I en una sentencia de 2009. Se trataba de un supuesto de fallecimiento de un trabajador por naufragio de un buque de pesca, planteando sus herederos una reclamación contra la empresa armadora y su asegurador P&I, que se mantuvo ajena al proceso en primera instancia. El Tribunal Supremo condenó al asegurador P&I por considerar que *«era la recurrente la que aseguraba la responsabilidad civil de la naviera y la propietaria del buque hundido o de alguna de las dos, la consecuencia jurídica del reconocimiento a favor de los perjudicados (...) de una acción directa contra quien había asumido la de su asegurada y había quedado obligada a pagar la indemnización debida por la misma – artículo 73 LCS, de aplicación supletoria al seguro marítimo, conforme al artículo 2 de la misma Ley»*²⁰. Esta sentencia reitera que el seguro P&I es un seguro de responsabilidad civil y no se detiene en la configuración contractual del seguro P&I como de indemnización efectiva —no consta que se hubiera alegado para oponerse a la acción directa—. La novedad esencial con respecto al caso «Seabank» es que considera aplicable la acción directa de la LCS, de aplicación supletoria.

3. EL CASO "PRESTIGE" DE 2016

En 2016, el Tribunal Supremo, ahora la Sala de lo Penal, al dictar la sentencia sobre la responsabilidad penal y civil por la contaminación de hidrocarburos causada por el buque «Prestige»²¹, ha confirmado la viabilidad de la acción directa contra el asegurador P&I. El Tribunal Supremo reproduce la doctrina del caso «Seabank»: *«Se tratan de seguros de responsabilidad civil del naviero, como segu-*

ros de base mutualista, en los que los propios armadores o personas relacionadas se organizan mediante clubs para darse cobertura entre sí mismos, sometidos a la legislación del país en que se han constituido, siendo válida la sumisión a una legislación determinada. En este tipo de seguro, el riesgo asegurado es la responsabilidad que genera el daño que se pueda causar a tercero, en el sentido de que satisfacen aquella indemnización que ya se ha tenido que pagar al tercero, respecto al que no contemplan acción directa, con el devastador efecto que ello supone para los perjudicados». Sin embargo, ello no es suficiente, estima el Alto Tribunal, para blindar al asegurador frente a la acción directa del tercero perjudicado. La configuración contractual del seguro P&I como de indemnización efectiva tiene un «devastador efecto» sobre los terceros perjudicados, y resulta inhábil para privar al tercero de su derecho legal a interponer la acción directa contra el asegurador del responsable civil.

El Tribunal Supremo comparte la línea interpretativa de la sentencia de 2009 y crea jurisprudencia al estimar que sí cabe acción directa contra el asegurador P&I, por las siguientes razones:

1.º. El asegurador P&I cubre la responsabilidad civil. El Alto Tribunal considera acreditado que el club P&I «*cubría como riesgo asegurado la producción de daños por contaminación en el ámbito de la explotación del buque (...), lo que incluye los derivados de actos ilícitos cometidos por sus empleados en el desarrollo de esa actividad*».

2.º. El club P&I no ha alegado «*ninguna otra causa de oposición a su obligación de indemnizar que pudiera excusar la misma, por lo que a ella incumbe soportar las consecuencias de su comportamiento procesal, máxime cuando de pronunciamientos relativos a la responsabilidad civil se trata. Además su actuación al constituir el fondo de garantía previsto en el CLC 92 en principio desborda los perfiles tradicionales de los seguros P&I, en cuanto que no se ha limitado a restituir a la asegurada el pago que ella hubiera hecho (pay to be paid), sino que ha efectuado el desembolso para hacer frente a las acciones directas de los perjudicados*».

3.º. Como seguro de responsabilidad civil, es aplicable la acción directa del artículo 76 LCS. Menciona también la novedad legislativa de la acción directa reconocida en el artículo 467 LNM (*sic* 465), aunque recuerda que no es aplicable al caso por haber ocurrido el siniestro con anterioridad. En este supuesto, con connotaciones penales, además, es aplicable también el artículo 117 del Código Penal.

En conclusión, el Alto Tribunal condena al club P&I como responsable civil directo hasta el límite de la indemnización prevista en el contrato de seguro P&I (1000 millones de dólares). Ha de observarse que, sorprendentemente, el Tribunal Supremo no aplica la acción directa prevista en el artículo VII CLC 1992. Se trata de uno de los supuestos de los Convenios OMI donde la acción directa está expresamente prevista y admitida, también por los propios clubs P&I en sus reglas de seguro.

En este contexto jurisprudencial, entra en vigor la LNM, con sus novedosas normas sobre el seguro marítimo de responsabilidad civil y el reconocimiento de la acción directa contra el asegurador, sin que quepa pacto contractual en contrario (art. 465), que se analiza a continuación.

III. RÉGIMEN JURÍDICO

En Derecho español, tras la entrada en vigor de la LNM, la configuración de los seguros P&I como de indemnización efectiva han de entenderse inválidos e ineficaces. Ello por decisión del legislador de vetar cualquier condición contractual del seguro que tenga por efecto restringir el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del asegurador.

En particular, la responsabilidad civil por el ejercicio de la navegación marítima es un interés asegurable (art. 409.d LNM), específico del Derecho marítimo, pero que participa de la misma naturaleza que otros seguros de responsabilidad civil. Ello es así porque el legislador marítimo no lo configura de forma distinta a la categoría general de seguros de responsabilidad civil de los artículos 73 a 76 LCS. En efecto, el régimen de Derecho marítimo se completa con las normas de la LCS, que son aplicables en lo no previsto en la LNM (art. 406.1, párrafo segundo y ap. X, exposición de motivos LNM). La jurisprudencia menor confirma esta aplicación supletoria²². La LNM responde así una de las controversias tradicionales bajo la vigencia del Código de Comercio: la aplicación o no de la LCS a los seguros marítimos, finalmente sí aceptada por el Tribunal Supremo²³.

En un seguro de nacimiento de deuda, el denominador común es la responsabilidad del asegurado para que surja la obligación de indemnizar a cargo de su asegurador de responsabilidad civil. El Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Pleno, alude a la «*dependencia estructural*» de la responsabilidad del asegurador respecto a la responsabilidad del asegurado²⁴. Significa que la responsabilidad de este asegurador está condicionada a la existencia de responsabilidad civil del asegurado²⁵; el nacimiento de la obligación de resarcimiento a cargo del asegurador depende que el hecho causante del daño sea imputable al asegurado. Por el contrario, la inexistencia de responsabilidad civil del asegurado por el daño causado determina la inexistencia también de la obligación de indemnizar a cargo de su asegurador de responsabilidad civil.

La LNM expresa en diferentes artículos esta misma configuración legal del seguro de responsabilidad civil como un seguro de nacimiento de deuda. Por un lado, el interés asegurable es la «responsabilidad civil derivada del ejercicio de la navegación» (art. 409.d LNM), no el mero ejercicio de la navegación. No se trata de un seguro de accidentes, como el seguro obligatorio de viajeros, donde producido el daño hay obligación de indemnizar. Por otro lado, el artículo 463 LNM señala que el asegurado obtiene «coberturas del riesgo de nacimiento de determinadas obligaciones de indemnizar a terceros» (art. 463 LNM), tampoco por simplemente ejercer la navegación marítima. Más claro aún es el artículo 465 LNM al señalar que «*la obligación del asegurador de indemnizar en esta clase de seguros existe desde que surge la responsabilidad de su asegurado ante el tercero perjudicado*». Por consiguiente, de acuerdo con el artículo 465 LNM, ningún contrato de seguro marítimo de responsabilidad civil, sujeto a Derecho español, puede incluir la cláusula de pago previo u otro término contractual que condicione la indemnización a otro hecho que no sea la declaración de responsabilidad del asegurado. Estas cláusulas son ilegales e inválidas en Derecho español.

Asimismo, el legislador marítimo completa este régimen jurídico con el reconocimiento específico de la acción directa del perjudicado. Está reconocida con carácter indisponible convencionalmente en el artículo 465 LNM: «*Este último (sic el perjudicado) tendrá acción directa contra el asegurador para exigirle el*

cumplimiento de su obligación. Será inválido cualquier pacto contractual que altere lo dispuesto en este artículo».

IV. ESPECIAL REFERENCIA A LOS SEGUROS OBLIGATORIOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA NORMATIVA PARTICULAR Y LA ACCIÓN DIRECTA

Analizamos a continuación el régimen del seguro obligatorio y, en su caso, la acción directa, en las normativas especiales.

1. CONTAMINACIÓN MARÍTIMA DE HIDROCARBUROS (CLC 1992 Y CONVENIO BUNKERS 2001)

Se trata de una de las coberturas más tradicionales de los clubs P&I. El naufragio del buque petrolero «Torrey Canyon» delante de la costa sudoeste de Inglaterra en 1967 produjo un gran desastre medioambiental y también despertó la conciencia de los Estados y de los ciudadanos frente a un nuevo tipo de problema derivado del tráfico marítimo masivo de hidrocarburos. Nació así la idea de implantar un seguro obligatorio para este riesgo, que se manifestó en la adopción del Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos de 1969 (CLC 1969), pactado en el seno de la OMI y ratificado por España en 1976²⁶. Su artículo VII impone el seguro obligatorio de responsabilidad civil u otra garantía financiera al propietario del buque y reconoce al perjudicado acción directa contra el asegurador. El Protocolo de 1992 al Convenio Internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos 1969 (CLC 1992)²⁷, mantiene estos preceptos. El seguro obligatorio del CLC 1992 en caso de contaminación de hidrocarburos rige específicamente para buques petroleros que transporten más de 2000 toneladas de hidrocarburos como carga y entren dentro de su ámbito de aplicación.

El CLC 1992 garantiza una indemnización a las personas que sufran daños debidos a contaminación resultante de fugas o descargas de hidrocarburos transportados a granel por la vía marítima. El buque asegurado es el petrolero. En cambio, el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos para combustible de los buques (en adelante, Convenio Bunkers 2001), ratificado por España en 2008²⁸, tiene un ámbito de aplicación diferente. Garantiza la indemnización de los daños causados por hidrocarburos de origen mineral, incluidos los lubricantes, utilizados o que se vayan a utilizar para la explotación o propulsión del buque y todo residuo de los mismos (arts. 1.5 y 3). Se trata del combustible de los buques que no transportan hidrocarburos a granel, pues los daños por combustible de los petroleros siguen el CLC 1992.

El artículo 7 del Convenio Bunkers 2001 incluye una fórmula similar a la del CLC 1992, de seguro obligatorio de responsabilidad civil y acción directa. En particular, el seguro obligatorio del Convenio Bunkers 2001 en caso de contaminación de hidrocarburos para combustible se aplica a cualquier buque no petrolero con un tonelaje superior a 1000 y que entre dentro de su ámbito de aplicación.

Además de estos convenios, ambos vigentes en España, el artículo 389 LNM exige la contratación del que denomina «*seguro obligatorio de responsabilidad civil por daños por contaminación de las costas y aguas navegables*». En reali-

dad, es una categoría general que agrupa distintos tipos de seguros obligatorios, según la fuente de contaminación. Realmente los únicos vigentes en la actualidad son aquellos resultantes de la contaminación marítima por hidrocarburos. En cambio, no está en vigor el Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas de 1996 (Convenio SNP o, en inglés, *HNS Convention*), que impone al propietario de estos buques la contratación de un seguro de responsabilidad civil u otra garantía financiera y reconoce la acción directa del perjudicado frente al asegurador (art. 12). El Convenio modificado por el Protocolo de 2010 tampoco ha logrado el número de ratificaciones necesarias en el ámbito internacional. Asimismo, en transposición de la Directiva 2004/35/CE en España, la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental, requiere que los operadores transportando por carretera, tren, río, lago o mar mercancías peligrosas o contaminantes mantengan un seguro u otra garantía financiera para cubrir su responsabilidad medioambiental derivada de esta ley (art. 26), pero no ha sido objeto todavía de desarrollo reglamentario²⁹, a diferencia de otros operadores para los que ya es exigible.

España tampoco es parte del Convenio internacional de Nairobi de 2007, sobre la remoción de restos de un naufragio (Convenio de Nairobi 2007), que también impone un seguro obligatorio para hacer frente a la responsabilidad y costes de esta operación. A diferencia del Convenio HNS, sí está en vigor; desde el 14 de abril de 2015. Se trata de otro de los Convenios OMI que incluyen la cláusula-tipo de seguro obligatorio y acción directa.

En la práctica, los operadores necesitan estabilidad para desarrollar su negocio y no depender de si una cobertura es o no obligatoria en un país y en otro no. Esta inseguridad jurídica la suple el mercado asegurador, ofreciendo un producto de seguro muy completo, que se extiende no solo a las coberturas obligatorias, sino también a otras de responsabilidad civil de interés para el armador. Así, el seguro P&I estándar ofrecido por los clubs P&I del Grupo Internacional contiene coberturas de responsabilidad civil no solo por la contaminación de hidrocarburos, sino por otras sustancias de naturaleza distinta, así como por responsabilidad civil por la remoción de pecios.

2. MUERTE O LESIONES CORPORALES DE LOS PASAJEROS POR MAR (CONVENIO DE ATENAS 2002-DIRECTRICES OMI 2006 Y REGLAMENTO CE 392/2009)

Los buques de pasaje han de disponer de un seguro obligatorio de responsabilidad civil que sea conforme a la normativa vigente. En concreto, el artículo 300 LNM exige la contratación de un seguro obligatorio de responsabilidad civil por la muerte o lesiones corporales de los pasajeros por mar, pero remite a «*lo que establezcan los Convenios internacionales y las normas de la Unión Europea*». Estas normas particulares tienen carácter preferente sobre lo dispuesto en la LNM (art. 464 LNM).

En particular, en 2015, España ratificó el Convenio internacional relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar de 1974, modificado por Protocolo 2002 (en adelante, Convenio de Atenas 2002)³⁰. Su artículo 4 *bis* exige al porteador efectivo la contratación de un seguro o garantía obligatoria para el supuesto de muerte o lesiones corporales del pasajero. Antes incluso de la ratificación de España, como Estado parte de la Unión Europea, se aplica directamente el Reglamento (CE) 392/2009, en vigor desde 2013, que incorpora al acervo comu-

nitario el Convenio de Atenas 2002, junto con la Reserva y Directrices OMI de 2006, y extiende las exigencias al cabotaje nacional en buque de clase A (desde 2017) y de clase B (desde 2019), particularmente, sobre el seguro obligatorio y la acción directa (art. 4 bis)³¹.

La Reserva y Directrices de 2006 de la OMI para la implementación del Convenio de Atenas 2002 exigen un seguro o garantía financiera para riesgos de no guerra y para riesgos de guerra y terrorismo. Ambos textos han sido ratificados por España y se aplican al transporte internacional³².

Los buques de pasaje no sometidos al seguro obligatorio del artículo 300 LNM, pueden contratar voluntariamente un seguro de responsabilidad civil para este riesgo. Esta cobertura de los buques de pasaje la vienen ofreciendo aseguradores comerciales y, para *ferrys* de gran tamaño y cruceros, principalmente los clubes P&I del Grupo Internacional. Los de menor tamaño pueden ser asegurados en el mercado alternativo, con clubs distintos y algunos aseguradores comerciales.

En todo caso, la aprobación del Reglamento (CE) 392/2009 no ha supuesto la derogación del seguro obligatorio de viajeros impuesto por el RD 1575/1989, de 22 de diciembre, que se mantiene hasta que no sea expresamente derogado³³. Ambos son compatibles.

3. ABANDONO, MUERTE, DISCAPACIDAD O ENFERMEDAD DE MARINEROS DISTINTOS DE BUQUES DE PESCA (CONVENIO DE TRABAJO MARÍTIMO 2006, CON ENMIENDAS DE 2014)

Una de las novedades más importantes que se han producido desde la aprobación y entrada en vigor de la LNM ha sido la implementación de un seguro o garantía obligatoria para cubrir determinados gastos y responsabilidad civil del armador frente a los marineros enrolados en buques de Estados parte del Convenio de Trabajo Marítimo de 2006 (en adelante, CMT). Siendo un tema muy sensible, falta su extensión a los marineros de buques de pesca, de tanta difusión en España.

En particular, el CTM, promovido por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), fue modificado por las enmiendas de 2014, que entraron en vigor en 2017. España es parte del CTM y de estas enmiendas³⁴, que disponen que es preceptivo que el buque de un Estado parte disponga de un sistema de garantía financiera que cumpla los requisitos estipulados en la presente norma. Se trata en realidad de dos garantías para cubrir dos hipótesis distintas. En ambos casos, el sistema de garantía financiera podrá consistir en un régimen de seguridad social, un seguro o un fondo nacional u otro sistema similar. Esta garantía se prueba con un certificado a bordo emitido por el proveedor.

Por un lado, el armador ha de llevar a bordo un certificado que acredite que dispone de una garantía o seguro obligatorio que cubra los costes, gastos y salarios pendientes en caso de abandono de la dotación (Regla 2.5, Norma A2.5.1 y Norma A2.5.2).

Por otro lado, el mismo buque deberá llevar a bordo otro certificado similar que acredite la existencia de una garantía que cubra la responsabilidad contractual del armador por reclamaciones contractuales del marinero, esto es, por muerte, discapacidad prolongada, enfermedad o riesgos profesional (Regla 4.2, Norma A4.2.1 y Norma A4.2.2).

Acostumbrados a la redacción uniforme del seguro obligatorio y acción directa en los Convenios OMI, el tenor de las enmiendas de 2014 al CMT revelan que

se trata de un redactor distinto, aquí es la OIT. Sin embargo, la acción directa o el derecho del marinero a reclamar el cobro de los gastos, salarios o indemnizaciones al proveedor es posible. Así lo reconocen los clubs P&I que emiten estos certificados y que admiten en virtud de dicha emisión el pago directo a los marineros³⁵. También el propio CMT lo deja meridianamente claro: en caso de abandono «*la asistencia prevista por el sistema de garantía financiera deberá prestarse sin demora a solicitud de la gente de mar o de su representante designado*» (norma A2.5.2.8). En caso de responsabilidad contractual del armador, «*La garantía financiera deberá prever el pago de todas las reclamaciones contractuales incluidas en su cobertura que se presenten durante el periodo de validez del documento*» (norma A4.2.10). Asimismo, las enmiendas prevén modelos de los pagos que realice el proveedor de la garantía financiera al marinero afectado.

Las reglas de los clubs P&I del Grupo Internacional ofrecen, incluso coberturas más amplias que las exigidas en el CTM, pues cubre la responsabilidad del armador más amplia, para pagar daños o compensación por muerte o lesiones personales de cualquier marinero embarcado a bordo, así como gastos de hospitalización, funeral y repatriación, siempre y cuando no estén cubiertos por la legislación del pabellón del buque (seguros de accidentes de trabajo, Seguridad Social, etc.).

4. OTRAS RECLAMACIONES DE DERECHO MARÍTIMO (ART. 254 TRLPEMM Y RD 1616/2011)

El artículo 78 de la derogada Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (en adelante, LPEMM), impuso el seguro marítimo de responsabilidad civil obligatorio para los buques civiles españoles y a los buques extranjeros que navegasen en aguas españolas. A diferencia de los Convenios OMI, la LPEMM no reconocía ningún tipo de acción directa contra el asegurador.

En 2011, el artículo 254 del vigente texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y la Marina Mercante (en adelante, TRLPEMM), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, reitera la exigencia del seguro obligatorio del anterior artículo 78 LPEMM, que sustituye y deroga.

En desarrollo del artículo 254 TRLPEMM, se adoptó el Real Decreto 1616/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula el seguro de los propietarios de los buques civiles para reclamaciones de derecho marítimo. En concreto, el propietario registral, el arrendatario a casco desnudo u otra persona responsable de la explotación de buques de 300 o más toneladas de arqueo bruto que enarbolan el pabellón español y los extranjeros en el mar territorial español han de disponer de un seguro de responsabilidad civil que cubra las reclamaciones de derecho marítimo previstas en el Convenio sobre limitación de responsabilidad por créditos marítimos de 1976, modificado por el Protocolo de 1996 (en adelante, Convenio LLMC). Este seguro obligatorio es el más general de los seguros de responsabilidades civiles marítimas, pues cubre la práctica totalidad de los buques mercantes, pues estos tienen normalmente más de 300 toneladas de arqueo bruto. La misma obligación de aseguramiento es aplicable a los buques de recreo, pesqueros, de puerto y cualesquiera otros de 300 o más toneladas de arqueo bruto. Sin embargo, estas embarcaciones suelen ser más pequeñas y no se rigen por el Real Decreto 1616/2011.

El Real Decreto 1616/2011 también se dicta en transposición de la Directiva 2009/20/CE y en cumplimiento de la Resolución 898/21 de la Asamblea de

la OMI. A diferencia de la LNM, los Convenios OMI y el CTM, el artículo 254 TRLPEMM, el Real Decreto 1616/2011 y la Directiva 2009/20/CE no contempla la acción directa contra el asegurador³⁶. Sin embargo, la LNM no excluye estos contratos de su condición de seguros marítimos y entran dentro de su ámbito de aplicación (art. 406.1), incluida la acción directa del artículo 465 LNM.

V. EJERCICIO DE LA ACCIÓN DIRECTA CONTRA EL ASEGURADOR P&I

1. DERECHO PROPIO SUSTANTIVO Y PROCESAL DEL PERJUDICADO Y DE OTROS LEGITIMADOS ACTIVAMENTE

El artículo 465 LNM señala que la obligación de indemnizar a cargo del asegurador existe desde que surge la responsabilidad de su asegurado ante el tercero perjudicado. Si esta norma no se completase con la acción directa, se produciría la indeseada situación de que el perjudicado tendría primero que obtener la declaración de responsabilidad del asegurado y, luego, entablar otra acción judicial contra su asegurador si aquel no pagase voluntariamente. La acción directa es, sobre todo, un mecanismo de economía procesal, pues permite demandar al asegurador de responsabilidad civil del presunto responsable, antes de que sea imputada judicialmente la responsabilidad civil al asegurado. El Tribunal Supremo mantiene que la acción directa *«implica un derecho propio —sustantivo y procesal— del perjudicado frente al asegurador, con el propósito, de una parte, de un rescacimiento más rápido»*³⁷.

La acción directa, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, *«es una acción autónoma e independiente de la acción que el tercero perjudicado tiene contra el asegurado y se configura como un derecho de origen legal que tiene como finalidad la satisfacción del daño producido al tercero perjudicado»*³⁸. La acción directa surge frente a cualquier responsabilidad del asegurado, sea de naturaleza contractual o extracontractual. No obstante, ha de tratarse de una responsabilidad cubierta por el contrato de seguro específico, pues de otro modo no hay cobertura, ni responsabilidad directa del asegurador ni frente al asegurado ni frente al tercero. En el caso concreto de los seguros marítimos de responsabilidad civil, hay diversas fuentes legales: la LNM, la LCS y la normativa sobre seguros obligatorios de responsabilidad civil, para ciertas categorías específicas de perjudicados.

El artículo 465 LNM dispone que el «tercero perjudicado» por la responsabilidad del asegurado tiene acción directa contra el asegurador. Los Convenios OMI (CLC 1992, Bunkers 2001 y Convenio de Atenas 2002) aún son más abiertos, al usar el reflexivo: (*«Podrá promoverse una reclamación»*). Se opta por no identificar qué tipo de perjudicados, podrá serlo quien haya sufrido daños personales o materiales de los cuales sea responsable civil el asegurado. Como resultado, de un mismo incidente puede el asegurador venir obligado a pagar a varios perjudicados. Tampoco debe excluirse que reclame quien se haya subrogado en los derechos del tercer perjudicado. Por ejemplo, la aseguradora de las mercancías dañadas a bordo y que haya adelantado la indemnización al propietario, puede formular la acción directa contra el asegurador del responsable civil si la subrogación es posible bajo el derecho nacional aplicable a dicha acción³⁹. En España, la subrogación sería posible conforme a la aplicación supletoria del artículo 43 LCS.

El ejercicio de la acción directa generalmente tiene lugar después de un periodo de negociaciones. Las conversaciones pueden ser realizadas por la propia

aseguradora, ya que el seguro generalmente incluye defensa legal⁴⁰. Quienes no aceptan la resolución extrajudicial, normalmente confidencial, tienen el derecho de presentar una demanda contra la aseguradora. Hoy en día, las acciones de clase de un grupo de personas lesionadas son bastante comunes.

2. LEGITIMACIÓN PASIVA

El artículo 72 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil (LEC), admite la acumulación subjetiva de acciones en un mismo proceso, como ocurre habitualmente en las acciones dirigidas tanto frente al presunto responsable asegurado como frente a su asegurador de responsabilidad civil.

La lectura del artículo 465 LNM y de la normativa sectorial que reconoce la acción directa tiene un punto en común: no exige que la acción directa del tercero perjudicado se acumule en la acción que este tenga contra el asegurado presuntamente responsable del daño. En los Convenios OMI, se reconoce el derecho del asegurador a exigir que el asegurado concorra con él en el procedimiento (arts. 7.8 CLC 1992, 7.10 Convenio Bunkers 2001 y 4 bis 10 Convenio de Atenas 2002). En los demás casos no previstos, el asegurado que no haya sido demandado en el procedimiento, quizá por decisión estratégica del perjudicado, podría ser obligado a comparecer como codemandado si el asegurador invoca la intervención forzada del asegurado en juicio (art. 14 LEC). También podría intervenir voluntariamente quien no haya sido demandado (art. 13.1 LEC).

La acción directa contra el asegurador se configura legalmente con autonomía respecto de la acción que el tercero perjudicado tenga contra el asegurado. La jurisprudencia del Alto Tribunal puntualiza que *«El derecho del tercero a exigir del asegurador la obligación de indemnizar no es el mismo que el que tiene dicho tercero para exigir la indemnización del asegurado, causante del daño. Es decir, el perjudicado tiene dos derechos a los que corresponden en el lado pasivo dos obligaciones diferentes: «la del asegurado causante del daño (que nace del hecho ilícito en el ámbito extracontractual o el contractual) y la del asegurador (que también surge de ese mismo hecho ilícito, pero que presupone la existencia de un contrato de seguro y que está sometida al régimen especial del artículo 76)»*⁴¹. Asegurado y asegurador de responsabilidad civil, si hay imputación de responsabilidad, están obligados solidariamente a indemnizar al perjudicado. Por ello, no hay un litisconsorcio pasivo necesario entre el asegurado y el asegurador. El tercero puede interponer la acción (directa) única y exclusivamente contra el asegurador o aseguradores de responsabilidad civil⁴² y no demandar en cambio al asegurado.

Este planteamiento procesal, de demandar solo al asegurador y no al asegurado, es realmente excepcional en la práctica. Ello porque como se ha adelantado anteriormente es jurisprudencia consolidada al interpretar el artículo 73 LCS que la obligación del asegurador depende estructuralmente de que surja la responsabilidad civil del asegurado frente al tercero. El Tribunal Supremo lo condensa así: *«la autonomía procesal de la acción directa, en el sentido de que no hay que reclamar ni antes ni conjuntamente al asegurado, no le priva de su carácter accesorio, en el sentido de que no prosperará si no se acredita la responsabilidad del asegurado»*⁴³. Y *«la acción directa, que permite dirigirse directamente contra la aseguradora, no elude la necesidad de acreditar la responsabilidad del asegurado»*⁴⁴. De ahí que, para coordinar la reclamación, es habitual la demanda conjunta y solidaria frente al asegurado y a su asegurador⁴⁵.

3. EXCEPCIONES OPONIBLES E INOPONIBLES POR EL ASEGURADOR AL PERJUDICADO

Planteadas la acción directa frente al asegurador de responsabilidad civil, éste puede oponer tanto la falta de responsabilidad de su asegurado por los daños causados, como la ausencia de cobertura contractual de ese tipo de responsabilidad civil. El asegurador se obliga en los términos de su contrato. No obstante, determinados pactos contractuales no pueden contradecir las normas imperativamente aplicables a ese contrato, como negar la acción directa o el régimen legal de excepciones oponibles y no oponibles.

El régimen jurídico específico de las excepciones oponibles está compuesto por los artículos 466 y 467 LNM, por otras normas de la LNM y de la LCS y por el régimen específico de excepciones previsto en el artículo 4 bis 10 Convenio de Atenas 2002, artículo 7.10 Convenio Bunkers 2001 y artículo VII.8 CLC 1992).

En primer lugar, la suma asegurada en el contrato es el límite de la indemnización (art. 466). Cuando sean aplicables, las excepciones de los Convenios OMI que reconocen la acción directa para ciertas coberturas rigen con carácter preferente. En particular, la suma asegurada (que cambia según cada Convenio) es aplicable como límite de la responsabilidad del asegurador u otra persona proveedora de garantía financiera, aun cuando el asegurado no tenga derecho a limitar su responsabilidad (art. 4 bis 10 Convenio de Atenas 2002, artículo 7.10 Convenio Bunkers 2001 y art. VII.8 CLC 1992).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo indica también que *«el asegurador responde dentro de los límites del contrato y de la ley, con lo que ya tenemos una frontera ineludible para la acción directa»*⁴⁶ y que *«la obligación solo se extiende a los hechos previstos en el contrato, quedando excluida la acción directa, pues el perjudicado no puede alegar un derecho al margen del propio contrato»*⁴⁷. En concreto, la aseguradora no queda privada de la posibilidad de excepcionar las cláusulas delimitativas del riesgo, como es el capital máximo del siniestro⁴⁸.

En segundo lugar, la suma asegurada es de máximos: el asegurador no renuncia a hacer valer las limitaciones que le correspondan legalmente para restringir la indemnización en caso de siniestro. Así se le reconoce en el artículo 467 LNM, que dispone que el asegurador se beneficia de las mismas excepciones que corresponderían a su asegurado, y especialmente de las limitaciones cuantitativas de responsabilidad de que este gozase de acuerdo con la ley aplicable o el contrato del que derivase la responsabilidad. El ap. X de la exposición de motivos de la LNM aclara al respecto que el asegurador puede limitar su responsabilidad por créditos marítimos del título VII LNM (sic el Convenio LLMC) y también oponer los límites de responsabilidad que corresponden al porteador de personas o cosas a quien asegure. Los Convenios OMI reconocen también este derecho del asegurador a beneficiarse de los medios de defensa que corresponden al asegurado, *«incluidos los límites de responsabilidad»* (expresamente artículo 7.10 Convenio Bunkers 2001, mientras que el artículo VII.8 CLC 1992 y artículo 4 bis 10 Convenio de Atenas 2002 no incluye esta mención específica, pero que ha de entenderse comprendida entre los medios de defensa).

En tercer lugar, el régimen de excepciones se completa con el artículo 419 LNM, que dispone que el asegurador no responde los daños causados al interés asegurado por dolo del asegurado, sin que valga pacto en contrario⁴⁹. Los Convenios de la OMI, como la LNM, prevén también la exclusión de cobertura aseguradora en caso de dolo del asegurado (no de sus auxiliares): *«además, el (asegurador) demandado podrá hacer valer como defensa que los daños resultaron de la conducta dolosa del asegurado»* (art. 4 bis 10 Convenio de Atenas 2002, artículo 7.10 Convenio Bunkers 2001 y art. VII.8 CLC 1992).

Asimismo, por integración de lo dispuesto en el artículo 76 LCS, el asegurador puede también «oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra este».

Finalmente, el asegurador también pueden oponer al tercero perjudicado la existencia de riesgos excluidos. El artículo 418 LNM enumera una serie de riesgos excluidos de cobertura del seguro, como la guerra, la piratería, o las huelgas o cierres patronales, así como las explosiones atómicas o nucleares, las radiaciones y las contaminaciones radioactivas. Ha de recordarse el carácter dispositivo de las normas del seguro marítimo en la LNM (art. 407.1) y la necesidad que puede tener el armador o el naviero en cubrir dichos riesgos. Existe en efecto un mercado de seguros de guerra y terrorismo, donde el armador puede contratar seguros de responsabilidad civil en que pueda incurrir en situaciones de guerra y terrorismo.

De hecho, para el transporte de pasajeros por mar, la cobertura de estos riesgos es obligatoria conforme a la Reserva y Directrices OMI de 2006 para la implementación del Convenio de Atenas de 2002, incorporado por Reglamento CE 392/2009 al Derecho comunitario. El seguro P&I estándar no cubre estos riesgos de guerra y terrorismo, por los que el armador contratará otro seguro de responsabilidad civil por guerra y terrorismo para cumplir con los seguros obligatorios y poder operar, o un seguro adicional con el mismo club P&I. Lo importante es que, frente a la administración pública de matrícula del buque se acredite la cobertura de un asegurador de los riesgos marinos y de los riesgos de guerra y terrorismo. En todo caso, hay ciertos límites a esta cobertura de riesgos de guerra y terrorismo, pues la Reserva y Directrices OMI admiten la exclusión de cobertura por contaminación radiactiva y armas químicas, biológicas, bioquímicas y electromagnéticas; y, la exclusión por ataques cibernéticos así como la rescisión y exclusión automáticas en caso de guerra entre las cinco potencias.

En cuanto a las excepciones inoponibles, el asegurador «no podrá valerse de ningún otro de los medios de defensa que le hubiera sido posible invocar en una demanda incoada por el asegurado contra él» (art. 4 bis 10 Convenio de Atenas 2002, artículo 7.10 Convenio Bunkers 2001 y art. VII.8 CLC 1992). El artículo 76 LCS señala que «la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado».

4. ESPECIAL REFERENCIA A LA CLÁUSULA ARBITRAL Y DE LEY APLICABLE DEL SEGURO P&I

La Ley española no contiene normas especiales sobre la jurisdicción para conocer de la acción directa contra el asegurador de responsabilidad civil. Los tribunales suelen considerar que la jurisdicción es la misma que la que el perjudicado tiene contra el asegurado. Hay aplicaciones de este principio de «conexidad» en normativa específica, como el reglamento Roma II y el Convenio de Atenas 2002: al asegurador se le puede demandar donde se pueda demandar el asegurado.

Especial referencia sobre la oponibilidad o no al tercero merecen las habituales, cláusulas de ley aplicable y de sumisión arbitraje en los seguros P&I. Se trata de dos cláusulas normalmente predispuestas en los seguros P&I por el propio asegurador, que difícilmente podrán ser cambiadas por el asegurado si es que necesita disponer de un seguro de esta naturaleza. El asegurador intenta condensar en un foro y conforme a un derecho nacional de su interés los litigios que puedan surgir con su asegurado. Admitida la validez de la acción directa

en Derecho español en el artículo 465 LNM, con carácter imperativo, contra el asegurador de responsabilidad civil (y el asegurador P&I lo es), la cuestión es si estas cláusulas son oponibles al tercero perjudicado. La existencia de la acción directa no excluye el planteamiento de las excepciones.

En primer lugar, respecto a la cláusula de arbitraje del seguro P&I, pensamos que la solución ha de ser desestimatoria de la excepción de arbitraje en caso de acción directa. Ello es así porque mientras el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental que reconoce el artículo 24 Constitución, la sumisión a arbitraje es una manifestación de la autonomía de la voluntad. La posición consolidada del Tribunal Constitucional, en sentencias 259/93, de 20 de julio, y 176/1996, de 11 de noviembre, vincula el arbitraje con la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico. La base consensual del arbitraje requiere una interpretación estricta respecto a la posibilidad de extender el convenio arbitral a terceros. Sin embargo en el caso «Seabank» se opuso, con éxito, si bien, como se ha comentado, frente al fletador vinculado por una cláusula arbitral en el contrato de fletamento con el fletante asegurado. El Tribunal Supremo declina su competencia para conocer de la acción directa, pues *«además de estar contenida en el contrato de fletamento la cláusula arbitral, lo está en el contrato de seguro marítimo, en el Libro de reglas que constituyen su normativa privada y que rige plenamente el seguro. Debe aplicarse al presente caso dicha cláusula, que excluye la jurisdicción española»*. En cambio, en aquellos casos en que el tercero perjudicado no sea parte de ninguna cláusula arbitral con el asegurado, la excepción debería desestimarse. Una solución diferente puede ser aplicable cuando la remisión no sea a arbitraje, sino a los tribunales ordinarios⁵⁰.

En relación a la excepción de ley aplicable, es una cuestión pendiente de resolver, pues ni la jurisprudencia ni la LNM ofrecen certeza. A la vista de este régimen jurídico, la doctrina mantiene una opinión distinta. Unos autores señalan que las decisiones de los tribunales británicos en los casos «The Fanti» y «Padre Island num. 2» pierden virtualidad con la entrada en vigor de la norma específica del artículo 465 LNM sobre la acción directa en los seguros marítimos de responsabilidad civil⁵¹. Otros autores mantienen, en cambio, que el legislador español puede configurar su propia ley, pero no impedir la sumisión a un Derecho extranjero en seguros de grandes riesgos⁵².

Por lo que respecta a las decisiones judiciales, algunas sentencias que han sido dictadas para juzgar hechos anteriores a la entrada en vigor de la LNM han destacado el cambio que supone el reconocimiento legal de la acción directa. Así, la propia sentencia del Tribunal Supremo en el caso «Prestige» alude a este cambio legislativo, pero su falta de vigor es irrelevante por la aplicación supletoria de la acción directa del artículo 76 LCS. Más recientemente, la sentencia del Juzgado Mercantil de Palma de Mallorca, núm. 1, de 14 de julio de 2016⁵³, de reclamación de daños en un pasajero a bordo contra la naviera y su asegurador P&I, una mutua española. Opuso la aseguradora el carácter de seguro de indemnización efectiva. El Juzgado descarta la existencia de la acción directa en el ámbito marítimo y la configuración del seguro P&I como de indemnización efectiva, de acuerdo con el caso «Seabank», «no obstante, tales razonamientos cambian» con el artículo 465 LNM, «haciendo posible la acción directa» la sentencia del Juzgado Mercantil de Vigo, núm. 3, de 16 de enero de 2018⁵⁴, indica que el artículo 465 LNM *«hace posible el ejercicio de la acción directa frente a tales Clubes de P&I, obviando los obstáculos típicos planteados por tales pólizas, generando que estos aseguradores hayan de responder de modo directo»*. No obstante, esta norma tampoco era aplicable al caso porque los daños a las mercancías a bordo tuvieron lugar antes de su entrada en vigor.

En nuestra opinión, la configuración del seguro P&I como un seguro de indemnización efectiva por remisión a un derecho extranjero debería ser inaplicable en España, si ello supone dejar sin efecto la acción directa y frustrar la indemnización. Ello por dos razones. Por un lado, la naturaleza jurídica del seguro P&I como un seguro de responsabilidad civil. Acreditada judicialmente o reconocida la responsabilidad del asegurado por el asegurador, surge la obligación de indemnizar, siendo inválido cualquier pacto contractual en contrario (art. 465 LNM). El seguro P&I cubre la responsabilidad civil del asegurado, y su finalidad no es solo proteger al asegurado, sino también al tercero perjudicado, sin restringir esta naturaleza a los seguros obligatorios. 2.^a El reconocimiento legal expreso, con carácter imperativo, de la acción directa (art. 465 LNM) apunta a la inoponibilidad al tercero perjudicado de condiciones contractuales o de ley aplicable que frustren el resarcimiento.

Sin embargo, parece que no basta con afirmar que la acción directa es una norma imperativa en Derecho español, sino que es parte integrante del orden público español, de forma que ninguna ley extranjera que la niegue podrá ser aplicada por los tribunales españoles (art. 12.3 CC). Con anterioridad a la aprobación de la LNM, algunos autores han propuesto varios argumentos para admitir la acción directa, incluso contra un club P&I en un seguro sometido a un Derecho extranjero: 1.^o La aplicación imperativa del Derecho español a los seguros obligatorios; y, 2.^o La inaplicación en España de una norma extranjera que repugna al orden público. Sin embargo, estos argumentos no han sido aceptados tradicionalmente por los tribunales, pero ahora la jurisprudencia y la ley ha cambiado de forma sustancial. Por un lado, la principal respuesta judicial contraria a considerar la acción directa como integrante del orden público español la ha dado el Tribunal Supremo en el citado caso «Seabank». El Alto Tribunal no niega expresamente la alegación de orden público, pero casa la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña que sí la había aceptado. Posteriormente, algunas sentencias de tribunales inferiores sí han negado de forma expresa la alegación de orden público utilizada para basar la acción directa contra el club P&I. Literalmente se ha considerado «exagerada» su alegación⁵⁵. Aparte de la sentencia casada de la Audiencia Provincial de A Coruña no se ha localizado ninguna otra que admita la acción directa contra el club P&I por razones de orden público. Por otro lado, el otro argumento para defender la acción directa frente al club P&I del armador responsable señala que la ley española será de aplicación cuando «*el contrato se concluya en cumplimiento de una obligación de asegurarse impuesta por la ley española*» (art. 107.1.b LCS). Sería una excepción al principio general de libre elección en los seguros de grandes riesgos (art. 107.2 LCS). Este argumento tampoco ha encontrado todavía eco en las decisiones judiciales españolas⁵⁶.

VI. CONCLUSIONES

I. Ningún contrato de seguro P&I sujeto a Derecho español puede ser redactado de acuerdo con la configuración usual de los seguros P&I como seguros de indemnización efectiva. Sin que valga pacto en contrario, la obligación de indemnizar a cargo del asegurador existe desde que surge la responsabilidad del asegurado frente al tercero, quien además dispone de acción directa contra el asegurador para percibir la indemnización (art. 465 LNM).

II. En el caso usual en que el seguro P&I se someta a una ley extranjera, como la inglesa, que admite la configuración del seguro como de indemnización

efectiva (regla de pago previo) y niega la acción directa, subsisten las dudas. Cuando se ha opuesto por el asegurador, se ha admitido y negado acción directa (caso «Seabank»). Cuando el asegurador no lo ha opuesto, el Tribunal Supremo ha condenado al asegurador P&I al admitir la acción directa por aplicación del artículo 76 LCS (sentencia de 2009 y caso «Prestige»). En nuestra opinión y como sugieren algunos tribunales, con la entrada en vigor del artículo 465 LNM, no debería prosperar frente al tercero la excepción de ley aplicable extranjera. Ello pasa por considerar que la acción directa forma parte del orden público español (art. 12.3 CC), pues el seguro de responsabilidad civil no tiene solo por finalidad proteger el patrimonio del asegurado, sino también el resarcimiento del perjudicado, tanto en lo seguros voluntarios como obligatorios.

VII. JURISPRUDENCIA

Española:

- SAP Islas Baleares de 28 de junio de 2019
- STS de 5 de junio de 2019
- STSJ Galicia, Sala de lo Social, de 14 de junio de 2019
- SAP Pontevedra de 8 de mayo de 2019
- SAP Pontevedra de 27 de marzo de 2019
- STSJ Asturias, Sala de lo Social, de 5 de febrero de 2019
- SJM Palma de Mallorca, núm. 1, de 26 de noviembre de 2018
- STS de 20 de diciembre de 2018.
- STS de 11 de septiembre de 2018
- STS de 10 de septiembre de 2018
- SJM Vigo, núm. 3, de 16 de enero de 2018
- SJM Vigo, núm. 3, de 3 de noviembre de 2017
- SAP Pontevedra de 20 de abril de 2017
- SAP Pontevedra de 9 de marzo de 2017
- SAP Tarragona de 10 de enero de 2017
- SAP Pontevedra de 14 de noviembre de 2016
- SJM Palma de Mallorca, núm. 1, de 14 de julio de 2016
- STSJ Valencia, Sala de lo Social, de 8 de julio de 2016
- STS de 8 de abril de 2016.
- STS de Sala de lo Penal, de 14 de enero de 2016
- STS de 17 de abril de 2015
- STS de 4 de marzo de 2015
- SAP A Coruña de 30 de junio de 2014
- STS de 20 de mayo de 2014
- STS de 12 de noviembre de 2013
- STSJ Galicia, Sala de lo Social, de 31 de enero de 2013
- STSJ Galicia, Sala de lo Social, de 20 de junio de 2012
- SJM Las Palmas, núm. 1, de 17 de febrero de 2011
- STS de 20 de abril de 2009
- STS de 3 de noviembre de 2008
- SAP Tenerife de 8 de octubre de 2008
- SAP A Coruña de 29 de junio de 2007
- SAP Islas Baleares de 12 de diciembre de 2005
- SAP Guipúzcoa de 5 de abril de 2005.

- STS de 25 de noviembre de 2004
- STS de 3 de julio de 2003
- SAP Madrid de 5 de marzo de 2002
- STC de 11 de noviembre de 1996
- STC de 20 de julio de 1993

Británica

- «The Fanti» y «Padre Island núm. 2», de 14 de junio de 1990 (House of Lords británica)

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO MARTÍNEZ, I. y RUEDA MARTÍNEZ, J. A. (2016). Del seguro de responsabilidad civil. En: I. Arroyo y J. A. Rueda (dirs.), *Comentarios a la Ley 14/2014, de 24 de julio, de navegación marítima*, Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, 1384-1395.
- CAMPUZANO, A. B. (2016). El contrato de seguro marítimo. En: A. B. Campuzano y E. Sanjuán (dirs.), *Comentarios a la Ley de navegación marítima*, Valencia: Tirant lo Blanch, 433-470.
- GABALDÓN GARCÍA, J. L. (2012). *Curso de Derecho marítimo internacional. Derecho marítimo internacional público y privado y contratos marítimos internacionales*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires. Marcial Pons, 2012.
- HILL PRADOS, C. (2007). El Proyecto de Ley General de Navegación Marítima. *Revista Española de Seguros*, núm. 131.
- LEIÑENA MENDIZABAL, E. (2018). Responsabilidad civil por contaminación y aseguramiento obligatorio en la Ley de navegación marítima. *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 22, 2018, 81-122.
- RUIZ LIMA, B. y MATA GARRIDO, V. (2015). El seguro de responsabilidad civil en la Ley de navegación marítima. En: *Comentarios a la Ley de navegación marítima*, Madrid: Asociación Española de Derecho Marítimo y Dykinson S.L., 397-413.
- RUIZ SOROA, J. M. (2006). Contrato de seguro marítimo. Disposiciones generales y especiales referidas al seguro de buque, mercancías y responsabilidad. En: I. Arroyo (dir.), Asociación Española de Derecho Marítimo. *Jornadas sobre la propuesta de Anteproyecto de Ley General de Navegación Marítima*, Madrid, 1 y 2 de junio de 2005. Madrid: Thomson-Civitas.
- SOMMERS, E. (2013). The Costa Concordia Incident and Liability for Passenger Damage: An International and European Law Approach. En: I. Govaere. y otros (eds.), *The European Union in the World. Essays in Honour of Marc Maresecau*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishing, 341-364.
- SIERRA NOGUERO, E. (2016). *El seguro de responsabilidad civil derivada de la navegación de buques*, Madrid. Fundación Mapfre.
- URIARTE ÁNGEL, J. L. y CASADO ABARQUERO, M. (2013). *La acción directa del perjudicado en el ordenamiento jurídico comunitario*. Madrid: Fundación Mapfre.

NOTAS

¹ Se remite más ampliamente a nuestro trabajo, SIERRA NOGUERO, E. (2016). *El seguro de responsabilidad civil derivada de la navegación de buques*. Madrid. Fundación Mapfre, y a la doctrina y jurisprudencia allí citada.

² Esta cobertura no es el objeto del presente trabajo. Al respecto, *vid* GABALDÓN GARCÍA, J. L. (2012). *Curso de Derecho marítimo internacional. Derecho marítimo internacional público y privado y contratos marítimos internacionales*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires. Marcial Pons, 2012, 838 a 843, y bibliografía aquí citada.

³ Por ejemplo, *vid* las condiciones generales al uso de seguro P&I ofrecido por un club P&I del Grupo Internacional, como las *P&I Rules 2019*, del club Shipowners (<https://bit.ly/35LiYBG>) (consultada el 13 de noviembre de 2019).

⁴ De origen autonómico, la Ley 11/2008, de diciembre, de pesca de Galicia, impone un seguro de responsabilidad civil para las embarcaciones pesqueras de bajura.

⁵ Sobre la nueva regulación, *vid* ARROYO MARTÍNEZ, I. y RUEDA MARTÍNEZ, J. A. (2016). Del seguro de responsabilidad civil. En: I. Arroyo y J. A. Rueda (dirs.), *Comentarios a la Ley 14/2014, de 24 de julio, de navegación marítima*, Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters (pp. 1384-1395); RUIZ LIMA, B. y MATA GARRIDO, V. (2015). El seguro de responsabilidad civil en la Ley de navegación marítima. En: *Comentarios a la Ley de navegación marítima*, Madrid: Asociación Española de Derecho Marítimo y Dykinson S.L (397-413); y, CAMPUZANO, A. B. (2016). El contrato de seguro marítimo. En: A. B. Campuzano y E. Sanjuán (dirs.), *Comentarios a la Ley de navegación marítima*, Valencia: Tirant lo Blanch (433-470), especialmente sobre el seguro de responsabilidad civil, 467-470, entre otros.

⁶ Bajo el Código de Comercio no se había introducido la figura del armador, preponderante ya en la LNM (art. 145 y ap. V exposición de motivos).

⁷ STS, Sala de lo Civil, 20 de abril de 2009 (*La Ley* 40400/2009). Si no se indica nada, todas las SSTs de corresponden a la Sala de lo Civil. En otro caso, se indicará expresamente.

⁸ STS de 3 de julio de 2003 (*La Ley* 2609/2003).

⁹ Por ejemplo, en SAP de Tarragona, sección 1.ª, 10 de enero de 2017 (*JUR* 2017, 81464), se condena al asegurador P&I a pagar a su asegurado, una empresa de amarres del puerto de Tarragona, todos los gastos de prevención y limpieza del medio marino y otros buques afectados por el hundimiento de un buque petrolero de pequeño porte (una gabarra para el suministro de combustible).

¹⁰ SJM de Palma de Mallorca, núm. 1, 14 de julio de 2016 (*La Ley* 113178/2016), de reclamación de daños en un pasajero a bordo contra la naviera y su asegurador P&I, una mutua española. Opuso la aseguradora el carácter de seguro de indemnización efectiva. El Juzgado descarta la existencia de la acción directa en el ámbito marítimo y la configuración del seguro P&I como de indemnización efectiva, de acuerdo con el caso «Seabank», «no obstante, tales razonamientos cambian» con el artículo 465 LNM, «*haciendo posible la acción directa*».

¹¹ STSJ de Asturias, Sala de lo Social, 5 de febrero de 2019 (*La Ley* 5405/2019), de fallecimiento de pescadores por hundimiento de la embarcación, niega la condición de aseguradora P&I a la entidad española, sino solo de intermediaria con el club realmente asegurador; que no ha sido demandado. Alude a la sentencia del caso «Seabank», añadiendo que el contrato habitual se rige por el derecho inglés y al arbitraje inglés; SSTSJ de Galicia, Sala de lo Social, 14 de junio de 2019 (*La Ley* 97174/2019), de accidente de trabajo de cocinero a bordo, desestima la acción directa contra el asegurador P&I por la configuración contractual como seguro de indemnización efectiva, remisión al derecho inglés y sin acción directa, de acuerdo con el caso «Seabank»; 31 de enero de 2013 (*La Ley* 16805/2013), de accidente de trabajo de marinero, desestima la acción directa por la configuración como seguro de indemnización efectiva y la posibilidad de elegir la ley aplicable, conforme al caso «Seabank», añadiendo que «*al margen de las críticas de lege ferenda que esta solución pueda suponer por socavar uno de los pilares del régimen español de contrato de seguro*»; y 20 de julio de 2012 (*La Ley* 117628/2012), de accidente de trabajo de marinero, se desestima la acción directa de acuerdo con el caso «Seabank» y por admitir la oponibilidad de las cláusulas de ley aplicable y de arbitraje del seguro P&I; y, en el mismo sentido, STSJ Valencia, Sala de

lo Social, 8 de julio de 2016 (*La Ley* 177056/2016), de accidente de trabajo, no acepta la acción directa por remisión al caso «Seabank». También SAP A Coruña, sección 6, 29 de junio de 2007 (*La Ley* 147960/2007), de fallecimiento de pescador por mala maniobra del patrón con resultado de hundimiento de la embarcación. Acepta la configuración contractual del contrato como de indemnización efectiva y cita el caso «Seabank».

¹² SAP de Tenerife, sección 4, 8 de octubre de 2008 (*La Ley* 233813/2008), de indemnización por los daños y perjuicios sufridos por un navío propiedad de la actora por culpa, según la demandante, de la incorrecta maniobra de un barco de la naviera demandada, dirigiéndose tanto contra esta como su club P&I. No se opone la excepción de arbitraje extranjero, pero se aceptó el archivo de actuaciones del JPI a favor del Juzgado de lo Mercantil. La AP Tenerife alude a la libre elección de ley aplicable en los seguros P&I, según el caso «Seabank».

¹³ La SAP de Guipúzcoa, sección 1, 5 de abril de 2005 (*La Ley* 74730/2005), de reclamación de daños a un remolcador y su asegurador P&I por hundimiento de una pontona durante el remolque, rechaza la acción directa contra el asegurador en base a los argumentos del caso «Seabank», que reproduce.

¹⁴ En Derecho inglés, a la vista de la Third parties (rights against insurers) Act 1930, la House of Lords, en una decisión conjunta de los casos conocidos como «The Fanti» y «Padre Island núm. 2», de 14 de junio de 1990 (1991, A.C. 1) ratificó la legalidad de la cláusula de pago previo de los seguros P&I, al considerarla una *condition precedent* que debe cumplir el armador asegurado. Indicó que no resulta admisible negar el derecho del club P&I a excepcionar el incumplimiento de esta cláusula tampoco cuando quien reclama sea un tercero, pues la Ley de 1930 no pretende situar al tercero en una mejor situación que la que tendría el asegurado. Además, la *House of Lords* señala que la regla del pago previo es oponible y aplicable, con independencia de que el armador asegurador sea o no insolvente.

¹⁵ Deroga y sustituye la Directiva 1988/357/CEE, de 22 de junio, que llevó a cabo originariamente esta calificación.

¹⁶ La Ley 21/1990, de 19 de diciembre, adaptó el artículo 107 LCS para incorporar, entre otros aspectos, la calificación de seguros marítimos como seguros de grandes riesgos de la Directiva 88/357/CEE. Hoy esta calificación se ha trasladado al artículo 11 LOSSEAR.

¹⁷ Mencionan expresamente la calificación de los seguros marítimos como seguros de grandes riesgos, entre otras, STS de 3 de julio de 2003 (*cit.*), SAP de Islas Baleares, sección 5, 12 de diciembre de 2005 (*La Ley* 291368/2015); SJM de Palma de Mallorca, núm. 1, 26 de noviembre de 2018 (*La Ley* 232454/2018); SJM Las Palmas, núm. 1, 17 de febrero de 2011 (*La Ley* 1694/2011); SAP de A Coruña, sección 5, 30 de junio de 2014 (*La Ley* 105988/2014); SJM de Vigo, núm. 3, 16 de enero de 2018 (*La Ley* 70493/2018); SSTSJ de Galicia, Sala de lo Social, 14 de junio de 2019 (*cit.*), 31 de enero de 2013 (*cit.*) y 20 de julio de 2012 (*cit.*); y, STSJ de Valencia, Sala de lo Social, 8 de julio de 2016 (*cit.*).

¹⁸ ARROYO MARTÍNEZ, I. y RUEDA MARTÍNEZ, J. A. *op. cit.*, 1394 y CAMPUZANO, A. B., *op. cit.*, 457.

¹⁹ El apartado X de la exposición de motivos LNM explica que: «La significación preferentemente dispositiva de sus normas, exigida por el Derecho de la Unión Europea sobre Seguros de Grandes Riesgos, obedece a la equiparable posición de fuerza que disfrutaban ambas partes contratantes».

²⁰ STS de 20 de abril de 2009 (*cit.*).

²¹ STS, Sala de lo Penal, 14 de enero de 2016 (*La Ley* 177/2016).

²² Confirman el carácter supletorio de la LCS, entre otras, las SSAP de Pontevedra, sección 1, de 27 de marzo de 2019 (*La Ley* 54487/2019), 20 de abril de 2017 (*La Ley* 55347/2017), 9 de marzo de 2017 (*La Ley* 36006/2017) y 14 de noviembre de 2016 (*La Ley* 177291/2016); SJM de Vigo, núm. 3, 3 de noviembre de 2017 (*La Ley* 242519/2017); y, SJM de Palma de Mallorca, núm. 1, 26 de noviembre de 2018 (*cit.*), entre otras.

²³ Conforme al derecho anterior, había sido muy discutido doctrinal y judicialmente si la LCS se aplicaba o no a los seguros marítimos. El Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en Sentencia de 12 de enero de 2009 (RAJ 1743), dispuso la importante aplicación de los intereses moratorios del artículo 20 LCS a los seguros marítimos y declaró

la aplicación supletoria de la LCS a los seguros marítimos. Sin embargo, el Alto Tribunal reconoce que el contrato puede estar primariamente regulado, salvo que lo impidan normas de *ius cogens*, por la autonomía privada.

²⁴ STS, Sala de lo Civil, Pleno, 5 de junio de 2019 (*La Ley* 71480/2019).

²⁵ STS de 11 de septiembre de 2018 (*La Ley* 116343/2018), 3 de noviembre de 2008 (*La Ley* 175920/2008) y, específicamente para el seguro P&I como seguro de responsabilidad civil, la citada STS de 3 de julio de 2003 (*cit.*), entre otras.

²⁶ Instrumento de ratificación de España publicado en *BOE*, núm. 58, de 8 de marzo de 1976.

²⁷ Instrumento de ratificación de España del Protocolo de 1992 al Convenio de 1969, publicado en *BOE*, núm. 225, de 20 de septiembre de 1995.

²⁸ Instrumento de ratificación de España publicado en *BOE*, núm. 43, de 19 de febrero de 2008.

²⁹ LEÍNENA MENDIZABAL, E. (2018). Responsabilidad civil por contaminación y aseguramiento obligatorio en la Ley de navegación marítima. *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 22, 2018, 193, admite la falta de desarrollo reglamentario, pero no parece descartar la exigencia del seguro marítimo medioambiental, también para contaminación por sustancias diferentes de hidrocarburos. En cambio, pensamos que la falta de desarrollo reglamentario de la Ley española y la falta de vigor del Convenio HNS produce la inexistencia de una obligación de aseguramiento de la responsabilidad por este tipo de contaminación.

³⁰ Instrumento de ratificación de España publicado en *BOE*, núm. 218, de 11 de septiembre de 2015.

³¹ La SAP de Pontevedra, sección 1.ª, de 8 de mayo de 2019 (*La Ley* 70503/2019), aplica al seguro obligatorio ya vigente y dispone que en ningún caso, según el tenor del artículo 4 bis 1 Convenio Atenas 2002, puede tener una suma asegurada inferior a 250.000 unidades de cuenta por pasajero y accidente.

³² Instrumento de ratificación de España publicado en *BOE*, núm. 218, de 11 de septiembre de 2015.

³³ La SAP de Islas Baleares, sección 5.ª, de 28 de junio de 2019 (*La Ley* 109563/2019), condena al transportista de pasajeros por daños en una pasajera por considerarlo responsable civil y añade que «Las indemnizaciones reseñadas son independientes de las de por Seguro Obligatorio de Viajeros a abonar por la aseguradora codemandada, que se allanó a la demanda». En la STS de 8 de abril de 2016 (*La Ley* 24101/2016), sobre la reclamación de los afectados del buque «Costa Concordia», ocurrido en 2012, no estaba vigente aún el seguro obligatorio incorporado por el Protocolo de 2002 al Convenio de Atenas 1974, confirma la validez del criterio de la Audiencia Provincial de emplear las reglas del Baremo, de daños causados por vehículos a motor, como criterios orientadores para cuantificar las indemnizaciones por los perjuicios causados a los viajeros del buque siniestrado.

³⁴ Instrumento de Ratificación del Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006, hecho en Ginebra el 23 de febrero de 2006, en *BOE*, núm. 19, de 22 de enero de 2013. La entrada en vigor de las enmiendas, publicadas en *BOE*, núm. 76, tuvo lugar el 30 de marzo de 2017.

³⁵ Por ejemplo, *vid* regla 5.g *Rules & Articles 2019 UK P&I club* (en ukpandi.com, consultada el 3 de noviembre de 2019).

³⁶ El Grupo Internacional de clubes P&I se opuso públicamente al borrador de Directiva que sí la contemplaba.

³⁷ SSTS de 5 de junio de 2019 (*cit.*) y 4 de marzo de 2015 (*La Ley* 14135/2015).

³⁸ SSTS de 5 de junio de 2019 (*cit.*) y STS de 10 de septiembre de 2018 (*La Ley* 109952/2018).

³⁹ URIARTE ÁNGEL, J. L. y CASADO ABARQUERO, M. (2013). *La acción directa del perjudicado en el ordenamiento jurídico comunitario*. Madrid: Fundación Mafpre, 75.

⁴⁰ Por ejemplo, SOMMERS, E. (2013). The Costa Concordia Incident and Liability for Passenger Damage: An International and European Law Approach. En: I. Govaere. y otros (eds.), *The European Union in the World. Essays in Honour of Marc Maresceau*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishing, 362, resalta que, en el tema del «Costa Concordia, una in-

demnización mejorada respecto al límite legal ha permitido llegar a acuerdos amistosos, evitando así largos y costosos procedimientos judiciales.

⁴¹ SSTs de 5 de junio de 2019 (*cit.*), 17 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 200) y 12 de noviembre de 2013 (*La Ley* 174951/2013).

⁴² En caso de concurrir más de un seguro de responsabilidad civil, si cubren riesgos distintos, cada asegurador responderá por los respectivos riesgos cubiertos. Por ejemplo, conforme al Convenio de Atenas 2002 y Directrices OMI 2006 y el Reglamento (CE) 392/2009, en materia de responsabilidad civil por muerte o lesiones de los pasajeros por vía marítima, suelen haber dos aseguradores, uno para cubrir el riesgo de responsabilidad civiles por riesgos marítimos y otro para el riesgo de responsabilidad civil por riesgos de guerra.

⁴³ SSTs de 5 de junio de 2019 (*cit.*) y 3 de julio de 2003 (*cit.*).

⁴⁴ STS de 11 de septiembre de 2018 (*cit.*).

⁴⁵ Una excepción es el caso analizado por la STS de 5 de junio de 2019 (*cit.*), donde la Administración Pública asegurada asumió su responsabilidad como consecuencia de la negligente actuación médica prestada al demandante, dictando resolución administrativa al efecto. El Tribunal Supremo señala que no es posible el reconocimiento en vía civil de una responsabilidad de la aseguradora distante a la que con carácter firme fue reconocida en el procedimiento administrativo y que fue consentida por los perjudicados al no acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, única que podía revisarla.

⁴⁶ SSTs de 5 de junio de 2019 (*cit.*) y 20 de mayo de 2014 (*La Ley* 61892/2014).

⁴⁷ SSTs de 5 de junio de 2019 (*cit.*), 20 de diciembre de 2018 (*La Ley* 181990/2018) y 25 de noviembre de 2004 (*La Ley* 10233/2005).

⁴⁸ SSTs de 5 de junio de 2019 (*cit.*) y 12 de noviembre de 2013 (*cit.*). Un ejemplo de esta aplicación es la citada condena del Tribunal Supremo al club P&I del buque «Prestige», si bien en base al artículo 117 Código Penal, hasta el límite de los 1000 millones de dólares de cobertura prevista en el seguro P&I.

⁴⁹ Constituye una norma especial frente al artículo 76 LCS, que admite repetición del asegurador de lo pagado en caso de dolo de su asegurado. Así, STS de 17 de abril de 2015 (*cit.*) señala que «cabalmente el artículo 76 LCS rectamente entendido solo admite una interpretación a tenor de la cual la aseguradora, si no puede oponer el carácter doloso de los resultados (y según la norma no puede oponerlo en ningún momento: tampoco si eso está acreditado) es que está obligada a efectuar ese pago a la víctima, sin perjuicio de su derecho de repetir. Lo que significa en definitiva, y eso es lo que quiso, atinadamente o no, el legislador, es que sea la aseguradora la que soporte el riesgo de insolvencia del autor y nunca la víctima. El asegurado que actúa dolosamente nunca se verá favorecido; pero la víctima tampoco se verá perjudicado».

⁵⁰ El Reglamento UE 1215/2012 señala en su artículo 13 que «en materia de seguros de responsabilidad civil, el asegurador podrá ser demandado, en el marco de acciones acumuladas, igualmente ante el órgano jurisdiccional que conozca de la acción de la persona perjudicada contra el asegurado, cuando la ley de este órgano jurisdiccional lo permita». Sin embargo, el artículo 15 del mismo Reglamento añade que «Únicamente prevalecerán sobre las disposiciones de la presente sección los acuerdos: (...) 5) que se refieran a un contrato de seguro que cubra uno o varios de los riesgos enumerados en el artículo 16». A su vez, el artículo 16 indica que «Los riesgos contemplados en el artículo 15, punto 5, son los siguientes: (...) 2) toda responsabilidad, con excepción de la derivada de los daños corporales a los pasajeros o de los daños a sus equipajes: a) resultante de la utilización o la explotación de los buques (...)».

⁵¹ ARROYO MARTÍNEZ, I. y RUEDA MARTÍNEZ, J. A.: Del seguro..., *op. cit.*, 1394 y RUIZ LIMA, B. y MATA GARRIDO, V.: El seguro..., *op. cit.*, 409.

⁵² Así, RUIZ SOROA, J. M., Contrato de seguro marítimo. Disposiciones generales y especiales referidas al seguro de buque, mercancías y responsabilidad, en: Arroyo, I. (Dir.), Asociación Española de Derecho Marítimo. Jornadas sobre la propuesta de Anteproyecto de Ley General de Navegación Marítima, Madrid, 1 y 2 de junio de 2005, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, 226 y 237. También, HILL PRADOS, C., El Proyecto de Ley General de Navegación Marítima, en *RES*, núm. 131, 2007, 343.

⁵³ *Cit.*

⁵⁴ *Cit.*

⁵⁵ La SAP Madrid 5 de marzo de 2002 (*La Ley* 48515/2002) señala que es exagerado invocar el orden público, sobre todo cuando quien reclama es otra aseguradora. También SJ Mercantil Las Palmas de Gran Canaria 17 de febrero de 2011 (*cit.*) indica que ninguna norma interna asume que la acción directa sea de orden público español.

⁵⁶ En contrario, la SAP de Madrid 5 de marzo de 2002 (*cit.*) dice que aunque el contrato de seguro se formalice para cumplir el seguro obligatorio, es un seguro de grandes riesgos que permite elegir la ley aplicable.

Ejecución hipotecaria y arrendamiento
de vivienda tras los Reales Decretos Leyes
21/2018 y 7/2019

*Foreclosure and lease of housing after the Royal
Decrees Laws 21/2018 and 7/2019*

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
*Profesora Contratada Doctora de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid*

RESUMEN: Existen en la actualidad seis regímenes jurídicos especiales distintos en materia de arrendamientos urbanos, aparte del régimen supletorio del Código civil. Si bien tanto la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 como la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 estatúan una excepción a la fe pública registral en beneficio del arrendamiento de vivienda no inscrito y la subsistencia del mismo, incluso producida la resolución del derecho del arrendador como consecuencia de una ejecución hipotecaria (al menos durante un periodo de vigencia mínima legal), la Ley 4/2013, que reformó la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, sujetó los arrendamientos de vivienda al régimen general de publicidad registral, de manera que en caso de enajenación voluntaria de la vivienda arrendada (art. 14 LAU), el arrendamiento inscrito con anterioridad a la transmisión de la finca era oponible a todo tercero (incluso el tercero hipotecario del artículo 34 de la Ley Hipotecaria) y el arrendamiento no inscrito no perjudicaba a este último. Si bien si el comprador no era tercero hipotecario de los artículos 32 y 34 Ley Hipotecaria debía subrogarse en el arrendamiento no inscrito por el periodo de prórroga legal obligatoria. En cuanto a la resolución del derecho del arrendador consecuencia de una ejecución hipotecaria (art. 13 LAU), determinaba la extinción del arriendo salvo que este constase inscrito antes que la hipoteca. En cuanto al arrendamiento anterior a la hipoteca y no inscrito, la subsistencia o no del mismo dependía de la matización del principio meramente formal de prioridad registral (art. 13 LAU y 17 LH) con el principio material de fe pública registral (arts. 32 y 34 LH). El Real Decreto Ley 21/2018, no convalidado por el Congreso de los Diputados y vigente desde el 19 de diciembre de 2018 hasta el 23 de enero de 2019, no modificó los artículos 13 y 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, aunque sí amplió el periodo de prórroga legal obligatoria (cinco años, o siete años si el arrendador era persona jurídica) y de prórroga tácita (tres años). El arrendamiento, por lo tanto, continuó sujeto al régimen de publicidad registral general. El Real Decreto Ley 7/2019, que sí fue convalidado por la Diputación Permanente recuperó la excepción a la fe pública registral en los artículos 13 y 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, de modo que el comprador o el rematante en una ejecución hipotecaria soporta el arrendamiento por el periodo de prórroga legal obligatoria (cinco años, o siete

años si el arrendador es persona jurídica), dotándose así de mayor estabilidad al arrendatario de vivienda no suntuaria.

ABSTRACT: *There are currently six different special legal regimes on urban leases, apart from the supplementary regime of the Civil Code. Although both the Urban Leases Act of 1964, and the Urban Leases Act of 1994 established an exception to the public registry faith for the benefit of unregistered housing leases, and the subsistence of the same, even produced the resolution of the landlord's right as a result of a foreclosure (at least during a period of minimum legal validity), Law 4/2013, which reformed the Urban Leases Act of 1994, subjected housing leases to the general regime of registry advertising, so that, In case of voluntary alienation of the leased housing (art. 14 LAU) the lease registered prior to the transfer of the property was opposable to any third party (including the mortgage third party of article 34 of the Mortgage Law) and the non-registered lease no it hurt the latter. While the buyer was not a third party mortgage of articles 32 and 34 Mortgage Law, should be subrogated in the lease not registered for the period of mandatory legal extension. As for the resolution of the right of the lessor as a result of a foreclosure (art. 13 LAU), it determined the extinction of the lease, unless it was registered before the mortgage. As for the lease prior to the mortgage and not registered, the subsistence or not of the same depended on the qualification of it according to the purely formal principle of registry priority (art. 13 LAU and 17 LH), and the material principle of public registration faith (arts. 32 and 34 LH). The Royal Decree - Law 21/2018, not validated by the Congress of Deputies, and in force from December 19, 2018 until January 23, 2019, did not modify articles 13 and 14 of the Urban Leases Act of 1994, although it extends the period of compulsory legal extension (five years, or seven years if the lessor was a legal person) and of tacit extension (three years). The lease, therefore, remained subject to the general registry advertising regime. The Royal Decree - Law 7/2019 that was validated by the Permanent Delegation recovered the exception to the public faith of the registry in articles 13 and 14 of the Law of Urban Leases of 1994, so that the buyer or the buyer of the foreclosure backs the lease for the period of mandatory legal extension (five years, or seven years if the lessor is a legal person), thus providing greater stability to the lessee of non-luxurious homes.*

PALABRAS CLAVE: Venta de finca arrendada. Resolución del derecho del arrendador. Ejecución hipotecaria. Fe pública registral.

KEY WORDS: *Sale of leased property. Resolution of the landlord's right. Foreclosure. Public registry faith.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ARRENDAMIENTOS SUJETOS AL CÓDIGO CIVIL.—III. ARRENDAMIENTOS SUJETOS AL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS DE 1964, ANTES Y DESPUÉS DEL REAL DECRETO LEY 2/1985, DE 30 DE ABRIL, DE MEDIDAS DE POLÍTICA ECONÓMICA.—IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA EN LA LEY 29/1994, DE 24 DE NOVIEMBRE, REGULADORA DE LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS.—V. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS

ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA TRAS LA LEY 4/2013, DE 4 DE JUNIO, DE MEDIDAS DE FLEXIBILIZACIÓN Y FOMENTO DEL MERCADO DEL ALQUILER DE VIVIENDAS.—VI. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA TRAS EL REAL DECRETO LEY 21/2018, DE 14 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA DE VIVIENDA Y ALQUILER.—VII. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA TRAS EL REAL DECRETO LEY 7/2019, DE 1 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA DE VIVIENDA Y ALQUILER.—VIII. CONCLUSIONES.—IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—X. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En fechas recientes se han aprobado dos reales decretos leyes de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler. Concretamente, el Real Decreto Ley 21/2018 de 14 de diciembre, que no fue finalmente convalidado por el Congreso de los Diputados y el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, que fue convalidado por la Diputación Permanente¹. La aprobación de estas normas ha dado lugar a que en la actualidad existan *seis regímenes jurídicos diferentes en materia de arrendamientos urbanos*, aplicables en función de la fecha de celebración del contrato (o de la adaptación del contrato preexistente a un nuevo régimen posterior al mismo, en función de la autonomía de la voluntad y en cuanto no contradiga disposiciones legales imperativas o perjudique a terceros).

A estos regímenes se ha de añadir el régimen supletorio contenido en el Código civil y aplicable a arrendamientos de fincas urbanas excluidas del ámbito de aplicación de las legislaciones especiales arrendaticias (arts. 1 a 6 Ley 24/1994, de 24 de noviembre, reguladora de los arrendamientos urbanos [en adelante LAU] en redacción dada por RD Ley 7/2019). Es el caso de los arrendamientos de plaza de garaje o trastero como finca independiente y no como espacio accesorio de una vivienda arrendada (art. 2.2 LAU), o el caso de los arrendamientos de solares².

Una de las cuestiones afectadas por estas reformas legislativas es precisamente la resolución del derecho del arrendador derivada de ejecución hipotecaria y la posterior subsistencia o no del arrendamiento establecido sobre la vivienda arrendada ejecutada, lo que guarda relación con el régimen aplicable a la enajenación voluntaria de dicha vivienda.

II. ARRENDAMIENTOS SUJETOS AL CÓDIGO CIVIL

La finca arrendada puede estar o no inmatriculada. En caso de estar inmatriculada, el arrendamiento es inscribible en el folio registral de la misma (art. 2.5.º Ley Hipotecaria [en adelante LH]), con lo que adquiere oponibilidad *erga omnes*, o sea, frente a todo tercero que no fue parte en el contrato (art. 1549 CC y 32 LH *a sensu contrario*). Si el contrato de arrendamiento no consta inscrito en el Registro de la Propiedad el comprador de la finca arrendada tiene derecho a la extinción del arriendo, salvo pacto en contrario (art. 1571 CC). Es decir, el Código civil acoge el principio *emptio tollit locatum* (venta quita renta) pero no automáticamente, sino siempre que lo pida el arrendador, *salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria* (art. 1549 CC). Dicho pacto en contrario puede ser un pacto entre vendedor-arrendador y comprador en bene-

ficio de tercero, o sea, en beneficio del arrendatario (art. 1257.2.º CC) o bien un pacto entre arrendatario y comprador por el cual este acepta subrogarse en la posición del vendedor-arrendador^{3, 4}.

Cabe ejercitar el derecho a la extinción del arriendo por la vía del artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), o mediante un juicio de desahucio (art. 250.1.1.º LEC), sin que sea imprescindible un requerimiento previo⁵.

No cabría ejercitarlo por la vía del artículo 41 LH y 250.1.7.º LEC en la medida en que el arrendatario podría formular oposición basada en la existencia de una relación jurídica arrendaticia con el anterior titular registral (vendedor) (*vid.*, art. 444.2 LEC), lo que daría lugar al cierre del procedimiento sumario *basado en la certificación registral del asiento de dominio sin contradicción alguna, pero no en la expiración del contrato por voluntad del comprador*.

La finca inmatriculada arrendada puede estar hipotecada (arts. 1857, 1874 y 1875 CC y art. 20 LH). Si el arrendamiento consta inscrito antes que la hipoteca y esta se ejecuta, el arrendamiento subsistirá tras la ejecución (arts. 1549 y 1571 CC; 17 LH y 134 LH y 674 LEC *a contrario sensu*). En otro caso, el comprador según PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, tiene derecho a la extinción del arriendo por aplicación del artículo 1571 del Código civil⁶.

Si la finca no constaba inmatriculada, el arrendatario puede instar la inscripción de la propiedad (para la posterior inscripción de su arriendo) por la vía del artículo 7.2 y 203.2, en relación con el artículo 6.c), todos de la Ley Hipotecaria. De este modo puede lograr la oponibilidad del arriendo a terceros (también al posterior acreedor hipotecario y, en su caso, comprador en subasta).

Si la finca no consta inmatriculada, no cabe hipotecarla dado que la inscripción de hipoteca es constitutiva, pero sí podría sufrir un embargo. La anotación de embargo accedería al Registro por la vía del artículo 629.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil mediante anotación preventiva de suspensión de la anotación de embargo, obteniéndose la presentación de los títulos para la inmatriculación (art. 205 LH) a instancia del propio ejecutado, o bien obteniéndose la inmatriculación a instancia del ejecutante por la vía del artículo 203.2 de la Ley Hipotecaria.

III. ARRENDAMIENTOS SUJETOS AL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS DE 1964, ANTES Y DESPUÉS DEL REAL DECRETO LEY 2/1985, DE 30 DE ABRIL, DE MEDIDAS DE POLÍTICA ECONÓMICA

El Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 disponía en su artículo 57 que «cualquiera que sea la fecha de la ocupación de viviendas, con o sin mobiliario, y locales de negocio, llegado el día del vencimiento del plazo pactado, este se prorrogará obligatoriamente para el arrendador y potestativamente para el inquilino o arrendatario *aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones*. Se aplicará igual norma en los casos de extinción de usufructo, sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 114 causa 12.ª». Norma esta que preveía que si el usufructuario hubiese pactado con un tercero un arrendamiento urbano de vivienda o local de negocio *en condiciones notoriamente gravosas para la propiedad*, extinguido el usufructo, dicho arrendamiento, que continuaba pese a tal extinción, podría resolverse en dicho caso a instancia del titular dominical subrogado en el mismo.

De estos preceptos legales (arts. 57 y 114 LAU 1964) cabía concluir que el arrendamiento de vivienda continuaba aun cuando el comprador de la vivienda fuese un tercero hipotecario amparado por la fe pública registral (arts. 32 y 34 LH), ya adquiriese el bien por enajenación voluntaria, ya por enajenación forzosa en un procedimiento de ejecución hipotecaria, pues el artículo 114 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 *no señalaba como causa de extinción del arriendo la resolución del derecho del arrendador como consecuencia de la realización de la garantía hipotecaria*.

El Real Decreto Ley 2/1985, de 30 de abril, de medidas de política económica, eliminó la prórroga forzosa como contenido legal imperativo del contrato de arrendamiento urbano. *Esta supresión no tuvo efectos retroactivos por lo que el artículo 57 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 siguió aplicándose para los arrendamientos concertados antes de la entrada en vigor de dicho Real Decreto Ley, o sea, antes del 9 de mayo de 1985*. Esta situación se prolongó incluso tras la aprobación de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 *pues esta no derogó en su disposición transitoria segunda el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 para los arrendamientos de vivienda que fuesen anteriores al 9 de mayo de 1985, los cuales se indicaba que seguirían rigiéndose por las normas relativas al contrato de inquilinato del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964*⁷.

Señala PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS que en relación con la resolución del derecho del arrendador «siguen hoy pendientes las cuestiones que plantean los arrendamientos urbanos regidos todavía por la [Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964] ... Cabría entender que también, conforme a esta legislación especial, la efectividad de la hipoteca anterior implicaba la resolución de los arrendamientos constituidos con posterioridad, pues no es lógico que un derecho personal (el arrendamiento) constituido por propietario en cuya propiedad pesa ya la hipoteca [en la que *in nuce* está ya la enajenación], tenga, frente a la efectividad de esa hipoteca anterior, más fuerza que la que tendrían los derechos reales (p.e., derecho de usufructo) constituidos por ese mismo propietario en cuya propiedad pesa ya la hipoteca. Ahora bien, los términos con que la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos [de 1964] protege la persistencia del arrendamiento constituido por el usufructuario a pesar de la resolución del derecho del arrendador (cfr. art. 114-12.^a LAU 1964) han hecho pensar que respecto de los arrendamientos sujetos a la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 *no procede la purga por ejecución de la hipoteca anterior (ejecución que por sí constituye también, un caso de resolución del derecho del arrendador); sin perjuicio de que pueda proceder la resolución por aplicación analógica (cfr. art. 8 LAU 1964) de lo dispuesto para el arrendamiento pactado por el usufructuario de la finca hipotecada en condiciones notoriamente gravosas para la propiedad (cfr. art. 114-12.^a LAU)*. De la idea de que no procede la purga de los arrendamientos posteriores parte el artículo 219-2.^o del Reglamento Hipotecario, que, a su vez, y por ello mismo, es un argumento más en favor de tal tesis. Aunque se admitiera la tesis de que no procede la purga de los arrendamientos posteriores a la hipoteca que se ejecuta si es que están sujetos a la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, debería... regir [en opinión del autor] la doctrina de la resolución respecto de los arrendamientos concertados tras el Real Decreto Ley de 30 de abril de 1985 (puesto que se pudo convenir el arrendamiento sin esa pervivencia *posterior* a la resolución del derecho del arrendador)». La jurisprudencia ha sido vacilante en cuanto a los arrendamientos sujetos a la Ley de Arrendamientos Urbanos 1964. Pero en todo caso ha hecho excepción a la continuación del arriendo en caso de simulación, fraude o grave

perjuicio económico del acreedor hipotecario (capitalizando la renta al 6%; *cfr.* art. 219.2.º RH)⁸.

IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA EN LA LEY 29/1994, DE 24 DE NOVIEMBRE, REGULADORA DE LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS

La Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 diferenciaba en su inicial redacción entre arrendamiento de vivienda y arrendamiento para uso diverso de vivienda (arts. 1 a 3); y en relación con el arrendamiento de vivienda, distinguía la vivienda suntuaria de la no suntuaria para darles un régimen jurídico diverso (art. 4.2).

Si bien todos los arrendamientos regulados en la Ley se sometían de forma imperativa (y por ello, en primer término) a lo dispuesto en los títulos I, IV y V de la misma (art. 4.1), para las viviendas suntuarias (o sea, aquellas cuya superficie era superior a 300 metros cuadrados o en los que la renta inicial en cómputo anual exceda de 5,5 veces el salario mínimo interprofesional en cómputo anual) se aplicaba la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) antes que el título II de la ley; en defecto de pacto, dicho título II y, supletoriamente, en última instancia, el Código civil. En cambio, en las viviendas no suntuarias el contrato debía respetar las disposiciones semiimperativas del título II, de modo que no cabía pacto contra las mismas en perjuicio del arrendatario (arts. 4.2.1.º y 6 LAU).

La Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 proporcionó una estabilidad *al arrendatario de vivienda no suntuaria durante un periodo de cinco años* (pues en el caso de vivienda suntuaria, por pacto, podía excluirse la prórroga legal). Si bien la duración del contrato podía pactarse libremente, siempre que fuera inferior a cinco años, llegado el día de vencimiento del contrato, este se prorrogaba obligatoriamente para el arrendador por plazos anuales hasta completar una duración mínima de cinco años (art. 9.1 LAU). Transcurrida dicha vigencia mínima obligatoria y a falta de voluntad contraria a la renovación de una u otra parte, el contrato se prorrogaba tácitamente y obligatoriamente para el arrendador por plazos anuales hasta un máximo de tres años más, siendo aplicable al contrato prorrogado el régimen legal y convencional al que estuviera sometido (art. 10 LAU). El artículo 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos 1994 (relativo a la enajenación de la vivienda arrendada) estableció una excepción a la fe pública registral en beneficio del arrendamiento no inscrito, regulando un supuesto de oponibilidad legal del mismo al tercero hipotecario de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, *por el periodo de prórroga obligatoria de 5 años*. Por lo tanto, tratándose de finca inmatriculada y aunque el comprador de la misma reuniese los requisitos para ser protegido por la fe pública registral frente al arrendamiento no inscrito (arts. 32 y 34 LH), el adquirente quedaba subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador durante los cinco primeros años de vigencia del contrato. Ahora bien, si pactada una duración superior a los cinco años, el adquirente reuniese los requisitos para ser considerado tercero hipotecario, entonces el arrendamiento no inscrito solo le perjudicaba por el periodo de prórroga legal obligatoria (5 años). En este caso, el enajenante debería indemnizar al arrendatario con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato, que excediendo del plazo citado de cinco años, restase por cumplir. Si las partes hubiesen estipulado en el contrato

(lo que sería un pacto *contra legem*, nulo de pleno derecho, en cuanto contrario al art. 9.1 y 14.1 LAU 1994, pero válido en cuanto desplazase simplemente el art. 14.2 LAU 1994), que la enajenación de la vivienda arrendada extinguirá automáticamente el arrendamiento, el adquirente *solo deberá soportar el arrendamiento durante el periodo que reste para el transcurso de cinco años, aunque no sea tercero hipotecario y el arrendamiento estuviese pactado por duración superior a 5 años* (art. 1258 CC y art. 14.3 LAU 1994). *Tratándose de finca no inmatriculada y de enajenación voluntaria*, de acuerdo con los artículos 9.1 y 14.1 y 2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, el comprador se subrogaba en el contrato de arrendamiento, continuando este durante el periodo de prórroga legal obligatoria o durante toda la duración pactada (si era superior), no aplicándose el artículo 1571 Código civil, *al estar desplazado por la regulación de la ley especial*. Si las partes hubiesen estipulado que la enajenación de la vivienda arrendada extinguiría el arrendamiento, se aplicaría analógicamente el artículo 14.3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994⁹.

En cuanto a la resolución del derecho del arrendador como consecuencia de una ejecución hipotecaria, el artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 disponía que si durante los cinco primeros años de duración del contrato el derecho del arrendador quedara resuelto como consecuencia de una ejecución hipotecaria, *el arrendatario tendría derecho, en todo caso, a continuar en el arrendamiento hasta que se cumpliesen cinco años*. Esto es, el arrendamiento, inscrito o no, debía ser soportado por el acreedor adjudicatario o por el rematante durante el periodo de prórroga legal obligatoria, subrogándose en la posición del hipotecante arrendador. Si la duración del contrato era superior a cinco años y la resolución del derecho del arrendador por ejecución hipotecaria se produjese transcurridos los cinco primeros años de vigencia del mismo, *el arrendamiento quedaría extinguido, salvo que hubiese accedido al Registro de la Propiedad antes que la hipoteca*. En este caso, *continuaría el arrendamiento por la duración pactada* (art. 17 LH y art. 13.2 LAU 1994).

En cuanto al artículo 13.3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 regulaba el supuesto de que *el arrendamiento hubiera sido concertado por un no dueño, esto es, el arrendamiento de cosa ajena*. En este sentido se disponía que si el arrendamiento se había concertado por el arrendatario de buena fe, bien ignorando la inexactitud del Registro de la Propiedad (*arg. ex art. 34.2 LH*) en caso de que el no dueño apareciese en los libros del Registro como propietario, o bien sobre la base de un estado de cosas cuya creación fuese imputable al verdadero propietario (esto es, el *verus dominus* es conocedor de la posesión de hecho en concepto de dueño por un tercero y negligentemente no la interrumpe reclamando la restitución de la cosa *ex* artículos 348, 433, 448, 1950 y 1945 a 1947 CC), *el arrendamiento tendrá ex lege una duración de cinco años en beneficio del arrendatario, que adquiere así por ministerio de la ley un arrendamiento sobre cosa ajena*. De manera que si el verdadero dueño demostrase la inexactitud del Registro (arts. 1.3, 38.2 y 40 LH) o recuperase la posesión como hecho, quedaría subrogado por dicho plazo en el arrendamiento concertado por el no dueño. Si el no dueño hubiese hipotecado la finca (adquiriendo a *non domino* el acreedor hipotecario el derecho real de hipoteca *ex* art. 34 LH) y se realizase la garantía, el acreedor adjudicatario o el comprador en subasta de la misma, también quedaría subrogado en el arrendamiento concertado por el no dueño, durante los cinco años de prórroga legal obligatoria, *siempre que la ejecución hipotecaria tuviera lugar durante los primeros cinco años de vigencia del contrato*. En otro caso, quedaría extinguido el arrendamiento (*arg. ex art. 13.1 y 13.3 LAU 1994*).

Tratándose de viviendas suntuarias, como es posible que en el contrato se hubiese pactado la exclusión de la prórroga legal obligatoria, si tal se hubiere hecho, no serían aplicables los artículos 13 y 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 que habrían sido *indirectamente excluidos*. Tampoco se aplicarían estos preceptos si se hubiese pactado que la enajenación de la vivienda arrendada extinguiría el arriendo (en cuyo caso habría un desplazamiento *expreso* de tales artículos *ex art.* 6.3 CC y 4.2 y 6 LAU 1994).

V. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA TRAS LA LEY 4/2013, DE 4 DE JUNIO, DE MEDIDAS DE FLEXIBILIZACIÓN Y FOMENTO DEL MERCADO DEL ALQUILER DE VIVIENDAS

La Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 fue objeto de reforma por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. Con esta reforma, que entró en vigor el 6 de junio de 2013, el legislador sometió la oponibilidad del arrendamiento frente a tercero hipotecario a los principios del sistema de publicidad registral inmobiliaria (arts. 13, 32 y 34 LH), eliminando la excepción a la fe pública registral (y la oponibilidad legal) establecida por la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, en su inicial redacción, en beneficio del arrendatario de vivienda. De manera que siendo la inscripción del arrendamiento voluntaria (como en términos generales es la inscripción en el ordenamiento jurídico español), el arrendatario tendría la *carga de inscribir* al poderse derivar efectos desfavorables para el mismo del hecho de la no inscripción.

Si la finca no estuviese inmatriculada, el arrendatario podía hacer uso del artículo 312 del Reglamento Hipotecario (previsto para la inscripción de derechos reales sobre fincas no inscritas, pero aplicable por analogía) y, *desde la entrada en vigor el 1 de noviembre de 2015*, de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, del artículo 203.2 de la Ley Hipotecaria¹⁰.

Así, de acuerdo con el artículo 7.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en su nueva redacción, «en todo caso, para que los arrendamientos concertados sobre fincas urbanas, surtan efecto frente a terceros que hayan inscrito su derecho [o *a fortiori*, *no lo hayan hecho*], dichos arrendamientos deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad». Este nuevo artículo 7.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 estaría haciendo referencia al efecto de afección de lo inscrito a terceros adquirentes de que habla ROCA SASTRE y sentaría el mismo principio que el artículo 1549 del Código civil establece para los arrendamientos sujetos al mismo¹¹.

De acuerdo, pues, con la disposición transitoria primera de la Ley 4/2013, el nuevo régimen de *sometimiento a la publicidad registral* para los arrendamientos de vivienda es aplicable a los arrendamientos concertados *a partir del 6 de junio de 2013*, subsistiendo el régimen jurídico anterior (de excepción a la fe pública registral), para los arrendamientos concertados antes de dicha fecha¹².

La Ley 4/2013 reduce de cinco a tres años la prórroga legal obligatoria, y de tres años a un año, la prórroga tácita y elimina el régimen jurídico especial de los arrendamientos de vivienda suntuaria, para los cuales, por lo tanto, rige el régimen jurídico general de los arrendamientos de vivienda (título II de la LAU). Complementando el nuevo artículo 7.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos

de 1994, el artículo 10.2 en su nueva redacción establece que *una vez inscrito el contrato de arrendamiento, la prórroga legal de tres años (art. 9) y la prórroga tácita (art. 10), se impondrán respecto de cualquier tercer adquirente, incluso aquellos que reúnan los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.*

Y el artículo 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos 1994, en su nueva redacción, señala que *el adquirente de una finca inmatriculada, arrendada como vivienda, que reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no se verá afectado por el arrendamiento no inscrito y sí por el inscrito. El tercero, pues, que reúne los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, si el arrendamiento no consta inscrito, puede desconocerlo (art. 32 LH); pero si el tercer adquirente lo fuese a título gratuito o no ostentase buena fe o no hubiese adquirido de titular registral, o no hubiera inscrito su título de compraventa, quedará subrogado en el arrendamiento incluso aunque no constase inscrito (art. 14 a sensu contrario y arg. ex art. 29 LAU), por el tiempo indicado en el artículo 9.1 LAU. Igualmente se subrogará en el arrendamiento el heredero del arrendador*¹³.

*Si la finca no estuviese inmatriculada se aplicará lo dispuesto en el artículo 1571 del Código civil (art. 14.2 LAU) Y si el comprador usare del derecho a pedir la extinción del arriendo, el arrendatario podrá exigir que se le deje continuar en la vivienda durante tres meses desde que el adquirente le notifique fehacientemente su voluntad favorable a la extinción del arriendo, durante los cuales deberá satisfacer al nuevo propietario la renta y demás cantidades que se devenguen (como el recibo de la comunidad de propietarios por los gastos generales o el recibo del IBI, de acuerdo con el art. 20.1 LAU). A su vez, el arrendador-vendedor deberá indemnizar al arrendatario los daños y perjuicios que la enajenación de la vivienda le haya causado (p.e., gastos de mudanza). Para MAS BADÍA, la indemnización de que habla el artículo 14.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en su nueva redacción es «la misma que contempla el propio artículo 1571 del Código civil en su número 2, in fine»*¹⁴.

Como señala LUCAS FERNÁNDEZ, el arrendatario debe ejercitar este derecho frente al arrendador-vendedor aunque el comprador tuviese noticia de la existencia del arriendo. Esta indemnización tendría su origen en el quebrantamiento de la obligación del artículo 1554.3.º Código civil de mantener al arrendatario en el goce pacífico de la cosa arrendada por todo el tiempo de duración del contrato. En todo caso, en el juicio correspondiente diverso del juicio de desahucio seguido por el comprador frente al arrendatario para ejercitar su derecho a la terminación del arriendo, el arrendatario deberá probar los daños que se le han causado pues podría darse el caso de que el incumplimiento de la obligación del artículo 1554.3.º de Código civil carecería de consecuencias perjudiciales¹⁵.

Como señala GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, lo que parece desprenderse de la nueva regulación introducida en los artículos 7.2, 9, 10, 13 y 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos es que la regla subyacente, aunque residual, sigue siendo la subrogación del comprador en la posición del arrendador¹⁶.

Tratándose de finca inmatriculada y de realización de la garantía hipotecaria, el arrendamiento quedará extinguido a diferencia del texto del antiguo artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994. Dicha extinción es automática sin necesidad de ser instada por el acreedor adjudicatario o el rematante en la subasta. Pero si el arrendamiento constase inscrito antes que la hipoteca, entonces perdura por la duración indicada en el artículo 10.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 (por todo el plazo pactado, o por el periodo de prórroga legal y, en su caso, por el periodo de prórroga tácita, si esta ya está en curso o no

estándolo, es posteriormente admitida por el acreedor adjudicatario o rematante en la subasta).

De lo expuesto parece desprenderse que el artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en redacción dada por Ley 4/2013 aplica un criterio de estricta prioridad registral en la determinación de la subsistencia o no del arriendo tras la ejecución hipotecaria (art. 17 LH). Sin embargo, teniendo presente el principio de fe pública registral, que puede jugar o no en favor del adquirente de la hipoteca en relación con arrendamientos no inscritos (constituidos con anterioridad), dicho criterio inicial entiendo que debe ser matizado.

En efecto, en relación con la hipoteca, de acuerdo con el artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, en su nueva redacción, la adquisición del rematante o del acreedor adjudicatario en el procedimiento de ejecución hipotecaria *trae causa del derecho real de hipoteca del acreedor hipotecario en el estado en que la hipoteca fue adquirida por este*, razón por la que si operó el principio de fe pública registral a favor del acreedor hipotecario (arts. 32 y 34 LH), su derecho real purificado por el juego de la fe pública registral de los derechos anteriores no inscritos (en este caso, arrendamientos no inscritos) *es el que da origen al derecho de propiedad libre de cargas del rematante o del acreedor adjudicatario*.

Sentado este principio, habría que indicar que al rematante o al adjudicatario no le pueden perjudicar arrendamientos posteriores a la hipoteca al ser inoponibles al acreedor hipotecario (arts. 7.2 y 10.2 LAU y 32 y 34 LH). Aplicando simples reglas de Derecho Civil puro, resuelto el derecho del que da (propietario hipotecante) por la ejecución de la hipoteca, quedan resueltos los derechos concedidos, o sea, el arrendamiento posterior a la hipoteca. *Es claro, pues, que el arrendamiento constituido e inscrito (o no inscrito) en el Registro de la Propiedad después de la constitución de la hipoteca queda extinguido como consecuencia de la realización de la hipoteca por las razones expuestas, pues no puede ser de mejor condición el arrendamiento posterior no inscrito que el inscrito (arts. 13 LAU, 134 LH y 674 LEC)*.

Igualmente es claro que el arrendamiento constituido e inscrito antes que la hipoteca, subsiste tras la realización de esta durante todo el plazo pactado o durante el periodo de prórroga legal, o el periodo de prórroga tácita que estuviese ya iniciado antes de verificarse la adquisición en la ejecución hipotecaria (arts. 7 y 10.2 y 13.1 LAU).

Ahora bien, *en cuanto al arrendamiento constituido antes de la inscripción de la hipoteca e inscrito después que esta es evidente que caben tres alternativas*. Primera, aplicar un criterio de estricta prioridad registral (arts. 17 y 134 LH y 674 LEC), lo que conduciría en todo caso a la extinción del derecho de arrendamiento por haber sido inscrito después que la hipoteca. *Esta solución no la encontramos acertada por su carácter estrictamente formalista, al no tener en cuenta la buena o mala fe que pudo haber concurrido en su día en el acreedor hipotecario*. Segunda, atender a la posición del rematante o acreedor adjudicatario *autónomamente*, respecto de la posición del acreedor hipotecario al adquirir con la inscripción su hipoteca, midiendo respecto de aquellos la buena o la mala fe concurrente. De manera que, inscrito el arrendamiento antes de su adquisición, el rematante o adjudicatario tendrían siempre mala fe (derivada de la afección de la inscripción) y deberían soportar dicho arrendamiento. Y no inscrito el arrendamiento, pero conocido por el rematante o el acreedor adjudicatario, perjudicaría a estos aunque en su día, al adquirir e inscribir la hipoteca, el acreedor hipotecario hubiera sido tercero hipotecario de los artículos 32 y 34 LH en relación con el arrendamiento. Tercera, entender que el rematante o el acreedor adjudicatario pueden resultar

protegidos indirectamente por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, si en su día fue protegido en su adquisición por dicho precepto el acreedor hipotecario. *Por lo que si operó la fe pública registral (arts. 32 y 34 LH y 7.2 y 10 y 14 LAU) en beneficio del acreedor hipotecario, el arrendamiento constituido con anterioridad a la hipoteca e inscrito (o no) después que esta, no perjudicará al rematante o al propio acreedor adjudicatario, al traer su adquisición causa de la que verificó en su día el acreedor hipotecario. Por el contrario, si el acreedor hipotecario tuvo mala fe en su adquisición (art. 10.2 LAU a sensu contrario, según el cual el arrendamiento no inscrito es oponible a terceros adquirentes que no reúnan los requisitos del art. 34 LH y arg. ex art. 14 LAU), ese arrendamiento inscrito con posterioridad a la hipoteca perjudicará al rematante o al propio acreedor adjudicatario ya que no operó la fe pública registral a favor del acreedor hipotecario ni tampoco puede operar en favor de aquellos por impedirlo la inscripción. Si el arrendamiento constituido con anterioridad a la hipoteca no hubiese sido inscrito, no reuniendo el acreedor hipotecario la condición de tercero hipotecario, habría que tener en cuenta entonces, autónomamente, si el rematante es tercero hipotecario en relación con el mismo (arts. 10.2 LAU y 32 y 34 LH).*

Esta posición tiene la ventaja de matizar la prioridad registral que se expresa en la purga de cargas posteriores a la hipoteca (art. 17 LH) con el principio de fe pública registral y la buena fe (arts. 32 y 34 LH)¹⁷.

En conclusión, en relación con la venta forzosa derivada del *ius distrahendi* del acreedor hipotecario, producida la resolución del derecho del arrendador por la ejecución de la hipoteca, *el arrendamiento constituido e inscrito con posterioridad deberá quedar purgado y cancelado, pudiendo subsistir el arrendamiento si fuese anterior a la hipoteca en función de los casos¹⁸.*

VI. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA TRAS EL REAL DECRETO LEY 21/2018, DE 14 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA DE VIVIENDA Y ALQUILER

El Real Decreto Ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler modificó de nuevo la Ley de Arrendamientos Urbanos 1994, estableciendo un régimen jurídico aplicable a los arrendamientos de vivienda concertados entre el 19 de diciembre de 2018 (fecha de la entrada en vigor del Real Decreto Ley de acuerdo con su disposición final tercera) y el 23 de enero de 2019, pues no habiendo sido convalidado el Real Decreto Ley por el Congreso de los Diputados, estuvo vigente hasta la publicación del acuerdo de derogación en el Boletín Oficial del Estado, lo que se produjo el 24 de enero de 2019¹⁹.

Por lo tanto, los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados antes del 19 de diciembre de 2018 se rigen por la normativa anteriormente estudiada, salvo que las partes hubiesen estipulado durante este periodo de vigencia del Real Decreto Ley 21/2018 su adaptación al nuevo régimen jurídico introducido por este; cosa posible, por ejemplo, en relación con un contrato de arrendamiento sujeto a la Ley 4/2013, de acuerdo con la disposición transitoria primera de dicho Real Decreto Ley y el artículo 6 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, ya que el nuevo Real Decreto Ley aumenta en duración la prórroga legal y la prórroga tácita, lo que permite contradecir por nuevo pacto las disposiciones semiimperativas del régimen jurídico anterior²⁰.

En relación con el arrendamiento de vivienda, nuevamente se introduce la diferenciación entre vivienda suntuaria y no suntuaria, determinando el artícu-

lo 4.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos 1994, en su nueva redacción, que los *arrendamientos de la totalidad de la vivienda* cuya superficie sea superior a 300 metros cuadrados o en los que la renta inicial en cómputo anual exceda de 5,5 veces el salario mínimo interprofesional anual se regirán en primer lugar por la voluntad de las partes; en su defecto, por el título II de la Ley de Arrendamientos Urbanos y supletoriamente por el Código civil. Es decir, para estos arrendamientos el título II de la Ley de Arrendamientos Urbanos no es semiimperativo (art. 6) sino derecho dispositivo (art. 1255 y 6.3 CC)²¹.

De acuerdo con la nueva redacción dada al artículo 9 de la Ley de Arrendamientos Urbanos 1994, la duración del arrendamiento será la libremente pactada por las partes, pero si esta fuera inferior a cinco años (o siete, si el arrendador fuera persona jurídica), el arrendamiento se prorrogará obligatoriamente para el arrendador y a favor del arrendatario (que adquiere así una mayor estabilidad en la vivienda) hasta que el arrendamiento alcance una duración mínima de cinco años, o siete si el arrendador es persona jurídica, salvo que el arrendatario manifestase en plazo su voluntad de no renovación (arts. 9.1 y 9.4 LAU). Si la vivienda fuese suntuaria, las partes podrían pactar la inexistencia de esta prórroga forzosa a favor del arrendatario²².

Si llegada la fecha de vencimiento del contrato o de cualquiera de sus prórrogas ninguna de las partes hubiese notificado a la otra con al menos treinta días de antelación su voluntad de no renovación, el contrato se prorrogará obligatoriamente durante tres años más. Se trata de una prórroga tácita, más amplia que la prevista por la Ley 4/2013 (art. 10.1 LAU).

Si el arrendamiento se inscribe en el Registro de la Propiedad, el derecho de prórroga forzosa del artículo 9.1 y el de prórroga tácita del artículo 10.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, en su nueva redacción, que esté en curso, perjudicará a todo tercero comprador de la vivienda, esto es, el arrendamiento le será oponible (arts. 7.2 y 10.2 LAU y 32 LH *a sensu contrario*) debiendo subrogarse en el mismo.

Si el arrendamiento no se inscribe en el Registro de la Propiedad y se trata de finca inmatriculada, de acuerdo con el artículo 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos 1994 (que no se modifica en el tenor que le dio la Ley 4/2013), el comprador que reúna los requisitos de los artículos 32 y 34 Ley Hipotecaria no se verá perjudicado por el arrendamiento no inscrito, que quedará automáticamente extinguido desde la inscripción del comprador. Es decir, se aplica el principio de fe pública registral en beneficio del comprador, lo que anula en buena medida el efecto buscado por la ampliación de la prórroga legal y de la prórroga tácita. Si el arrendamiento constase inscrito, perjudicará al tercero hipotecario debiendo subrogarse en la posición del arrendador. Si el arrendamiento no constase inscrito y el adquirente no fuese tercero hipotecario (arts. 32 y 34 LH), se verá afectado por el arrendamiento no inscrito como hemos explicado antes (*arg. ex art. 14 LAU a contrario sensu* y *ex art. 29 LAU relativo al arrendamiento de local de negocio*). Si bien existen opiniones doctrinales que consideran que bastaría la inscripción del dominio con buena fe para que el arrendamiento no inscrito no perjudicase al adquirente de la vivienda arrendada (p.e., donatario o comprador que no contrata con el titular registral; *arg. ex art. 7.2 LAU y 32 LH* interpretados aisladamente del art. 14 LAU y 34 LH)²³.

Dado que el Real Decreto Ley deja inalterados los artículos 13 y 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 y solo modifica en lo preciso el artículo 9.4, las consideraciones que hemos hecho antes sobre la enajenación voluntaria y forzosa derivada de ejecución hipotecaria para los arrendamientos sujetos a la

Ley 4/2013 son trasladables a los arrendamientos verificados bajo la vigencia del Real Decreto Ley 21/2018²⁴.

Pese a que en su Preámbulo el Real Decreto Ley 21/2018 señala que «la reforma liberalizadora de 2013, además de no dar los resultados esperados en lo relativo al incremento de la oferta de vivienda y la moderación de los precios, *ha situado al arrendatario de una vivienda como residencia habitual en una posición de debilidad que no responde a las condiciones mínimas de estabilidad y seguridad con las que se debe dotar al inquilino de una vivienda en posesión de justo título*», el mantenimiento de los artículos 13 y 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos sin modificación no soluciona este problema que el Real Decreto Ley pretendería afrontar «equilibrando la posición jurídica del propietario y el inquilino en la relación arrendaticia», equilibrio que no se alcanza²⁵.

Consecuencia de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de 24 de enero de 2019 del acuerdo de derogación del Real Decreto Ley 21/2018 es que a los contratos de arrendamiento celebrados a partir de dicha fecha les resultará aplicable «el régimen legal de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, con el redactado de las últimas reformas de 2013 (Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas y de 2015 (Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española)», es decir, la prórroga legal de tres años y la tácita de un año, también para los arrendamientos de vivienda suntuaria (art. 4.2 LAU)²⁶.

VII. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA TRAS EL REAL DECRETO LEY 7/2019, DE 1 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA DE VIVIENDA Y ALQUILER

El 5 de marzo de 2019 se publicó de nuevo en el Boletín Oficial del Estado otro Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, dando nueva redacción a diversos preceptos de la Ley de Arrendamientos Urbanos 1994. Esta nueva redacción de la norma es aplicable a aquellos contratos de arrendamiento de vivienda que se celebren tras su entrada en vigor, producida el 6 de marzo de 2019, de acuerdo con la disposición final tercera del Real Decreto Ley 7/2019. Por lo tanto, los contratos celebrados desde el 24 de enero de 2019 hasta el 5 de marzo de 2019 se registrarán por la redacción dada a la Ley de Arrendamientos Urbanos por la Ley 4/2013 (como hemos indicado antes), dado que la reforma operada por este Real Decreto Ley 7/2019 no tiene efectos retroactivos de acuerdo con su disposición transitoria primera. No obstante, cabe con arreglo a este precepto legal, que los contratos celebrados con anterioridad al 6 de marzo de 2019 se adapten al nuevo régimen jurídico siempre que ello no resulte contrario a previsiones legales, teniendo presente que el título II de la Ley de Arrendamientos Urbanos contiene normas semiimperativas que se pueden excluir por pacto en beneficio del arrendatario siempre que el cambio de régimen jurídico no perjudique a tercero (p.e., al acreedor hipotecario *ex art.* 6.3 CC)²⁷.

Siempre que se trate de arrendamiento de vivienda no suntuaria (*arg. ex art.* 4.2 LAU 1994), el arrendatario tendrá un derecho de prórroga legal forzosa (obligatoria para el arrendador) de hasta 5 años, o 7 años si el arrendador es persona jurídica. En ambos casos se establece una prórroga tácita posterior de hasta 3 años (arts. 4.2, 9.1 y 10 LAU 1994). Si la vivienda es suntuaria, al regirse el arrendamiento en primer lugar por la voluntad de las partes, en su defecto, por

el título II de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, y supletoriamente por el Código civil, las partes pueden pactar la inexistencia de prórroga forzosa, así como que la venta voluntaria de la vivienda arrendada o la resolución del derecho del arrendador como consecuencia de una ejecución hipotecaria extinguirá *ipso iure* el arrendamiento. Esto es, cabría desplazar por voluntad de las partes los artículos 13 y 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 en su nueva redacción (no así el efecto de la inscripción del arriendo antes que la hipoteca, pues la oponibilidad registral a terceros del arriendo inscrito [arts. 1549 CC y 32 LH] constituiría una norma de orden público)²⁸.

El Real Decreto Ley 7/2019 modifica los artículos 4.2 y 5.e) de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 en el mismo sentido que lo hizo el Real Decreto Ley 21/2018. El artículo 7 se modifica para suprimir su párrafo segundo e igualmente se modifica el artículo 10.2 y con ello la sujeción a la publicidad registral para la oponibilidad *erga omnes* del arrendamiento. No obstante, restan el artículo 1549 del Código civil y el artículo 32 de la Ley Hipotecaria que establecen dicho principio de afección de lo inscrito a terceros (terceros hipotecarios y meros terceros adquirentes). Con ello la nueva redacción de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 quiere remarcar *la no necesidad de la inscripción registral para que el arrendamiento afecte incluso al tercero hipotecario, o sea el retorno a la excepción legal al principio de fe pública registral de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria*²⁹.

El artículo 9.4 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, *relativo al arrendamiento de finca ajena no inmatriculada*, es también suprimido y sustituido por un tercer párrafo que se añade al artículo 13 y que señala:

«Durarán cinco años los arrendamientos de vivienda ajena que el arrendatario haya concertado de buena fe con la persona que aparezca como propietario de la finca en el Registro de la Propiedad, o que parezca serlo en virtud de un estado de cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario, sin perjuicio de la facultad de no renovación a que se refiere el artículo 9.1, salvo que el referido propietario sea persona jurídica, en cuyo caso durarán siete años».

Al eliminarse las referencias a la venta por el no dueño de la vivienda ajena arrendada o al vencimiento en juicio por el *verus dominus* (a que hacía mención la redacción dada al artículo 9.4 por Ley 4/2013 y mantenida por el Real Decreto Ley 21/2018), casos en que procedía aplicar el artículo 1571 Código civil; hay que entender que incluso en tales supuestos existe derecho a una prórroga legal en favor del arrendatario, debiendo subrogarse el comprador, o en su caso el dueño, en dicho arrendamiento. Lo que supone un adquisición *a non domino* por obra de la Ley de Arrendamientos Urbanos del derecho de arrendamiento, lo que favorece la estabilidad del inquilino³⁰.

Para el caso de enajenación voluntaria de la vivienda arrendada, el Real Decreto Ley 7/2019 recupera en el artículo 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 la excepción a la fe pública registral en favor del arrendamiento no inscrito durante el periodo de prórroga obligatoria de cinco o siete años, de manera que al tercero de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria *el arrendamiento no inscrito le perjudicará por dicho plazo, debiendo el comprador subrogarse en la posición del arrendador, hasta que el arrendatario haya disfrutado la posesión de la vivienda durante un periodo igual a cinco o siete años*.

Si el contrato tuviese duración superior a cinco o siete años y el comprador fuese tercero hipotecario, solo deberá soportar el arriendo por dicho plazo de vigencia mínima legal, debiendo el arrendador indemnizar al arrendatario con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año

del contrato que excediendo del plazo citado de cinco, o siete años si el arrendador es persona jurídica, restase por cumplir. Si el comprador no fuese tercero hipotecario de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria deberá subrogarse por la totalidad de la duración pactada *incluso aunque el arrendamiento no constase inscrito* (art. 14.2 LAU).

No obstante, si el contrato figurase inscrito, también será oponible *erga omnes* (y por lo tanto al comprador) como consecuencia de la inscripción y del efecto de afección a terceros de la publicidad registral, perjudicando a todo tercer adquirente que deberá subrogarse por la totalidad de la duración pactada (art. 1549 CC y 32 LH). Esta inscripción puede ser útil si el arriendo durase más de cinco años, o siete años en el caso de arrendador persona jurídica, y así evitar la limitación a la oponibilidad legal del arriendo por el surgimiento de un tercero hipotecario (art. 14.2 LAU 1994).

Si las partes hubiesen pactado que la enajenación de la vivienda arrendada extinguirá el arrendamiento, el adquirente solo deberá soportar el arrendamiento durante el plazo de prórroga legal de cinco años, o de siete años si el arrendador anterior fuese persona jurídica. De manera que si la venta se produce en periodo de prórroga tácita, la venta extinguiría automáticamente el arriendo (como condición resolutoria pactada al amparo del art. 6 y 14.3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos 1994 y del art. 1255 CC, no aplicándose el art. 1571 CC)³¹.

En relación con la resolución del derecho del arrendador como consecuencia de una ejecución hipotecaria, el artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, en su nueva redacción, establece también una oponibilidad legal del arrendamiento en perjuicio incluso de tercero hipotecario.

Así, si durante los cinco primeros años de duración del contrato, o siete años si el arrendador fuera persona jurídica, el derecho del arrendador quedara resuelto como consecuencia de una ejecución hipotecaria, el arrendamiento que conste inscrito en el Registro antes que la hipoteca, ya sea anterior a la hipoteca y fuese o no tercero hipotecario el acreedor hipotecario en relación con dicho arrendamiento (arts. 32 y 34 LH), ya sea posterior a la hipoteca y conste inscrito o no, *continuará en perjuicio del acreedor adjudicatario o del rematante en la subasta (aunque este pudiera ostentar autónomamente la condición de tercero del artículo 34 LH protegido por la fe pública registral), hasta que se cumpla el plazo de prórroga legal*.

De tal manera que el acreedor adjudicatario o el rematante en la subasta quedará subrogado en la posición del arrendador hasta cumplirse el plazo de vigencia mínima de cinco años, o siete años si el arrendador era persona jurídica. La posición de tercero protegido por la fe pública registral del acreedor hipotecario (o en su caso, autónomamente, del rematante), *se ve exceptuada por la oponibilidad legal del arrendamiento durante el periodo de vigencia mínima*.

Si el contrato tuviese una duración superior a los cinco años, o siete años en el caso de arrendador persona jurídica, y transcurrido el periodo de duración mínima legal el derecho del arrendador quedara resuelto como consecuencia de una ejecución hipotecaria, el arrendamiento quedará extinguido, salvo el supuesto en que el arrendamiento hubiese accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a la hipoteca en cuyo caso continuará el arrendamiento por la duración pactada.

Surge en este caso la duda de si la solución del artículo 13.1.2.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en redacción dada por el Real Decreto Ley 7/2019, no debería ser matizada para el arrendamiento no inscrito anterior a la hipoteca en función de la buena o mala fe del acreedor hipotecario al adquirir la hipoteca

(arts. 32 y 34 LH y 14.2 LAU), o en función de la posición autónoma que en relación con dicho arrendamiento tuviese el rematante en la subasta.

Si el arrendamiento y la hipoteca hubieran sido constituidos por un titular registral no dueño (art. 13.3 LAU 1994, en redacción dada por RD Ley 7/2019), verificando el acreedor hipotecario por su inscripción con los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria una adquisición *a non domino* de su derecho real, también en este caso, producida la ejecución hipotecaria, el arrendatario tendría derecho a permanecer en la vivienda ejecutada por el plazo de prórroga legal de cinco, o siete años si el arrendador fuese persona jurídica. Ahora bien, si la ejecución se produjese transcurrido dicho plazo de cinco o siete años referido; y el arriendo (aunque el plazo pactado para el arrendamiento fuera superior a la vigencia legal mínima e incluso aunque tal arrendamiento con dicho plazo figurase inscrito antes que la hipoteca) *no tendría título para permanecer en el inmueble*, pues la ley solo le asegura la adquisición *a non domino por ministerio de ley* (art. 13.3 LAU) del arriendo por el período de cinco o siete años referido; y el arriendo, si bien es un derecho personal *poseíble*, al ser susceptible de ejercicio reiterado, no es susceptible de ser adquirido por usucapión (art. 1930 CC y 35 LH) ni de adquirirse *a non domino* como efecto de la publicidad registral (art. 34 LH).

En relación con el tanteo y retracto arrendaticio, el Real Decreto Ley modifica el artículo 25.7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 *en los mismos términos que lo hizo el Real Decreto Ley 21/2018*³².

El Real Decreto Ley 7/2019 modifica también la Disposición Adicional tercera de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, incorporando un párrafo segundo del siguiente tenor:

«Con objeto de favorecer la transparencia y facilitar el intercambio de información para el ejercicio de políticas públicas, la normativa que regule el depósito de fianza a que se refiere el apartado anterior *determinará los datos que deberán aportarse por parte del arrendador, entre los que figurará, como mínimo:* a) Los datos identificativos de las partes arrendadora y arrendataria, incluyendo domicilios a efectos de notificaciones. b) Los datos *identificativos de la finca*, incluyendo la dirección postal, *año de construcción y, en su caso, año y tipo de reforma, superficie construida de uso privativo por usos, referencia catastral y calificación energética.* c) *Las características del contrato de arrendamiento, incluyendo la renta anual, el plazo temporal establecido, el sistema de actualización, el importe de la fianza y, en su caso, garantías adicionales, el tipo de acuerdo para el pago de los suministros básicos, y si se arrienda amueblada.*».

Se crea así un tercer tipo de Registro que viene a sumarse al Registro de la Propiedad y al Catastro y que tendría una naturaleza administrativa y un ámbito territorial autonómico, para el desarrollo de políticas públicas de vivienda como promoción de vivienda en alquiler social o asequible (*vid.*, Disposición adicional primera y disposición adicional segunda del Real Decreto Ley 21/2019) con información sobre las fincas arrendadas y *características de los contratos de arrendamiento celebrados sobre los mismos*. Esta medida, como dice PERARNAU MOYA, no se preveía en el Real Decreto Ley 21/2018, y es por ello una novedad³³.

VIII. CONCLUSIONES

I. El Real Decreto Ley 21/2018, que no fue finalmente convalidado por el Congreso de los Diputados, si bien amplió la prórroga legal y la prórroga tácita para el arrendamiento de vivienda no suntuaria, no logró dotar al arrendatario de

la necesaria estabilidad en la misma al mantener inalterados los artículos 7.2, 13 y 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, o sea, la necesidad de inscripción registral para la *oponibilidad* del arrendamiento frente a terceros adquirentes y la sujeción del arrendamiento a los principios del sistema de publicidad registral.

II. El Real Decreto Ley 7/2019, que fue convalidado por la Diputación Permanente, sí que ha conseguido dotar al arrendatario de una mayor estabilidad en la vivienda no suentaria al recuperar la excepción a la fe pública registral en los artículos 13 y 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, en beneficio del arrendamiento no inscrito y por el plazo de vigencia mínima legal del contrato.

IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC de 2 de octubre de 1997
- STS de 5 de febrero de 1945
- STS de 22 de diciembre de 1945
- STS de 22 de mayo de 1963
- STS de 31 de octubre de 1986
- STS de 23 de diciembre de 1988
- STS de 17 de noviembre de 1989
- STS de 23 de febrero de 1991
- STS de 6 de mayo de 1991
- STS de 9 de mayo de 1996
- STS de 30 de enero de 2018
- STS de 26 de junio de 2018
- STS de 12 de julio de 2018
- STS de 17 de enero de 2019
- SAP de Sevilla de 5 de febrero de 1992

X. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M. (2011). *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*. Madrid, Edisofer.
- FUENTES-LOJO RIUS, A. (2018). El Real Decreto Ley de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler: aspectos de propiedad horizontal, arrendaticios y viviendas de uso turístico. *Diario La Ley*, Sección Tribuna, 18 de diciembre de 2018, 1-9 (formato PDF).
- (2019). La reforma fallida de la LAU: panorama actual y perspectivas de futuro. *Diario La Ley*, 1 de febrero de 2019, 1-8 (formato PDF).
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A. E. (2013). La subsistencia del arrendamiento tras la realización en pública subasta de la finca arrendada. *Diario La Ley*, núm. 8130, 1-9 (formato PDF).
- JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2015). Ejecución hipotecaria y arrendamiento tras la Ley 4/2013, de 4 de junio. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 749, 1643-1664.
- LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1997). Comentario a los artículos 1571 y 1572 del Código civil. En M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dir.). *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Tomo XX. Vol. 1.º B. Madrid, Edersa, 1347-1409.

- MARTÍNEZ DE SANTOS, A. (2019). Tres interrogantes sobre el Real Decreto Ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler. *Diario La Ley*, núm., 9341, 1-7 (formato PDF).
- (2019). La derogación del decreto ley y el precipicio a que nos conduce un legislador provisional. *Diario La Ley*, núm., 9355, 1-5 (formato PDF).
- (2019). De nuevo sobre las medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler: el Real Decreto ley 7/2019 de 1 de marzo. *Diario La Ley*, núm., 9382, 1-8 (formato PDF).
- MAS BADÍA, M.^a. D. (2014). Arrendamiento de vivienda, tutela del inquilino y seguridad del tráfico: en especial, la inoponibilidad del arrendamiento no inscrito tras la Ley 4/2013, de 4 de junio. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 746, 3049-3108.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2001). *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Tomo II. Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad. Madrid, Centro de Estudios Registrales.
- PERARNAU MOYA, J. (2019). Los arrendamientos de viviendas tras las reformas de los Decretos Ley 21/2018 y 7/2019. *Diario La Ley*, núm., 9395, 1-10 (formato PDF).
- ROCA SASTRE, R. M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1995). *Derecho Hipotecario*. Tomo I. Fundamentos de la publicidad registral. Barcelona: Bosch.
- SÁNCHEZ CALERO, F. J y SÁNCHEZ CALERO ARRIBAS, B. (2019). *Manual de Derecho Inmobiliario Registral*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- SEPÍN e ICAM. (2019). *Guía práctica sobre la reforma del alquiler de viviendas*. Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo. Doctrina, Cuadros comparativos, Esquemas, Formularios y Legislación. Madrid, Editorial Jurídica Sepín e ICAM.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CHAPARRO MATAMOROS, P. (2015). Lección 16. El arrendamiento urbano. En J.R. de Verda y Beamonte (coord.). *Derecho Civil II. Obligaciones y contratos*. Valencia, Tirant lo Blanch, 317-349.

NOTAS

¹ Cfr. PERARNAU MOYA, 2019, 4.

² Cfr., DE VERDA Y BEAMONTE y CHAPARRO MATAMOROS, 2015, 320.

³ LUCAS FERNÁNDEZ, 1997, 1348-1350.

⁴ La doctrina señala que este pacto para la subsistencia del arriendo, aparte de configurarse de los modos indicados, podría consistir en una renuncia al ejercicio del derecho conferido por el artículo 1571 del Código civil. Esta renuncia plasmada en el contrato de compraventa implicaría una asunción de la posición arrendadora y de sus derechos y obligaciones, por lo que más que una subrogación en la posición del acreedor, entrañaría una cesión del contrato de arrendamiento, a lo cual debe prestar su anuencia tácita o expresa el arrendatario, pues de lo contrario no estaría obligado a permanecer en el arriendo (LUCAS FERNÁNDEZ, 1997, 1352-1353 y 1356-1357; ALBALDEJO, 2011, 485).

⁵ LUCAS FERNÁNDEZ, 1997, 1348-1350. De acuerdo con el artículo 250.1 LEC «se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: 1.º. Las que versen sobre reclamación de cantidades por impago de rentas y cantidades debidas y las que, igualmente, con fundamento en el impago de la renta o cantidades debidas por el arrendatario, o en la expiración del plazo fijado contractual o legalmente, pretendan que el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer una finca rústica o urbana dada en arrendamiento, ordinario o financiero o en aparcería, recuperen la posesión de dicha finca».

⁶ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2001, 201.

⁷ MAS BADÍA, 2014, 3067-3068. *Artículo 9 RD Ley 2/1985, de 30 de abril, de medidas de política económica (Decreto Boyer)*: «1. Los contratos de arrendamientos de viviendas o locales de negocio que se celebren a partir de la entrada en vigor del presente Real Decreto Ley [9 de mayo de 1985] tendrán la duración que libremente estipulen las partes contratantes, sin que les sea aplicable forzosamente el régimen de prórroga establecido por el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, Texto Refundido aprobado por Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, y sin perjuicio de la tácita reconducción prevista en el artículo 1566 del Código civil. 2. Dichos contratos, salvo lo dispuesto en el apartado anterior, se regularán por las disposiciones vigentes sobre arrendamientos urbanos». *Disposición transitoria Real Decreto Ley 2/1985*: «Los contratos de arrendamiento de viviendas y locales de negocios, celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto Ley seguirán rigiéndose en su totalidad por lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y demás disposiciones vigentes». En relación con la duración de un arrendamiento de local de negocio concertado antes del 9 de mayo de 1985, la reciente STS 34/2019 de 17 de enero de 2019 reitera su jurisprudencia anterior (STS 46/2018, de 30 de enero, STS 439/2018, de 12 de julio y STS 440/2018, de 26 de junio). La STS de 30 de enero de 2018 había indicado que «los contratos de arrendamiento para uso distinto del de vivienda celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985 —como es el caso— subsistirán a voluntad del arrendatario, con sujeción a prórroga, al menos hasta que se produzca la jubilación o el fallecimiento de este (disposición transitoria Tercera B.3 párrafo primero). (...) El arrendatario a todos los efectos era el hoy demandado en el momento de la entrada en vigor de la nueva Ley y, en consecuencia, la norma transitoria se aplica a este y no al inicial arrendatario, siendo así que dicha norma contempla exclusivamente las subrogaciones posteriores a la entrada en vigor de la nueva Ley prescindiendo de las que se hayan podido producir con anterioridad a dicho momento según la legislación entonces vigente. De esta forma el arrendamiento podrá extenderse a toda la vida del arrendatario y, en su caso a la del cónyuge que se subroge, o a un máximo de veinte años desde la entrada en vigor de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 si la subrogación se produce a favor de un descendiente».

⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2001, 203-205. La STS de 6 de mayo de 1991 destima un recurso de casación planteado por el demandado en un juicio de retracto arrendaticio (se trataba del adjudicatario de la finca arrendada, ejecutada en virtud de hipoteca anterior al contrato de arrendamiento). En instancia y en apelación se había estimado la demanda del arrendatario de local de negocio por la que ejercitaba su derecho de retracto. En casación el adjudicatario discute la preferencia del derecho arrendaticio como título suficiente para el ejercicio del retracto. Así, alega infracción de las reglas 8.^a, 10.^a y 17.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, sosteniendo que la cancelación de las cargas posteriores a la hipoteca que ordena la regla 17.^a, incluyó los derechos arrendaticios que han de quedar también extinguidos en virtud de la ejecución hipotecaria, máxime cuando el derecho del arrendatario, que no fue inscrito, se constituyó después de la hipoteca. Citando a este respecto la STS de 31 de octubre de 1986. El Alto Tribunal señala que «el motivo decae al examinar la sentencia que se indica de 31 de octubre de 1986, en la que la extinción del arriendo se declaró fundamentalmente porque se contrató conociendo la extinción previa de la hipoteca y sobre todo con ánimo de perjudicar al acreedor hipotecario, en cuanto fue un contrato concertado entre parientes próximos sobre bienes pertenecientes a la familia y con la idea de que en realidad no salieran de la misma ... Y estas circunstancias no se dan en el caso ahora contemplado, en cuanto nada se alegó en sentido igual o similar y menos se probó ...». El Tribunal Supremo, reiterando la doctrina de la STS de 23 de febrero de 1991, señala que la subsistencia del arriendo (que sustenta el ejercicio del retracto) obedece a que es compatible el arrendamiento con el derecho de dominio de un tercero al transmitir la cosa el propietario arrendador; que no hay fraude, dolo o confabulación entre arrendador y arrendatario; que la regla 17.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria afecta a las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca que se ha realizado, pero de ahí no se deriva que deba afectar a derechos personales que no han tenido acceso al Registro, al no reunir los requisitos que señala el artículo 2.5.º de la Ley Hipotecaria para

su acceso; que si el arrendamiento no subsistiera se daría lugar a una causa de extinción del arrendamiento urbano no incluida en la relación imperativa del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964; *que en el supuesto debatido (arriendo anterior a la vigencia del Real Decreto Ley de 30 de abril de 1985) es aplicable la próroga legal que establece el artículo 57 de la Ley de Arrendamiento Urbanos de 1964, el cual se infringiría si no subsistiese el arriendo tras la ejecución de la hipoteca*; y que esta solución de la *litis* no es contrapuesta a la que la Sala adoptó en supuestos de cierta similitud pero con diferencias sustanciales. Así en STS de 23 de diciembre de 1988 y 17 de noviembre de 1989, casos en que no se acreditó la existencia del arriendo que fue, en el caso de la primera, totalmente simulado y en el caso de la segunda, concertado fijando una renta contra las prevenciones marcadas en el artículo 219 del Reglamento Hipotecario y con ausencia de buena fe por parte de arrendador y arrendatario; circunstancias que no se ha comprobado concurran en el caso controvertido, procediendo de la desestimación del recurso. Un criterio distinto puede verse en la SAP de Sevilla de 5 de febrero de 1992. Indica esta sentencia en relación con una demanda interpuesta por la arrendataria de local de negocio contra el adjudicatario de la finca en la ejecución hipotecaria: «se plantea en el caso de autos una cuestión, clásica y polémica, sobre la cual la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo ha mantenido una actitud vacilante: decidir si el arrendamiento de un bien inmueble, concertado después de la constitución de una hipoteca sobre el mismo, subsiste o se extingue al ejecutarse esta... Como señala la doctrina científica la hipoteca opera a modo de condición resolutoria que, cumplida, produce la total liberación de cualesquiera cargas o gravámenes que sean posteriores, y provoca la cancelación de las inscripciones de arrendamientos practicadas al amparo del artículo 2.5 de la Ley Hipotecaria. Este criterio doctrinal encuentra su apoyo jurisprudencial en las SSTs de 5 de febrero de 1945 y 22 de diciembre de 1945... Si la ejecución de la hipoteca extingue, libera o purga totalmente el gravamen, el arrendamiento inscrito o no, debe seguir la misma suerte que los demás gravámenes posteriores. Idéntica conclusión ha de extraerse de las SSTs de 22 de mayo de 1963, 31 de octubre de 1986 —ambas citadas en la sentencia *a quo*—, 23 de diciembre de 1988 y 17 de noviembre de 1989 en el sentido de que el arrendamiento no puede prevalecer sobre una hipoteca anterior que se ejecuta ni puede hacer ineficaz el efecto real de la atribución del dominio del inmueble al acreedor, pues, de una parte, al ejecutarse la hipoteca constituida antes del arrendamiento, se resuelve el derecho del arrendador concedente y se extingue el arrendamiento, y, de otra parte, al cancelarse en el Auto de adjudicación con eficacia *erga omnes* todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca, no debe hacerse de mejor condición un mero derecho personal como es el que confiere el contrato de arrendamiento, lo que comporta la extinción del mismo por resolución del derecho del arrendador. Por otra parte, la hipoteca vincula el valor económico de realización de la finca hipotecada, a la vista del estado de la misma al constituirse aquel derecho real de garantía, y el acreedor hipotecario confía y cuenta con la seguridad de que ese valor no sufrirá disminución por cargas o gravámenes ulteriores, inoperantes en la ejecución ... No cabe, finalmente olvidar que la venta judicial no puede identificarse plenamente con la compraventa ordinaria, pues aquella no constituye sino un mecanismo legal por el que se opera el pleno desarrollo y consumación funcional del derecho de hipoteca; *el adjudicatario en subasta adquiere el derecho del ejecutado en la situación que tenía no al producirse la transmisión forzosa sino al constituirse la hipoteca*. Ciertamente es que nuestro Tribunal Supremo, STS de 23 de febrero y 6 de mayo de 1991, parece haber iniciado una orientación favorable a la subsistencia de los arrendamientos (no inscritos) concertados después de la constitución de la hipoteca no obstante la ejecución de esta... [pero] A) Se trata de un criterio jurisprudencial incipiente y no plenamente consolidado... B) Se parte en las sentencias indicadas de inexistencia de fraude, confabulación, dolo o mala fe entre arrendador y arrendatario, en perjuicio, antes, del acreedor hipotecario y, después, del adjudicatario en subasta del inmueble ... pues bien en el caso de autos el contrato arrendatario sobre locales comerciales de 857 metros cuadrados de superficie ubicados en una avenida cordobesa, suscrito el 27 de junio de 1984 (la escritura constitutiva de la hipoteca fue autorizada el 19 de septiembre de 1979), estipula una renta anual no revisable, de 120.000 pesetas que capitalizada al 6 % reglamentario, arroja una cantidad de 2 millones de pesetas, muy inferior no ya a la responsabilidad

total asegurada por la hipoteca (10.725.000 pesetas) sino incluso al principal de 6.500.000 de pesetas, lo que conforme al artículo 219.2 del Reglamento Hipotecario patentizan un ánimo defraudatorio, presunto y no desvirtuado mediante prueba en contrario que enmarcaría la cuestión en los artículos 1291 y ss. (rescisión) del Código civil; C) Si se entiende que la regla 17.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria no afecta a derechos personales que no han accedido al Registro de la Propiedad, resulta que el arrendamiento inscrito es de peor condición que el no inscrito; D) Los argumentos favorables a la extinción del arrendamiento por resolución del derecho del arrendador, no resultan desvirtuados». Sin embargo, la STS de 9 de mayo de 1996 considera que la doctrina sentada fundamentalmente en las SSTs de 9 de junio de 1990, 23 de febrero de 1991 y 6 de mayo de 1991 es *doctrina consolidada* (y no *incipiente*), que en el caso se aplica a unos arrendamientos de vivienda, pudiendo resumirse tal doctrina en que «partiendo de un arrendamiento válidamente constituido, y la compatibilidad del derecho real dominical con el derecho personal arrendaticio sobre una misma cosa, no puede declararse extinguido el segundo, cuando la finca se ha transmitido mediante ejecución hipotecaria», teniendo presentes los artículos 57 y 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, quebrando tal doctrina: A) Cuando se ha declarado la inexistencia por simulación de la relación arrendaticia (STS de 17 de noviembre de 1989); B) Cuando se prueba que ha mediado fraude, dolo o confabulación entre el arrendador y el arrendatario y C) Cuando con el arrendamiento se haya causado un grave perjuicio al acreedor hipotecario, disminuyendo el valor de la garantía o de subasta de la finca hipotecada, para lo cual puede servir como pauta, salvo prueba en contrario, las disposiciones del artículo 219.2.º del Reglamento Hipotecario».

⁹ MÁS BADÍA, 2014, 3068-3072.

¹⁰ Arg. ex disposición transitoria única Ley 13/2015, de 24 de junio. *Procedimientos iniciados bajo la anterior regulación*. «Todos los procedimientos regulados en el título VI de la Ley Hipotecaria, así como los derivados de los supuestos de doble inmatriculación que se encuentren iniciados a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, continuarán tramitándose hasta su resolución definitiva conforme a la normativa anterior: A efectos de la inmatriculación a obtener por el procedimiento recogido en el artículo 205 o en el artículo 206, solo se tendrá dicho procedimiento por iniciado si a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley estuviese presentado el título público inmatriculador en el Registro de la Propiedad».

¹¹ ROCA SASTRE, 1995, 116-119.

¹² *Disposición transitoria primera Ley 4/2013, de 4 de junio*: «Los contratos de arrendamiento sometidos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, continuarán rigiéndose por lo establecido en el régimen jurídico que les era de aplicación. Sin perjuicio de ello, cuando las partes lo acuerden y no resulte contrario a las previsiones legales, los contratos preexistentes podrán adaptarse al régimen jurídico establecido en esta ley». Hay que señalar que los contratos celebrados antes del 6 de junio de 2013 no pueden adaptarse a los nuevos artículos 13 y 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en redacción dada por Ley 4/2013, por contradecir preceptos legales semiimperativos del régimen anterior (arts. 6, 9 y 13 y 14 LAU 1994 en su redacción originaria).

¹³ La mención que hace el artículo 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en redacción dada por Ley 4/2013, a que la inscripción del arrendamiento debería ser previa a la transmisión de la finca, para perjudicar al comprador, genera ciertos interrogantes. Si un arrendamiento previamente constituido, no estuviese inscrito al otorgarse la escritura pública de venta, siendo de buena fe en ese momento el comprador, pero accediese luego al Registro, antes que la escritura pública de venta, habría que pensar que perjudicaría al tercero hipotecario cuya buena fe en el momento de la adquisición habría quedado enervada por la inscripción del arrendamiento antes que la inscripción de su título adquisitivo. En este sentido, aunque relativa a una anotación de embargo, puede verse la STS de 7 de abril de 2000, en la que se señala: «De lo anterior, se desprende que la sentencia de instancia ... no ha infringido el artículo 32 de la Ley Hipotecaria: este ... junto con el artículo 34 plasma el llamado principio de fe pública registral ... y cuando dispone que los títulos no inscritos no perjudicarán a tercero, debe recordarse el concepto de tercero, tercero hipotecario o tercero registral, que no es el simple tercero civil el cual no es parte en la relación jurídica, sino el

tercero adquirente que, de buena fe, ha inscrito en el Registro de la Propiedad el derecho que ha adquirido del titular registral. A él no podrá oponérsele lo no inscrito, según el artículo 32 de la Ley Hipotecaria pero no es el caso presente en el que el recurrente adquiere una finca ya embargada y cuando inscribe ya estaba anotado (con el asiento de presentación) el embargo». Distinto sería el supuesto de que la compraventa se formalizase antes en escritura pública, estando la finca sin arrendar, se otorgase después un arrendamiento sobre finca ajena (con apoyo en la apariencia registral) y *accediese al Registro el arrendamiento antes que la compraventa*. Este caso parecería reconducirse al nuevo artículo 9.4 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que aunque referido a fincas no inmatriculadas, podría aplicarse al supuesto de fincas inmatriculadas. De acuerdo con su primer inciso, la buena fe del arrendatario podría exigir que el arrendamiento durase tres años, sin perjuicio de la facultad de no renovación del artículo 9.1 LAU. Pero la ausencia de buena fe determinaría el decaimiento del arrendamiento (art. 9.4 a contrario sensu). *Artículo 9.4 Ley de Arrendamientos Urbanos, en redacción dada por Ley 4/2013*: «Tratándose de finca no inscrita, también durarán tres años los arrendamientos de vivienda que el arrendatario haya concertado de buena fe con la persona que parezca ser propietaria en virtud de un estado de cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario, sin perjuicio de la facultad de no renovación a que se refiere el apartado 1 de este artículo...».

¹⁴ MAS BADÍA, 2014, 3077.

¹⁵ LUCAS FERNÁNDEZ, 1997, 1358-1361.

¹⁶ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, 2013, 2.

¹⁷ En relación con la redacción originaria del artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 señalaba PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS que el arrendamiento anterior a la hipoteca continúa tras la ejecución hipotecaria (incluso no estando inscrito) hasta completar los cinco primeros años de vigencia del contrato (arts. 13.1 y 14 LAU 1994). El arrendamiento anterior con una duración superior a los cinco años solo afectaba al tercero hipotecario del artículo 34 Ley Hipotecaria por el tiempo que restase hasta completar un periodo de cinco años. En este sentido indicaba: «Cuando se lleve a cabo la ejecución hipotecaria, el arrendamiento anterior a la hipoteca no afectará a quien en la ejecución resulte adjudicatario si el acreedor hipotecario (de quien el adjudicatario trae causa) resultaba ya por sí protegido frente al arrendamiento por el artículo 34 Ley Hipotecaria, y aunque el adjudicatario conozca la existencia del arrendamiento anterior a la hipoteca. También podrá resultar directamente protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria el mismo adjudicatario de la finca arrendada si en él —y no en el acreedor hipotecario— se reúnen los requisitos exigidos por dicho artículo». El arrendamiento anterior a la hipoteca que accedió al Registro antes que esta continuaría durante la duración pactada, tras la ejecución (art. 13.1.2.º LAU 1994, en su redacción originaria). (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2001, 201-203).

¹⁸ El Tribunal Constitucional sentó en una doctrina abandonada que para el desalojo y lanzamiento del arrendatario que estuviese poseyendo el inmueble objeto de realización de la garantía hipotecaria por el procedimiento del antiguo artículo 131 de la Ley Hipotecaria, no bastaban las diligencias judiciales consiguientes al acto de adjudicación del bien sino que era preciso como exigencia constitucional que la cuestión del lanzamiento del arrendatario fuese decidida en un proceso declarativo en el que fuese demandante el adjudicatario y demandado el arrendatario. No bastaba que el arrendatario pudiera iniciar después del lanzamiento un proceso declarativo (art. 132 LH, hoy artículo 698 LEC). Posteriormente, por STC de 2 de octubre de 1997, el Tribunal Constitucional decidió que para el lanzamiento del arrendatario o de otros poseedores bastaba que estos tuviesen conocimiento de la ejecución y tuviesen la posibilidad de aducir la existencia de un derecho que en apariencia pudiese subsistir, correspondiendo al juez decidir si el título exhibido por el poseedor acreditaba o no una situación posesoria que debiese persistir tras la ejecución. Quedando abierta, en todo caso, la posibilidad de acudir al declarativo ordinario del artículo 132 de la Ley Hipotecaria para ventilar la cuestión de tal subsistencia si se produjo el lanzamiento. Esta doctrina, reiterada por el Tribunal Constitucional, fue acogida por la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, en el anuncio de la subasta se expresará con el posible detalle la situación posesoria del inmueble o que por el contrario, el inmueble se encuentra desocupado. A estos efectos

se notificará antes la ejecución a los ocupantes del inmueble para que en el plazo de diez días presenten al tribunal título que justifique su situación. El ejecutante puede pedir que antes de anunciarse la subasta, el tribunal declare en un procedimiento especial sin fuerza de cosa juzgada si los poseedores del inmueble tienen derecho a permanecer en el mismo una vez producida la enajenación forzosa, declaración que se hará constar en el anuncio de la subasta. La petición se tramitará con arreglo a lo establecido en el artículo 675.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el tribunal realizará tal declaración por medio de auto no recurrible, cuando el ocupante pueda considerarse de mero hecho o sin título suficiente (p.e., se trata de un arrendamiento constituido e inscrito después que la hipoteca que deberá quedar purgado conforme el artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en redacción dada por Ley 4/2013). En otro caso, declarará, también sin ulterior recurso, que el ocupante tiene derecho a permanecer en el inmueble, dejando a salvo las acciones que pudieran corresponder al futuro adquirente para desalojar a aquellos. Estas declaraciones se harán constar en la publicidad de la subasta que se realice en el Portal de Subastas, así como en los medios públicos o privados de publicidad que se articulen (art. 661 LEC). Una vez verificada la enajenación del inmueble, el adquirente puede pedir el lanzamiento, que será acordado por el letrado de la administración de justicia cuando el tribunal haya resuelto con arreglo al artículo 661.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que el ocupante no tiene derecho a permanecer en el inmueble. En este caso, los ocupantes desalojados pueden ejercitar los derechos que crean asistirles en el juicio correspondiente. En otro caso, el adquirente puede pedir al tribunal de la ejecución el lanzamiento de quienes puedan considerarse ocupantes de mero hecho o sin título suficiente. Esta petición deberá efectuarse en el plazo de un año desde la adquisición del inmueble por el rematante o adjudicatario. Transcurrido dicho plazo la pretensión de desalojo solo podrá hacerse valer en el juicio que corresponda. El tribunal resolverá por medio de auto irrecurable, dejando a salvo los derechos de los interesados que podrán ejercitar en el juicio que corresponda. (Cfr., PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2001, 206-208).

¹⁹ PERARNAU MOYA, 2019, 3. «Dada la naturaleza provisional de todo Real Decreto Ley, el mismo debía convalidarse en el plazo máximo de treinta días hábiles por el Congreso de los Diputados desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado, en virtud de lo previsto en el artículo 86.2 de la Constitución y del artículo 151 del Reglamento del Congreso de los Diputados. Finalmente... el texto legal no... [obtuvo]... la confianza de la Cámara produciendo el resultado negativo de la votación la inmediata cesación de sus efectos jurídicos, y su desaparición del ordenamiento jurídico. Todo ello sin perjuicio de haber desplegado efectos jurídicos absolutamente plenos hasta dicho momento, por lo que todos los actos realizados a su amparo son válidos. Asimismo, y aun cuando la norma deje de estar en vigor, los contratos de arrendamiento que se hayan celebrado en dicho lapso temporal en que el Real Decreto Ley 21/2018 estaba en vigor continuarán rigiéndose conforme a dicho régimen legal en aras de garantizar la seguridad jurídica». Ahora bien, se generan «dudas en cuanto al cómputo de los efectos de dicho acuerdo de derogación del Real Decreto Ley. Si bien el artículo 151.6 del Reglamento del Congreso prevé la publicación del acuerdo de derogación del Real Decreto Ley, no especifica que sea necesaria su publicación para desplegar sus efectos. Para algunos autores, y dada la naturaleza jurídica *sui generis* del Real Decreto Ley, no se trata propiamente de la «derogación» de una norma jurídica, sino de la cesación de los efectos de una norma que estaba sujeta a una condición resolutoria que se ha cumplido, y por tanto, los efectos del «acuerdo de derogación» se producen de forma automática en el momento en que se cumple dicha condición resolutoria, esto es, en el momento del resultado negativo de la votación en el Congreso de los Diputados y no en el momento de su publicación en el BOE. No obstante, en aras de garantizar la seguridad jurídica, la tesis más acertada parece la de sostener que los efectos jurídicos [del acuerdo de derogación] se producen en el momento de la publicación de dicho acuerdo de derogación en el Boletín Oficial del Estado. Si bien el acuerdo de derogación se tomó el día 22 de enero de 2019, su publicación en el Boletín Oficial del Estado se produjo el día 24 del mismo, por lo que la problemática jurídica planteada sobre el momento de la eficacia del acuerdo de derogación adquiere una gran relevancia si nos preguntamos cuál era el régimen legal aplicable a aquellos contratos que se celebraron el día 23 de enero de 2019. Nos inclinamos

por la tesis más garantista, por lo que entendemos que en dicha fecha aún estaba en vigor el Real Decreto Ley 21/2018, ya que aún no se había publicado en el Boletín Oficial del Estado el acuerdo de derogación de dicho texto legal» (FUENTES-LOJO RIUS, 1 de febrero de 2019, 1-2). «Por su parte dice el Tribunal Constitucional que aprobado por el Gobierno un decreto ley y publicado en el Boletín Oficial del Estado empezaría a surtir efectos en el ordenamiento jurídico en el que provisionalmente se insertaría como una norma dotada con fuerza y valor de ley, debiendo ser sometido inmediatamente a debate y votación por el Congreso de los Diputados en el ineludible plazo del artículo 86.2 Constitución. Una vez convalidado el decreto ley se posibilita el acudir a tramitarlo como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia (art 86.3 CE) lo que supone que el resultado final del procedimiento legislativo sería una ley formal del Parlamento, que sustituiría en el ordenamiento jurídico, tras su publicación, al decreto ley. Ahora bien, en aquellos supuestos en que el Congreso de los Diputados se limita a ejercitar sus competencias fiscalizadoras del artículo 86.2 de la Constitución, sin acudir a la vía del número 3, no puede considerarse que el decreto ley se convierta en ley formal del Parlamento, tras el acuerdo de convalidación, sino únicamente que se ha cumplido con el requisito constitucional del que dependía la pervivencia en el tiempo, con fuerza y valor de ley, de la disposición producto del ejercicio de la potestad normativa extraordinaria que al Gobierno le reconoce la Constitución. En otras palabras, el decreto ley no se transformaría en ley y no cambiaría su naturaleza jurídica». En este caso se ha producido la derogación con efectos *ex nunc* del Real Decreto Ley 21/2018 (MARTÍNEZ DE SANTOS, 11 de febrero de 2019, 2).

²⁰ Cfr., MARTÍNEZ DE SANTOS, 11 de febrero de 2019, 2. *Disposición transitoria primera RD Ley 21/2018, de 14 de diciembre*. «Los contratos de arrendamiento sometidos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto Ley, continuarán rigiéndose por lo establecido en el régimen jurídico que les era de aplicación. Sin perjuicio de ello, cuando las partes lo acuerden y no resulte contrario a las previsiones legales, los contratos preexistentes podrán adaptarse al régimen jurídico establecido en este Real Decreto Ley».

²¹ «Desde la anterior reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de 2013, a estos arrendamientos se les aplicaba directamente lo dispuesto en el título II de la Ley, siendo objeto de la misma protección que cualquier otra» (FUENTES-LOJO RIUS, 18 de diciembre de 2018, 2).

²² La diferenciación de régimen jurídico para el arrendamiento de vivienda no suentaría en función de si el arrendador es persona física o jurídica responde, según el preámbulo del Real Decreto Ley 21/2018 (II) «a las diferencias que tanto desde el punto de vista del tratamiento fiscal, como de la realidad y características de la relación arrendaticia y del desarrollo de la actividad pueden existir en la práctica». Así «los gastos de gestión inmobiliaria y de formalización del contrato serán a cargo del arrendador, cuando este sea persona jurídica exceptuando aquellos servicios que hayan sido contratados por iniciativa directa del arrendatario» (*vid.*, art. 20.1 *in fine* LAU). Corren de cuenta, pues, del arrendador persona jurídica los gastos de escritura e inscripción del arrendamiento en el Registro de la Propiedad. La reforma parece favorecer la adquisición de inmuebles por personas jurídicas (privadas o públicas) al dar nueva redacción al apartado 7 del artículo 25 Ley de Arrendamientos Urbanos 1994, relativo a los derechos de tanteo y retracto del inquilino. En efecto, señala dicho precepto que «no habrá lugar a los derechos de tanteo y retracto cuando la vivienda arrendada se venda conjuntamente con las restantes viviendas o locales propiedad del arrendador que formen parte de un mismo inmueble ni tampoco cuando se vendan de forma conjunta por distintos propietarios a un mismo comprador la totalidad de los pisos y locales del inmueble. En tales casos, la legislación sobre vivienda podrá establecer el derecho de tanteo y retracto, respecto a la totalidad del inmueble, en favor del órgano que designe la Administración competente en materia de vivienda, resultando de aplicación lo dispuesto en los apartados anteriores a los efectos de la notificación y del ejercicio de tales derechos. Si en el inmueble solo existiera una vivienda, el arrendatario tendrá los derechos de tanteo y retracto previstos en este artículo». Se pretende favorecer la adquisición por un solo comprador de edificios completos, bien porque se esté pensando en empresas que se dediquen a actividades inmobiliarias, bien porque se esté pensando en que la Administración compre

edificios para destinarlos a vivienda social, bien porque se esté pensando en inversores que pretendan dedicar los edificios al arrendamiento con fines turísticos en edificios del centro de las ciudades. Pero esta concentración de edificios en pocas manos puede condicionar seriamente los precios del alquiler de las viviendas, en detrimento de los propietarios individuales que quieran arrendar sus segundas viviendas. Y por otro lado, problematiza que el inquilino (que en su día recurrió al arrendamiento ante la dificultad de acceder a una vivienda en propiedad) pueda conseguir el objetivo de convertirse en propietario, pues lógicamente es más fácil acceder a la propiedad de la vivienda que se tenía en arriendo que a una vivienda del mercado inmobiliario. Finalmente, esta medida puede contribuir a convertir el casco histórico de las ciudades en parques temáticos al servicio del turismo, con expulsión de la vida ordinaria de la ciudad de tales centros históricos, que quedarían así expropiados de la vida de la comunidad, que por fuerza tendrá que desplazarse hacia barrios de las afueras, despersonalizados y en los que los vecinos se encuentran aislados de la historia secular de su ciudad. O en centros de ciudades ocupados por población no autóctona que acceda a la vivienda de protección oficial. En cuanto a la actividad consistente en el arrendamiento de las viviendas para uso turístico, el Real Decreto Ley 21/2018 suprime la necesidad de que sean comercializadas a través de canales de oferta turística para que se encuentre excluida del ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por lo que de acuerdo con el modificado artículo 5.e) de la ley, «la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato y *comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística*», quedará excluida del ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Por lo tanto, tales arrendamientos «quedarán sujetos a la normativa sectorial específica de la respectiva comunidad autónoma, quedando solamente sujetos a la Ley de Arrendamientos Urbanos en defecto de dicha normativa sectorial (art. 5.e) de la LAU)». Con anterioridad (o sea, bajo el imperio de la Ley 4/2013), si la contratación se verificaba directamente entre particulares, sin intervención de una empresa intermediaria, el contrato quedaba sujeto a la Ley de Arrendamientos Urbanos. Ahora, se utilicen o no los servicios de esta empresa intermediaria, se aplicará la normativa sectorial turística elaborada por la comunidad autónoma respectiva, y en su defecto, se aplicará la Ley de Arrendamientos Urbanos (Título III). (FUENTES-LOJO RIUS, 18 de diciembre de 2018, 7).

²³ SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, 2019, 73-74, quienes lo afirman en relación con la Ley 4/2013, pero es trasladable a este nuevo régimen jurídico que en nada modifica la sujeción del arriendo a los principios hipotecarios. No parece, sin embargo, que la Ley Hipotecaria deba ser interpretada en función de la Ley de Arrendamientos Urbanos, viendo en ella el reconocimiento por el legislador de un principio de inoponibilidad de lo no inscrito (arrendamiento) a lo inscrito (dominio) en el artículo 7.2 de la ley, cuando tal principio no aparece claramente formulado en la Ley Hipotecaria. Parece más bien que aquella debería ser interpretada con arreglo a esta. Debiendo destacarse también que la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos por Ley 4/2013 solo menciona en el artículo 10.2 y en el artículo 14 al *adquirente que reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria*, por lo que el artículo 7.2 LAU debería interpretarse en función de estos preceptos y no de forma aislada de los mismos.

²⁴ Artículo 9.4 Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, en redacción dada por el Real Decreto Ley 21/2018: «Tratándose de finca no inscrita, también durarán cinco años, o siete años si el arrendador fuese persona jurídica, los arrendamientos de vivienda que el arrendatario haya concertado de buena fe con la persona que parezca ser propietario en virtud de un estado de cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario, sin perjuicio de la facultad de no renovación a que se refiere el apartado 1 de este artículo. Si el arrendador enajenase la vivienda arrendada, se estará a lo dispuesto en el artículo 1571 del Código civil. Si fuere vencido en juicio por el verdadero propietario, se estará a lo dispuesto en el citado artículo 1571 del Código civil, además de que corresponda indemnizar los daños y perjuicios causados».

²⁵ En este sentido señala FUENTES-LOJO RIUS que «incomprensiblemente, se ha suprimido en el último momento la propuesta de reforma de los artículos 7.2, 13 y 14 de

la Ley de Arrendamientos Urbanos que contenía la inicial Proposición de Ley del PSOE [Proposición de Ley de medidas de fomento del alquiler estable registrada por el Grupo Parlamentario Socialista el 23 de marzo de 2018] para garantizar la eficacia frente a terceros de la prórroga legal mínima y que la doctrina ... [consideraba] ... medida imprescindible para terminar con la aplicación del principio de oponibilidad registral (art. 32 LH) en los contratos de arrendamiento de vivienda impuesto por la reforma de 2013 y así volver al principio de publicidad legal» (FUENTES-LOJO RIUS, 18 de diciembre de 2018, 1). Como lo dispuesto en los artículos 7.2, 13 y 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos no ha sido modificado por la reforma introducida por este Real Decreto Ley, continúa en vigor por consiguiente «la normativa relativa a la extinción de los contratos de arrendamiento de vivienda no inscritos en el Registro de la Propiedad en los casos de resolución del derecho del arrendador y enajenación de la vivienda» (FUENTES-LOJO RIUS, 18 de diciembre de 2018, 4; 1 de febrero de 2019, 2). «De poco sirve que se haya extendido la prórroga legal hasta los cinco años, y siete años en caso de arrendador persona jurídica, si no se dota a dicho derecho del arrendatario de las garantías legales necesarias para que sea respetado por terceros (publicidad legal y no registral), dejando dicho derecho a la suerte y vaivenes del mercado, más si tenemos en cuenta que el mercado inmobiliario es un mercado en continuo movimiento donde los activos pasan de unas manos a otras con relativa frecuencia» (FUENTES-LOJO RIUS, 1 de febrero de 2019, 7).

²⁶ FUENTES-LOJO RIUS, 1 de febrero de 2019, 6. PERARNAU MOYA, 2019, 4.

²⁷ Por ejemplo, no cabría, si se constituyó un arrendamiento el 24 de enero de 2019 sujeto a la redacción que dio la Ley 4/2013 a la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, e inscrito en el Registro de la Propiedad antes que la hipoteca, adaptar el régimen jurídico de prórroga obligatoria para el arrendador al nuevo texto del Real Decreto Ley 7/2019, pues ello perjudicaría la adquisición que en su día verificó el acreedor hipotecario (aumentando la carga anterior que ha de soportar el acreedor adjudicatario o el rematante tras la subasta, lo que reduce el valor de realización de la finca en relación con el valor que tenía al adquirirse la hipoteca).

²⁸ Como señala el preámbulo del Real Decreto Ley 7/2019 (II), «el título I introduce la necesaria reforma de la regulación de los contratos de arrendamiento de vivienda, a través de distintas modificaciones de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos entre las que destaca la extensión de los plazos de la prórroga obligatoria y la prórroga tácita de los contratos de arrendamiento de vivienda. *Se recuperan los plazos establecidos con anterioridad a la reforma liberalizadora operada por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. De esta manera, se establece en cinco años el periodo de prórroga obligatoria, salvo en caso de que el arrendador sea persona jurídica, supuesto en que se fija un plazo de siete años, respondiendo así a las diferencias que tanto desde el punto de vista del tratamiento fiscal, como de la realidad y características de la relación arrendaticia y del desarrollo de la actividad, pueden existir en la práctica. En cuanto a la prórroga tácita, se establece que, llegada la fecha de vencimiento del contrato o de cualquiera de sus prórrogas, y una vez transcurrido el periodo de prórroga obligatoria, si no existe comunicación de alguna de las partes en la que se establezca la voluntad de no renovarlo realizada con cuatro meses de antelación a la finalización de los cinco o siete años en el caso del arrendador y con dos meses de antelación en el caso del inquilino, se prorrogará anualmente el contrato durante tres años más, con lo que se dota al inquilino de una mayor estabilidad que deja de estar expuesto a la prórroga anual establecida en 2013. Además, se establecen modificaciones que inciden en el momento de la suscripción de los contratos de arrendamiento. Por un lado, se fija en dos mensualidades de renta la cuantía máxima de las garantías adicionales a la fianza que pueden exigirse al arrendatario, ya sea a través de depósito o aval bancario, y salvo que se trate de contratos de larga duración. Y, por otro lado, se establece por Ley que los gastos de gestión inmobiliaria y de formalización del contrato serán a cargo del arrendador cuando este sea persona jurídica».* Hay que tener presente que de acuerdo con la reforma introducida por la Ley 4/2013 el arrendador, además de la fianza (equivalente a una mensualidad de la renta en vigor), podía exigir otras garantías complementarias *sin límite alguno* (PERARNAU MOYA, 2019, 2). «Las principales novedades en relación con el anterior Decreto Ley radican en que (i) la denuncia del contrato debe efectuarse con *cuatro*

meses de antelación en el caso del arrendador y de *dos meses* en el caso del arrendatario [en el caso del Real Decreto Ley 21/2018, la denuncia debía efectuarse con 30 días de antelación a la fecha de vencimiento del contrato o de cualquiera de sus prórrogas, ya la verificará el arrendador o el arrendatario] (ii) la prórroga [tácita] hasta los tres años será por plazos *anuales*, pudiendo el arrendatario no renovar el contrato comunicándolo 30 días antes de [la] fecha de terminación de cualquiera de las anualidades» [en el caso del Real Decreto Ley 21/2018, parecía que el contrato se prorrogaba necesariamente por tres años más] (PERARNAU MOYA, 2019, 4).

²⁹ Como señala PERARNAU MOYA «la reforma suprime el apartado 2 del artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y modifica los artículos 13 y 14, por lo que *ya no es necesario que los contratos de arrendamiento se inscriban en el Registro de la Propiedad para que produzcan efectos respecto de terceros durante el período de duración mínima legalmente previsto, volviéndose a la redacción anterior a la Ley 4/2013*. La cuasi necesaria inscripción fue una novedad introducida por la Ley 4/2013, que se ha demostrado totalmente alejada de la realidad. Los contratos de arrendamiento no suelen acceder en la práctica al Registro, siendo la sanción que se preveía por su falta de inscripción [su extinción automática] totalmente desproporcionada y claramente perjudicial para la parte más débil del contrato. Igualmente, si durante los primeros cinco o siete años de duración del contrato, según el arrendador sea persona física o jurídica, se resuelve el derecho de aquel por alguna de las causas recogidas en el artículo 13, el arrendatario podrá continuar en el arrendamiento hasta que se cumplan los cinco o siete años. *Todo esto no se preveía en el Real Decreto Ley 21/2018 y es, pues, una novedad*» (PERARNAU MOYA, 2019, 6).

³⁰ El precepto recupera básicamente la redacción originaria de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, modificando únicamente el plazo de prórroga legal en caso de arrendamiento concertado por persona jurídica.

³¹ *Artículo 14.3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*: «Cuando las partes hayan estipulado que la enajenación de la vivienda extinguirá el arrendamiento, el adquirente solo deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años, o siete años si el arrendador anterior fuese persona jurídica».

³² *Vid., ut supra* nota 23.

³³ PERARNAU MOYA, 2019, 7. *Disposición adicional segunda Real Decreto Ley 7/2019*: «1. Para garantizar la transparencia y el conocimiento de la evolución del mercado del alquiler de viviendas, así como para aplicar políticas que incrementen la oferta de vivienda asequible y para facilitar la aplicación de medidas de política fiscal, se crea el sistema estatal de índices de referencia del precio del alquiler de vivienda, que se ajustará a las siguientes reglas: a) Se elaborará en el plazo de ocho meses por la Administración General del Estado a través de un procedimiento sujeto a los principios de transparencia y publicidad. La resolución por la que se determine el sistema de índices de referencia se publicará en el Boletín Oficial del Estado. Contra la resolución por la que se apruebe el sistema de índices de referencia podrá interponerse recurso contencioso-administrativo. b) Para la determinación del índice estatal se utilizarán los datos procedentes de la información disponible en la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, en el Catastro inmobiliario, en el Registro de la Propiedad, en los registros administrativos de depósitos de fianza, y en otras fuentes de información, que sean representativos del mercado del alquiler de vivienda. Anualmente se ofrecerá una relación de valores medios de la renta mensual en euros por metro cuadrado de superficie de la vivienda, agregados por secciones censales, barrios, distritos, municipios, provincias y comunidades autónomas. 2. En sus respectivos ámbitos territoriales, las comunidades autónomas podrán definir de manera específica y adaptada a su territorio, su propio índice de referencia, para el ejercicio de sus competencias y a los efectos de diseñar sus propias políticas y programas públicos de vivienda». PERARNAU MOYA considera que «al igual que la Ley de Arrendamientos Urbanos ha descartado ya regular en ella la vivienda de lujo y la vivienda turística, debería ... diferenciar claramente entre la vivienda *social* y la vivienda *ordinaria* ... [La] Ley de Arrendamientos Urbanos debería regular el arrendamiento *ordinario* o de mercado —lo que no supone excluirlo en absoluto de ciertas limitaciones— mientras que la vivienda *social* debería tener su propia regulación y régimen jurídico» (PERARNAU MOYA, 2019, 9).

2. DERECHO MERCANTIL

Asistencia financiera y ampliaciones de capital *Financial assistances and share capital increases*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho civil y Abogado*

RESUMEN: Asistencia financiera, ampliación de capital y nulidades.

ABSTRACT: *Financial assistances and share capital increases and annulments.*

PALABRAS CLAVE: Asistencia financiera. Ampliaciones de capital y nulidades.

KEY WORDS: *Financial assistances and share capital increases and annulments.*

SUMARIO: I. UN CASO PARTICULAR DE ASISTENCIA FINANCIERA Y AMPLIACIONES DE CAPITAL.—II. INAPLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE LA PROHIBICIÓN DE ASISTENCIA FINANCIERA EN CASOS DE AMPLIACIÓN DE CAPITAL E INEFICACIA SOCIETARIA.—III. INEFICACIA DEL NEGOCIO DE SUSCRIPCIÓN MEDIANTE ASISTENCIA FINANCIERA.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. UN CASO PARTICULAR DE PROHIBICIÓN DE ASISTENCIA FINANCIERA Y AMPLIACIONES DE CAPITAL

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a) núm. 411/2019 de 1 de marzo de 2019 (*JUR* 2019, 78075) se analiza un caso particular de relevante interés para el estudio del alcance de la prohibición de asistencia financiera en nuestro ordenamiento jurídico¹.

Un supuesto como el analizado en esta sentencia nos ofrece la oportunidad de plantear y atender someramente, al menos, problemas tan notables que aparecen en un supuesto de ampliación de capital en el que puede plantearse al menos en la práctica si efectivamente puede caer, en función de las circunstancias del caso, bien dentro de la normativa prohibitiva de la asistencia financiera, bien en el ámbito de aplicación de otra normativa societaria digna de atención o incluso dentro del más vasto campo de las categorías de la ineficacia contractual, pasando por la categorización previa de la naturaleza jurídica del acuerdo social de ampliación de capital y la distinción de las distintas fases que puede

apreciarse en la misma, a saber, la fase de aumento y la fase de ejecución de la ampliación de capital.

Una problemática tan amplia tendrá incluso repercusiones en el plazo de caducidad/prescripción del ejercicio de la acción, bien se acuda a la acción de impugnación de acuerdos sociales o bien la acción de nulidad del negocio correspondiente, sin dejar de obviar problemas ulteriores como pudieran ser las consecuencias de la nulidad que se pretendiere en aquellos casos en que normalmente se nos ofrecen en la práctica que generalmente están anudados a situaciones de abusos de posiciones de mayoritarios contra minoritarios, en los que por ejemplo, se pretende la dilución sin recursos propios del minoritario o incluso cuando se recurre al negocio de asistencia financiera convenida para solventar el desarreglo social mediante la adquisición de las acciones o participaciones sociales del accionista/socio mayoritario frente al minoritario.

Una atención pormenorizada de tan amplia problemática excede con mucho las pretensiones del presente trabajo que residen más bien en un planteamiento de las mismas y en el ofrecimiento de nuestro parecer al respecto, con el objeto de que ello pueda servir incluso para sentar las bases de reflexiones posteriores sobre cuestiones que no solo interesan por el atractivo práctico que tienen sino, por qué no decirlo, por la cierta complejidad que presentan.

En el caso analizado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 marzo de 2019 se enjuicia una ampliación de capital que es suscrita por el socio mayoritario mediante la asistencia financiera (préstamo) de la propia sociedad que amplía capital a la que no acuden los dos socios minoritarios de la sociedad con rechazo al ejercicio de su derecho de adquisición preferente, resultando que uno de los socios minoritarios interpone demanda en la que sostuvo que la ampliación de capitales se llevó a cabo con la asistencia financiera de la demandada, por lo que solicitó la nulidad del acuerdo. Subsidiariamente, solicitó que se acordara la nulidad del acto de suscripción de las participaciones.

La sentencia de instancia desestima íntegramente la demanda al apreciar que la acción había caducado, al haber transcurrido más de cuatro años desde que se adoptó y ejecutó el acuerdo de ampliación. Tras analizar la jurisprudencia sobre el cómputo del plazo y sobre el concepto de orden público, descarta que este se haya infringido. Por todo ello absuelve libremente a la demandada.

El demandante recurre en apelación la sentencia de instancia, reproduciendo básicamente sus argumentos de la instancia resultando que la sentencia de apelación desestima íntegramente el recurso de apelación.

Sobre la caducidad de la acción ejercitada, la sentencia de apelación se pronuncia con el siguiente tenor literal:

«Sobre la caducidad de la acción.

11. El recurso justifica la infracción del orden público mercantil en el hecho de haberse ocultado intencionadamente por la sociedad que la ampliación de capital iba a ser suscrita con fondos de la propia sociedad y sin ofrecer al conjunto de los socios la misma posibilidad concedida al socio mayoritario (PACS). La ocultación de ese hecho esencial, que impidió al demandante impugnar el acuerdo dentro del plazo legal, se produjo tanto con carácter previo a la junta, dado que nada se dijo al respecto ni en la convocatoria ni el informe de los administradores, como durante la junta y con posterioridad.

12. Pues bien, precisados los términos del recurso, hemos de realizar una consideración previa. Tal y como dijimos en nuestra Sentencia de

28 de septiembre de 2018, hay que distinguir entre la impugnación del acuerdo social de ampliación de capital y el negocio jurídico instrumental o de ejecución de dicho acuerdo por el que se suscriben las nuevas participaciones. De este modo la Sentencia de 12 de abril de 2018 (ECLI ES:TS:2018:1294) dice al respecto lo siguiente:

«En el presente caso, la demandante tiene legitimación activa (*ad causam*) para ejercitar la acción de nulidad del negocio jurídico que comporta la restitución de las prestaciones realizadas, pues dicha acción no se dirige contra la validez del acuerdo de ampliación o aumento de capital de 22 de marzo de 2010, sino contra el negocio “instrumental” que lo ejecuta, esto es, el negocio de suscripción y adquisición de las nuevas acciones. Negocio que es susceptible, de un modo directo, de ser objeto de una acción de nulidad por un tercero que resulte perjudicado».

13. Es más, la Sentencia del TS de 1 de octubre de 2018 (ECLI ES:ts:2018:3333), en un supuesto de asistencia financiera en la compra-venta por algunos socios de participaciones sociales de autocartera y, en consecuencia, con infracción del artículo 143 de la Ley de Sociedades de Capital (el mismo que en este caso se cita como infringido), también distingue entre el negocio de transmisión de las participaciones y el negocio de financiación.

14. Pues bien, en este caso los hechos esgrimidos por el demandante para sostener la nulidad del acuerdo de ampliación de capital vienen referidos, no al acuerdo mismo de ampliación, sino a cómo el socio mayoritario suscribió y desembolsó su parte. La convocatoria y el informe de los administradores no tienen que precisar con qué recursos los socios efectuarán el desembolso, cuestión que solo afecta a la ejecución del acuerdo de ampliación, sin perjuicio, claro está, del efecto que pueda tener la nulidad del acto de suscripción sobre el acuerdo mismo, que puede quedar total o parcialmente incompleto (art. 310 de la LSC).

15. Por todo ello, procede confirmar la caducidad de la impugnación del acuerdo de ampliación de capital, por haber transcurrido el plazo de un año desde su adopción establecido en el artículo 205 de la LSC, si bien limitando el alcance de la caducidad a la primera de las acciones de impugnación (la referida a la nulidad del acuerdo de aumento) y no a la nulidad de la suscripción y desembolso por el socio mayoritario, que no está sujeta a dicho plazo de caducidad. La caducidad determina que no se analice otra causa de impugnación que se apunta, sin la claridad necesaria, en el recurso, como es el hecho de que la ampliación no estuviera económicamente justificada, acordándose con el único propósito de diluir la participación de los socios minoritarios.

Por ello, debemos estimar en parte el recurso de la demandante, lo que nos obliga a analizar si hubo o no asistencia financiera y, en su caso, en qué medida afectaría a la validez del acto de suscripción de participaciones por parte de PACS».

Es decir, dado que habían transcurrido algo más de cuatro años desde la adopción del acuerdo social y el planteamiento de la demanda, la Audiencia Provincial confirma la caducidad de la impugnación del acuerdo de ampliación de capital ya que estima que el mismo —pese a que hipotéticamente se admitiera que contraviniera la prohibición de la asistencia financiera— no es materia de Orden Público que supondría la imprescriptibilidad de la acción (art. 205 LSC)

ya que según doctrina reiterada del Tribunal Supremo (Sentencias de 28 de noviembre de 2005 y 19 de abril de 2010), el término “Orden Público” se suele emplear para designar el conjunto de principios o directivas que, por contener los fundamentos jurídicos de una determinada organización social, reflejan los valores que, en cada momento, informan sus instituciones jurídicas, entre los que se encuentran los principios configuradores de la sociedad y los que guardan relación con la protección de accionistas ausentes o minoritarios. En todo caso, presentado el concepto de orden público como excepción a la regla de la caducidad, debe ser aplicado restrictivamente, a fin de evitar que la excepción destruya la regla de la caducidad, establecida para la seguridad jurídica (sentencia de 30 de mayo de 2007).

Sin embargo, la Audiencia Provincial estima que la petición subsidiaria del Suplico consistente en la impugnación del negocio de suscripción de las participaciones sociales creadas en la ampliación de capital no estaba afectada por la caducidad del plazo de impugnación del acuerdo social.

Ciertamente, la prohibición de la asistencia financiera tradicionalmente ha estado fundamentada en el control de la actividad de los administradores para evitar que terceros afines a su gestión puedan hacerse con el control de la sociedad, impedir que la sociedad que realiza la prestación de asistencia financiera pueda incurrir en insolvencia ya que asegura con sus propios activos la devolución de un crédito solicitado por un tercero para la adquisición de sus propias acciones², y por último, esta prohibición de asistencia financiera ha tenido como fin evitar especulaciones con valores cotizados estimulando la adquisición de acciones cotizadas mediante la prestación de asistencia financiera con el objeto de incrementar su valor bursátil y así convertirse incluso en una medida anti-OPA^{3,4}. En este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.^a, de 9 de enero de 2007 (AC 2007, 1160), que resuelve la pieza de medidas cautelares en el asunto de la OPA que Gas Natural formuló sobre Endesa, entendió que el acuerdo con el anterior artículo 81 LSA (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206) (vigente art. 150 de la Ley de Sociedades de Capital) requiere que *«La asistencia financiera se preste específicamente para la adquisición de acciones, como motivo determinante de la operación. Si la finalidad financiera no existe o no es esencial, y prevalece otra, ya no puede afirmarse que se incurra en la prohibición»*⁵.

En realidad y con carácter general no se aprecia que ninguno de tales objetivos de prohibición de la asistencia financiera sea de interés público, pues pretenden con carácter general la protección de intereses particulares (los de los socios de una sociedad capitalista), por lo que coincidimos en desubicar con carácter general el problema del concepto del Orden Público, salvo en aquellos casos relativos a las protecciones en sede de mercados de valores a los que antes hemos hecho referencia y que no vienen en estos momentos al caso⁶.

Entrando en el fondo del asunto y con carácter previo a la decisión sobre la aplicación de la normativa de la prohibición de la asistencia financiera, la Audiencia Provincial de Barcelona en su meritada sentencia entiende correctamente también a nuestro juicio que hay que distinguir entre la impugnación del acuerdo social de ampliación de capital y el negocio jurídico instrumental o de ejecución de dicho acuerdo por el que se suscriben las nuevas participaciones. De este modo la propia Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de abril de 2018 (ECLI ES:TS:2018:1294) dice al respecto lo siguiente:

«En el presente caso, la demandante tiene legitimación activa (ad causam) para ejercitar la acción de nulidad del negocio jurídico que comporta

la restitución de las prestaciones realizadas, pues dicha acción no se dirige contra la validez del acuerdo de ampliación o aumento de capital de 22 de marzo de 2010, sino contra el negocio "instrumental" que lo ejecuta, esto es, el negocio de suscripción y adquisición de las nuevas acciones. Negocio que es susceptible, de un modo directo, de ser objeto de una acción de nulidad por un tercero que resulte perjudicado».

Así y finalmente, desestima la nulidad solicitada del negocio de suscripción de acciones por incurrir en la prohibición de asistencia financiera al razonar del siguiente tenor:

«Aunque llegáramos a la conclusión de que las cantidades se prestaron para financiar la operación, la nulidad alcanzaría exclusivamente al negocio asistencial (el préstamo) y no al negocio de adquisición (el acto de suscripción y desembolso). Recordemos que la vigente Ley de Sociedades de Capital elimina la sanción de nulidad de pleno derecho que el artículo 40 ter de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada establecía para la adquisición de participaciones contraviniendo la prohibición legal de asistencia financiera. Pues bien, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2018, antes citada, limita la nulidad al negocio de financiación. Dicha sentencia dice al respecto lo siguiente:

«Lo que se cuestiona en el recurso, y por tanto constituye la cuestión a decidir, es si esa nulidad debió limitarse al negocio de financiación (la concesión de un aplazamiento en el pago de parte del precio sin devengo de intereses y sin constitución de garantía) o por el contrario debió extenderse también al propio negocio de transmisión de las participaciones sociales.

4. Al igual que sucedió al examinar el anterior motivo del recurso, consideramos que la finalidad de la norma que prohíbe la asistencia financiera para la adquisición de las propias participaciones no exige que, en caso de contravención, se anule la transmisión que ha sido financiada con la asistencia de la propia sociedad limitada, y que basta con que se anule y deje sin efecto la operación de financiación.

5. La solución alcanzada en la sentencia recurrida protege la finalidad buscada en la norma que prohíbe la asistencia financiera. El crédito concedido por la sociedad al socio al permitirle el aplazamiento en el pago de parte del precio queda sin efecto, de modo que la sociedad puede exigir de forma inmediata el pago de la totalidad del precio. De este modo se pone fin a los efectos perniciosos que la asistencia financiera tiene para la propia sociedad, para los demás socios y para los acreedores sociales».

Aquí es donde comienza nuestro disentir con la expuesta sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona ya que entendemos que la nulidad del negocio de suscripción de participaciones sociales o acciones, en su caso, creadas como consecuencia de la ampliación de capital acordada podría haber sido tomada en cuenta más que por la aplicación de la normativa propia de la prohibición de la asistencia financiera por la concurrencia en el caso de una vulneración de las normas del desembolso de las aportaciones, o incluso, por la existencia de una ilicitud causal si la ampliación se hubiera acordado y ejecutado mediante asistencia financiera aprovechando la insuficiencia patrimonial de los minoritarios para acudir igualmente sin recursos propios al ejercicio del derecho de suscripción preferente con claro tratamiento discriminatorio en la operación en su conjunto

respecto del mayoritario que sin esfuerzo con recursos propios acude a la ampliación de capital con fondos sociales que se le prestan y con el ánimo de dilución de los minoritarios. A saber, en estos casos pueden entrar en juego normas de ineficacia negocial propias como los artículos 6.3, 6.4 y 1275 del Código civil, sentando que ante ello el plazo de ejercicio de la acción ya no es el propio de la impugnación de acuerdos sociales y sí del de ineficacia del negocio jurídico⁷.

II. INAPLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE LA PROHIBICIÓN DE ASISTENCIA FINANCIERA EN CASOS DE AMPLIACIÓN DE CAPITAL E INEFICACIA SOCIETARIA

Como hemos tenido oportunidad de comprobar la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de marzo de 2019 desestima el recurso de apelación sobre la inaplicación de la normativa propia y prohibitiva de la asistencia financiera, ¿pero realmente es aplicable dicha normativa en los casos de ampliación de capital?, a nuestro juicio no, en consonancia con la ya razonado por PAZ ARES y PERDICES HUETOS^{8, 9}, (aunque como tendremos ocasión de demostrar este no es el parecer de las escasas sentencias de Audiencias Provinciales que conocemos sobre el particular) si bien no compartamos el argumento literal que utilizan estos autores, ya que ellos mismos no lo consideran definitivos.

Así, entre las resoluciones judiciales que han confirmado la aplicación de la normativa prohibitiva de la existencia de asistencia financiera en ampliaciones de capital, podemos citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 7 de marzo de 2012, In. Cendoj 36038370012012100219, que razona lo siguiente:

«Como dato de hecho relevante y no controvertido debe apuntarse que el socio único celebra una junta universal el 26 de octubre de 2007 en la que se acuerda el aumento de capital mediante la creación y emisión de nuevas participaciones, concretamente 100.000 participaciones con un valor nominal de un euro cada una, numeradas correlativamente de la 3.007 a la 103.006. Tales participaciones fueron desembolsadas en realidad con dinero propio de la misma sociedad. El mismo día 26 de octubre de 2007 en que se adopta el acuerdo, el socio único de la demandada, don Gerardo, retira de la cuenta de la sociedad, mediante transferencia bancaria, dada su condición de administrador, la cantidad de 101.000 euros, hacia una cuenta bancaria titularidad del mencionado don Gerardo. Y de forma inmediata, el mismo día, don Gerardo procede a realizar una transferencia desde la misma cuenta de su titularidad a la cuenta bancaria a nombre de la sociedad ahora demandada. (...) CUARTO. A igual conclusión llegaríamos si pudiera considerarse que la primera transferencia realizada de la cuenta de la sociedad a la cuenta del socio único tenía la consideración de préstamo. Atendiendo a las circunstancias, especialmente temporales y la casi identidad de la cuantía, en que se realizan las transferencias, no queda duda alguna que la asistencia financiera tiene como finalidad la adquisición de las participaciones. De esta forma cae bajo la prohibición establecida en el artículo 40.5 LSAR (en la actualidad reiterado en el art. 143.2 LSC) que prohíbe a la sociedad anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantía, ni facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones. Prohibición que se configura en la sociedad de responsabilidad limitada en términos

absolutos. Y la infracción de tal prohibición, ante el silencio de la norma, debe ser la nulidad de pleno derecho de la referida operación, en aplicación del artículo 6.3 Código civil. Nulidad que se comunica también al negocio adquisitivo de las propias participaciones, dada la vinculación causal entre uno y otro».

Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de marzo de 2008, Id Cendoj: 08019370152008100050, determina que:

«... en el desarrollo de la fase probatoria demostró que, en efecto, se había producido el desembolso de las acciones suscritas como consecuencia del aumento del capital, constando documentalmente el ingreso en la cuenta de TRIMUSIC de 60 millones de pesetas, correspondientes a las participaciones suscritas por el socio mayoritario, don Carlos Manuel. Esto, que el actor no podía conocer en el momento de interponer la demanda, dejaba sin base su primer motivo de nulidad del acuerdo, pues el mismo sí que se había ejecutado.

Pero como el Sr. José Carlos sospechaba que, de haberse producido el desembolso económico, este no procedía de don Carlos Manuel, alegó igualmente que en todo caso el desembolso sería ficticio, pues provendría de otras empresas de ambos socios, integrantes del que llamó grupo MAX MUSIC, incluidas las filiales extranjeras, controladas también por el socio mayoritario, que se habría servido de ellas para lograr suscribir el aumento de capital que, según la misma sentencia, diseñó como mecanismo para excluir al demandante. La prueba practicada demostró documentalmente, por certificación del BSCH, que, en efecto, en la cuenta de la sociedad se ingresó poco después del acuerdo de ampliación el dinero proveniente de un préstamo hipotecario concedido a la entidad, de modo que los 60 millones de pesetas para la ampliación del capital de TRIMUSIC provienen precisamente de dicha entidad. Así las cosas, no compartimos la opinión del Juzgado a quo de que esta es una cuestión igualmente novedosa, no alegada en la demanda. El razonamiento del Sr. Magistrado es que lo alegado fue que el dinero provenía de otras sociedades del mismo grupo, no de la propia entidad demandada.

Pero el razonamiento de la demanda se orientaba a la consideración de la asistencia financiera como origen del desembolso económico, haciendo uso don Carlos Manuel en su propio beneficio del control que poseía sobre diversas compañías y logrando de ellas el dinero necesario para concurrir a la ampliación que él mismo concibió. Así se pronunciaba la demanda. Resulta entonces irrazonable que se estime la demanda de haberse probado que el dinero proviene de otras empresas del mismo grupo, es decir, con el Sr. José Carlos como socio minoritario, y por el contrario se desestime cuando se ha demostrado que el dinero proviene de la misma TRIMUSIC. Alegado este hecho en la demanda y convenientemente probado, la mención expresa en el recurso del artículo 40.5 de la LSRL, que prohíbe esa asistencia financiera, no supone en modo alguno una alteración de los hechos si objetos del debate ni de la causa de pedir, que es idéntica.

Y aunque el demandado niegue la existencia de esa asistencia financiera, lo cierto es que, en el contexto en el que las partes estaban inmersas, probada la maniobra de exclusión ideada por don Carlos Manuel, y acreditada, no la concesión del préstamo hipotecario antes del acuerdo

impugnado, sino el ingreso de 360.000 euros días después del mismo (el 19 de diciembre de 1997, según los extractos del BSCH), existe prueba bastante para entender acreditado este hecho. La ampliación, pues, infringía el artículo 40.5 de la LSRL, por lo que es nula, arrastrando con ella la nulidad de los acuerdos alcanzados en las Juntas posteriores de 15 de mayo y 24 de noviembre de 1998, adoptados por una mayoría de capital distinta de la real. Procede en consecuencia estimar la demanda, y con ello, el recurso del actor».

Por su parte, PAZ-ARES y PERDICES HUETOS razonan lo siguiente: «la asistencia en adquisiciones originarias, es decir, en el momento constitutivo (de la sociedad) y, sobre todo, en el seno de aumentos de capital, deben entenderse excluidas (de la prohibición de asistencia financiera) y admisibles, salvo que atenten contra otros principios societarios, como destacadamente sucede con el de integración del capital».

Utilizan el siguiente argumento de interpretación literal: «En efecto, el tenor literal del artículo 81 al referirse a «adquisición» alcanza tanto al artículo 74 como el 5, ya que ambos se refieren a «adquisición». No obstante, ese mismo argumento literal es opuesto a la asimilación en la Segunda Directiva CEE, donde en su artículo 18, al prohibir la adquisición originaria, se habla de «suscripción», en el 19, donde prohíbe la derivativa, se refiere a «adquisición» y, finalmente, en el artículo 23, donde prohíbe la asistencia financiera, habla solo de «adquisición».

Pero, en realidad, qué podemos entender por «adquisición». En nuestra opinión y conforme con DIEZ-PICAZO y GULLÓN, el término «adquisición» hace referencia a la atribución del derecho subjetivo a una persona determinada¹⁰, refiriéndonos en nuestro caso al derecho subjetivo absoluto del dominio, una vez configurados los modos de adquirir la propiedad del artículo 609 del Código civil como hechos jurídicos adquisitivos, de ahí que no compartamos el anterior argumento literal expuesto por los precitados autores¹¹.

PAZ-ARES y PERDICES HUETOS sientan su parecer afirmando lo siguiente: «Pero más allá de argumentos literales o de experiencia, que como vemos militan en uno y otro sentido (v. la crítica a los mismos de VAQUERIZO ALONSO, *Asistencia financiera*, 187 y sigs.), son argumentos materiales los que sostienen la aplicabilidad del artículo 81.1 LSA en estos casos. Y ello, fundamentalmente, se basa en la diversidad de consecuencias que el aumento de capital supone para la sociedad asistente de los principios afectados. En efecto, aquellos casos que se suelen señalar como de asistencia financiera en su forma más clara son en realidad puros y simples ataques al principio de íntegra aportación y su correlativo de integración del capital, como son destacadamente todos aquellos en que se proceda por los administradores al compromiso directo del patrimonio social para facilitar al tercero el pago del precio (v. en este sentido la SAN 11-II-1999 —en www.cnmv.es—, donde la sociedad emisora devuelve parte del préstamo utilizado por el tercero para la suscripción). Este grupo de supuestos ya aparece inmediatamente prohibido por las reglas de integración del capital social y por ende su integración en el marco de la asistencia financiera no añade nada a su ilicitud. Así las cosas, todavía merecen consideración a efectos de la prohibición de asistencia financiera dos supuestos de disposición del patrimonio social en relación con la suscripción de las propias acciones: aquellos que suponen un aplazamiento en el pago del precio, y que la ley parece querer reconducir al régimen de los dividendos pasivos (1); y de otro, aquellos que suponen una rebaja en el precio de emisión (2)».

Gráficamente, ALFARO ÁGUILA REAL¹² describe uno de los supuestos problemáticos que coincide con el caso enjuiciado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 marzo de 2019, admitiendo que la ilicitud del caso debería estar ubicada dentro de las normas de desembolso del capital.

a) El primer caso supone —o puede suponer— una infracción de las normas sobre desembolso. Imaginemos que la sociedad anónima CATA da un préstamo al socio CATASOCIO para que este suscriba un aumento de capital de CATA. El préstamo vence en el plazo de un año. CATASOCIO emplea el dinero del préstamo en suscribir el aumento de capital en CATA. El efecto práctico de esta operación es que CATASOCIO ha conseguido aplazar el desembolso de sus acciones durante un año. Tratándose de una sociedad anónima, se estaría infringiendo la norma del artículo 79 LSC que exige el desembolso de al menos el 25 % de la cifra de capital aumentado en el momento de la suscripción. Si se tratara de una sociedad limitada, esta operación sería una infracción indirecta de las normas sobre desembolso íntegro de las participaciones en el momento de la asunción (art. 80 LSC). Por tanto, la operación descrita es ilícita, no porque suponga asistencia financiera, sino porque supone infracción de las reglas sobre formación del capital».

En función de lo anterior y en nuestra opinión coincidente con dichos autores en el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 marzo de 2019 la nulidad del negocio de suscripción debería haber venido no por la aplicación de la normativa de la prohibición de la asistencia financiera sino por la infracción de la normativa sobre desembolso íntegro de las participaciones en el momento de la asunción (art. 78 LSC) suponiendo dicha infracción un supuesto de nulidad del negocio de suscripción por aplicación de lo previsto en los artículos 6.3 del Código civil (infracción de norma imperativa reguladora del desembolso íntegro del capital social) y por el carácter simulado y fraudulento de la operación societaria (arts. 1275, 1276 y 6.4 CC).

¿Podría haberse estimado la petición de nulidad por parte del recurrente pese a no haberse acudido en sus planteamientos al principio de desembolso íntegro de las participaciones sociales ex. artículo 78 LSC? En nuestra opinión sí, en función de la teoría procesal de la sustanciación. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha seguido la doctrina de la sustanciación, así podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo 918/2006, de 27 de septiembre de 2006 —EDJ 2006/275333—, que dice que:

«la doctrina de la sustanciación que sigue esta Sala en la identificación de la causa de pedir permite que, extraída de las alegaciones la esencia de los hechos, se apliquen las reglas da mihi factum, dabo tibi ius y iura novit curia, bien que con el límite referido de que no se altere la causa de pedir. Son, en definitiva, los hechos que integran el supuesto al que la norma vincula la consecuencia jurídica los que permiten individualizar la pretensión».

Pues bien, como recoge la doctrina civilista¹³ cuando analiza el artículo 6.3 del Código civil «El efecto que produce [la nulidad del acto contra norma imperativa o prohibitiva] es la nulidad: 1.º) inmediata, *ipso iure*, sin necesidad de especial declaración, a no ser que haya dado lugar a una apariencia y sea preciso eliminarla mediante el ejercicio de una acción declarativa...», por lo que la pretensión es meramente declarativa cognitiva negativa, o sea, la sentencia es declarativa y no constitutiva de la nulidad, de ahí que no se exceptionaría la antedicha doctrina procesal de la sustanciación.

III. INEFICACIA DEL NEGOCIO DE SUSCRIPCIÓN MEDIANTE ASISTENCIA FINANCIERA

En cuanto a la posibilidad de configurar el negocio de suscripción como contrato en daño de tercero, podría admitirse la posibilidad de que el negocio de suscripción mediante la asistencia financiera fuera operada con el ánimo conjunto de las partes intervinientes de provocar un daño consciente a los titulares del fin protegido con la norma prohibitiva que estamos tratando y aunque pudieren realizarse reparos sobre la apreciación o no del ilícito causal en este tipo de situaciones negociales, amén de que la responsabilidad contractual o extracontractual caso de inexistir un ilícito causal que legitimare la nulidad del negocio de suscripción de asistencia financiera, según fuere el caso, pudiera suponer una insatisfacción del interesado que ha visto vulnerado sus legítimos derechos como consecuencia del negocio de asistencia financiera¹⁴, estimamos, no obstante, que sí hay argumentos para sostener la existencia de un ilícito causal en este caso.

Pero no adelantemos acontecimientos puesto que ya volveremos sobre lo anterior principalmente en cuanto a las relaciones entre el artículo 6.3 y 1275 del Código civil que pudieran darse en este caso, ya que primero estimamos que resulta conveniente recordar la categoría de ineficacia en un acuerdo de ampliación de capital y del negocio de suscripción del mismo.

Se hace preciso como antecedente del razonamiento exponer el significado y alcance de la fase ejecutiva en una ampliación de capital.

Como pone de manifiesto con el siguiente tenor literal, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2011 —Id Cendoj: 28079110012011100665— en una ampliación de capital existe tanto la fase deliberativa como la fase ejecutiva:

«TERCERO.

Previamente a dar respuesta al motivo, en sus dos relatadas vertientes, se hace necesario identificar el marco en que se desarrolla el aumento de capital, pues el mismo está compuesto de dos fases —al respecto, Sentencia de 2 de abril de 1990—: Una, previa, de deliberación, que concluye con la adopción por los socios del acuerdo de modificar los estatutos.

Otra, posterior, de ejecución, que se desarrolla con la perfección y el cumplimiento del llamado negocio jurídico de suscripción, esto es, de aquel por el que una persona se pone de acuerdo con la sociedad en adquirir una o más participaciones, acreditando ante el notario autorizante la realidad de las aportaciones dinerarias —artículo 19, apartado 2, de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, hoy artículo 62, apartado 1, del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio».

Como afirma la doctrina, CASTELLANO RAMÍREZ (*op. cit.* 10 y sigs.)¹⁵. «Esta distinción entre la fase deliberativa y la fase ejecutiva permite apreciar en la operación de aumento de capital un proceso o procedimiento jurídico integrado por un conjunto de actos de distinta naturaleza que, vinculados entre sí por una relación de dependencia jurídica, confluyen para la obtención de ese concreto resultado jurídico común: la elevación de la cifra del capital social y la modificación de los Estatutos sociales (...) Así, la consideración de la operación de aumento del capital como un proceso con dualidad de fases y la calificación de la fase de ejecución como fase externa, cobran máxima intensidad cuando la operación de aumento se efectúa con cargo a nuevas aportaciones, especialmente, si tiene lugar la emisión de nuevas acciones. En efecto, la complejidad que pre-

senta el contenido de la fase de ejecución de este tipo de ampliación —que, por esta razón, tomamos como modelo paradigmático a lo largo de este trabajo—, permite apreciar con mayor claridad aquella dualidad de fases y las múltiples cuestiones que puede suscitar la fase de ejecución. El contenido de la fase de ejecución aparece aquí claramente desglosado en una serie de actos jurídicos concatenados entre sí y recíprocamente dependientes: la suscripción de las nuevas acciones emitidas, el desembolso de las mismas en la cantidad establecida en las condiciones de emisión, y la adjudicación de dichas nuevas acciones a los suscriptores. Unos son actos cuya realización corresponde a personas distintas de la sociedad en sí (la suscripción y el desembolso), y otros son actos a efectuar por los administradores en cuanto órgano que tiene atribuida la representación del ente social (la adjudicación de las acciones)¹⁶.

Pues bien, como razona CASTELLANO RAMÍREZ (*op. cit.* 25, 26 y 27), «la *ineficacia directa* de la ejecución del acuerdo de aumento incluye todos aquellos supuestos en los que el vicio o defecto invalidante tiene su origen en la misma fase de ejecución. En estos casos, se parte de un acuerdo de aumento válido que no adolece de vicio alguno que determine su nulidad o anulabilidad, situándose, por contra, el hecho invalidante en la fase de ejecución. La ineficacia de la ejecución del aumento es consecuencia de algún vicio o defecto que afecta de manera directa a uno o varios de los actos de ejecución. (...) Estos vicios o defectos de los actos de ejecución pueden ser de carácter *cuantitativo* o de carácter *cualitativo*. Bajo la expresión *defectos de carácter cuantitativo* se comprenden todos aquellos casos en los que alguno de los actos que, según la clase de aumento de que se trate, es necesario para concluir la ejecución del acuerdo o bien no ha podido ser realizado en absoluto, o bien lo ha sido solo en parte. La existencia de defectos de carácter cuantitativo en la realización de los actos de ejecución significa, básicamente, que el acuerdo de aumento no ha podido ser ejecutado en toda su extensión o en todo su contenido, impidiendo la realización del resultado jurídico que constituye el objeto del mismo.

A diferencia de estos, los *defectos de carácter cualitativo* se refieren a la existencia de vicios que determinan la ineficacia de alguno los actos de ejecución ya realizados y que son lo suficientemente relevantes para invalidar la fase de ejecución del aumento. En este caso no se trata de que falte algún acto necesario para la ejecución del acuerdo, ni de que su realización no haya sido completa, sino del hecho de que alguno de los actos de ejecución ya efectuados queda posteriormente invalidado debido a la concurrencia de circunstancias que llevan legalmente aparejada la sanción de la ineficacia (...) La suscripción del aumento adolecerá, en cambio, de defectos de carácter cualitativo, cando, a pesar de haber sido suscrito el total de las acciones emitidas, sin embargo, todas o algunas de estas declaraciones de voluntad en que la suscripción consiste se encuentren afectadas por algún vicio que impide que la suscripción pueda tenerse por eficaz. Sobre la base de la naturaleza negocial de la suscripción de acciones, quedan comprendidas aquí aquellas circunstancias que pueden determinar la nulidad, la anulabilidad o la rescisión de la suscripción. Dado que la realidad y exactitud del aumento depende de la validez y eficacia de los concretos negocios de suscripción, se hace precisa determinar en qué medida la declaración de ineficacia de uno o varios negocios de suscripción, ya sea esta declaración anterior o posterior a la inscripción del aumento, trasciende del acto jurídico viciado para afectar a la validez de la fase de ejecución»¹⁷.

En realidad, la cuestión relativa a la aplicación de la norma del artículo 6.3 del Código civil a cuestiones societarias, no ha dejado de ser una cuestión que

en nuestra opinión haya merecido un correcto tratamiento por parte del Tribunal Supremo.

Como ya tuvimos ocasión de analizar¹⁸, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2012 (*JUR* 2012, 102193) —de la que también fue ponente el Excmo. Sr. GIMENO-BAYÓN—, denegó un recurso de casación en un supuesto de adquisición derivativa de participaciones sociales por falta de previo acuerdo social de reducción de capital, declarando la nulidad de pleno derecho del negocio adquisitivo por haber sido contraído el mismo mediante la existencia de causa ilícita, por oponerse la causa del referido contrato a la normativa de adquisición derivativa de participaciones sociales prevista en el artículo 140 de la Ley de Sociedades de Capital.

Por lo tanto, el fallo casacional de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2012 (*JUR* 2012/102193) descansó principalmente sobre la afirmación consistente en que *«el contrato tiene causa ilícita por oponerse a las leyes»*, lo que supone el otorgamiento de una respuesta jurisprudencial desde la mera aplicación de la literalidad del artículo 1275 del Código civil cuando prevé lo siguiente: *«Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o la moral»*, sin realizar una interpretación del artículo 6.3 del Código civil en relación con lo previsto con el artículo 140.2 de la Ley de Sociedades de Capital cuando expresamente sanciona la contravención del régimen de adquisición derivativa de participaciones sociales de la siguiente forma: *«Las adquisiciones realizadas fuera de estos casos serán nulas de pleno derecho»*; lo que implica —en nuestra opinión— la falta de realización de un juicio de valor (en términos causales) de la conducta efectivamente llevada a cabo por las partes contractuales, así como la inexistencia de ofrecimiento de una correcta respuesta al efecto de la nulidad que podría predicarse en el presente caso, en contra de la sanción de nulidad negocial absoluta que sí predica el Tribunal Supremo.

Ya mostramos nuestro rechazo a que dicho negocio de adquisición de participaciones sociales en contravención de normativa societaria reguladora de la autcartera fuera un supuesto de negocio nulo por ilícito causal (*ex. art. 1275 CC*) debido a la inexistencia de desvalor en la conducta de las partes o inexistencia de un interés público a proteger que otorgare al negocio la calificación de nulo por ser ilícita la causa, resulta nuestra opinión que dicha adquisición derivativa merecería la calificación de nulo por aplicación del artículo 6.3 del Código civil, ahora bien, siendo solo nula la adquisición y no el negocio jurídico adquisitivo.

Sin embargo, en esta ocasión y para el caso que estamos tratando si bien estimamos que el negocio jurídico de suscripción sería nulo por la infracción de la normativa imperativa (art. 6.3 CC) de desembolso íntegro del capital social (art. 78 LSC), no es menos cierto que (no solo con base a la amplitud que ha venido mostrándose el Tribunal Supremo en la aplicación del artículo 1275 del Código civil en casos societarios como el resuelto por la citada sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2012 en la que considera ilicitud de la causa la infracción legal, sino por la existencia de propias razones de interpretación y aplicación jurídica) haría que pudiéramos defender en la práctica que un negocio jurídico de suscripción mediante asistencia financiera como el analizado (préstamo de sociedad a socio mayoritario para suscribir una ampliación de capital a la que no concurren los socios minoritarios) fuera calificado de nulo por causa ilícita en función del carácter negocial del acuerdo de suscripción de capital, en este caso, compartiendo la extensión en la aplicación del referido artículo 1275 del Código civil, ya que la ampliación de capital mediante asistencia financiera con

préstamo de la sociedad al mayoritario persiguiendo la dilución del minoritario sin sacrificio por parte de aquel de recursos propios y utilizando los recursos sociales, sí que ha de merecer un juicio de desvalor en términos de ilícito causal.

Pero si la amplitud del ilícito causal observada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo antes citada no nos suponga en este caso un rechazo (en función de las características concretas del caso), sí que podemos sentir lo contrario a la identificación del supuesto como un caso de causa torpe.

Para sentar las correctas premisas para la aplicación del artículo 1306 del Código civil, estamos de acuerdo con DELGADO ECHEVARRÍA¹⁹ que: «Interesa subrayar que hay, sin duda, contratos de causa u objeto ilícitos en que, no habiendo delito, y no pudiendo reprocharse torpeza a ninguno de los contratantes, no han de aplicarse los artículos 1305 y 1306, sino la regla de recíproca restitución (art. 1303). Sucede ello, ante todo, en los casos en que el contrato sea nulo por ser contrario a la ley —supuesto habitualmente considerado de nulidad por ilicitud de la causa, atendiendo a que, según la letra del art 1275, es ilícita la causa cuando se opone a las leyes— pero no se puede tachar la conducta de las partes como deshonesta, impúdica, lasciva, ignominiosa, indecorosa o infame (que son los significados del adjetivo «torpe» según el Diccionario de la Academia, 4.^a y 5.^a acepciones). Solo la torpeza en el sentido dicho —o la condena por delito o falta— determina la privación de la repetición. La tacha de torpeza podrá acompañar a la infracción a la ley, pero ciertamente no en todos los casos ni de forma necesaria. Ni toda conducta ilegal lleva tacha de turpitud, ni esta implica necesariamente contradicción a la ley».

Es decir y en realidad, la causa torpe no lo es por ser contraria a la ley (lo cual sería objeto de la causa ilícita), sino por ser considerada como una conducta de las partes como deshonesta, impúdica, lasciva, ignominiosa, indecorosa e infame, de ahí que la excepción que presenta el artículo 1306 del Código civil al artículo 1303 del mismo cuerpo legal, en cuanto, a la irrepetibilidad o inaplicación de la regla general restitutoria derivada de la nulidad, haya de interpretarse en su correcta medida y de forma restrictiva.

En cuanto a dicha interpretación restrictiva y conexión con la paridad de culpas exigible para la aplicación del artículo 1306, DELGADO ECHEVARRÍA se pronuncia diciendo que: «Se ha defendido la necesidad de una apreciación comparativa de la torpeza de una y otra parte, de modo que solo se privará de repetición a ambos cuando su comportamiento sea igualmente vituperable, pero no cuando haya sensible desproporción, aun habiendo obrado ambos inmoralmamente (en particular, LE TOURNEAU, Ph. 1970, 175 y sigs.). El adagio *in pari causa turpitudinis* parece apuntar en esta dirección. Este planteamiento flexible, que permitirá al juzgador mayor margen de apreciación, para llegar en cada caso a la solución más equitativa, nos parece el adecuado en nuestro Derecho, pues armoniza con la última parte del artículo 1305. En efecto, si el cocontratante de quien incurrió en delito o falta puede repetir lo dado, por más que su propia conducta no sea irreproachable (mientras él, a su vez, no haya delinquido), el mismo criterio que pena solo a aquel cuya conducta es más gravemente inmoral habrá de tenerse en cuenta cuando ninguno haya cometido delito o falta, pero la infamia de uno haya palidecer la de la otra parte»²⁰.

Este argumento ha sido el defendido en la conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1986 (RJ 7432) al afirmarse que:

«Nos encontramos ante un caso de inexistencia de contrato por falta de causa, hipótesis a la que no le es aplicable la normativa del referido

precepto, pero es que aunque, a título de abundamiento, se entendiera, como pretende el recurrente, que el supuesto de litis es subsumible en la hipótesis de ilicitud de la causa no constitutiva de delito o falta, nunca podría atribuirse culpabilidad en la torpeza de aquella a C., S.A. por haber sido, no autora o coautora de tal identidad, sino víctima de la antijurídica conducta del recurrente como ha quedado patente en el anterior considerando sin que tal ilicitud quepa referirla a la infracción fiscal cometida con anterioridad, sino a la causa del simulado contrato de compraventa o del pretendidamente disimulado contrato de donación».

Sin embargo y dado que «la jurisprudencia más reciente parece encaminarse en este sentido (SSTS de 10 de octubre de 2008²¹, 2 de febrero de 2008 y 31 de mayo de 2005)», no podemos descartar la tentativa de aplicación del artículo 1306 del Código civil al supuesto debatido, o sea, estimar que el negocio de suscripción de la ampliación de capital mediante asistencia financiera como el analizado (préstamo de sociedad a socio mayoritario para suscribir una ampliación de capital a la que no concurren los socios minoritarios) pudiera ser calificado de nulo por causa ilícita y también torpe en función del carácter negocial del acuerdo de suscripción de capital, aunque seamos conscientes de que los Tribunales en raras ocasiones aplican con precisión el artículo 1306 del Código civil.

El problema de lo anterior consistiría en determinar también cómo se regularían los efectos restitutorios del negocio de suscripción de ampliación de capital considerado con causa torpe, en función de si consideramos, como creemos a efectos dialécticos que debería ser que el negocio de suscripción resultara torpe por las dos partes negociales en casos como el expuesto (mayoritario que aprueba la ampliación de capital mediante asistencia financiera de la propia sociedad) y ello supusiera el entendimiento de la irrepetibilidad de las prestaciones como consecuencia de que la torpeza lo es por ambas partes negociales (socio suscriptor y sociedad), produciéndose con ello y sin duda un grave efecto distorsionador.

En cuanto a las consecuencias que para los contratantes se deriva de que la nulidad provenga de ser ilícita la causa del contrato viene regulada en los artículos 1305 y 1306 del Código civil²², indicando, este último, que es el que aquí nos interesa que «Si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes:

1.º) Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido.

2.º) Cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá este repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fue extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido».

Los artículos 1305 y 1306 del Código civil, suponen una excepción o salvedad (ya anunciada en el art. 1303 «*in fine*» CC) a la regla de la recíproca restitución de las prestaciones producidas en virtud de un contrato mulo. La razón de estos preceptos se presenta en sede de pago de lo indebido, o de enriquecimiento injusto. En efecto, se trata de un conjunto de casos, ya tratados en el Derecho Romano, en que se deniega la «*conditio*» o la acción de cobro de lo indebido, y que la doctrina moderna fundamenta, entre otras teorías, en la prohibición del abuso de derecho y en la observancia del principio de legalidad.

Ahora bien, la aplicabilidad del artículo 1306 del Código civil, tiene dos excepciones jurisprudencialmente admitidas: los supuestos de simulación contractual y los negocios en que una sola de las partes efectúa prestaciones. Así lo entendió la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1985 *«al ser reiterada la jurisprudencia de esta Sala, contenida, entre otras, en la sentencia de 7 de febrero de 1959 y en las citadas en la misma, según la que el artículo 1306 del Código civil «no es aplicable cuando la nulidad se funda en ser simulado el contrato, ni tampoco si uno solo de los contratantes entregó algo» que es, al igual que en el supuesto contemplado por la referida sentencia, el caso resuelto por la aquí recurrida, en que el presunto vendedor, padre del demandando, hoy recurrente, transmitió a este, que figuraba como comprador, las fincas objeto de las simuladas compraventas, sin contraprestación alguna por su parte»*, lo que corrobora la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre 2008 recurso 74/2003 *«En todo caso, y aunque ello ha sido discutido doctrinalmente, esta Sala ha declarado expresamente (Sentencias de 7 de febrero de 1959, 24 de enero de 1977 y 30 de octubre de 1985) que el artículo 1306 del Código civil, no es aplicable cuando la nulidad se funda en ser simulado el contrato, ni tampoco si uno solo de los contratantes entregó algo»*.

Así, para evitar el efecto distorsionador consistente en la irrepetibilidad de las prestaciones en el caso de que se pretendiera reconducir el caso analizado a la torpeza de la causa, hemos de acudir para evitar esta aplicación del artículo 1306 del Código civil (debiéndose, en todo caso, reconducir el problema solo a la ilicitud causal del art. 1275 CC) a la excepción jurisprudencial antes citada, es decir, el artículo 1306 del Código civil no se aplica a los negocios simulados, categoría de ineficacia en donde puede ubicarse el caso debatido.

La simulación del negocio de suscripción, no nos es extraña y ya se puso de manifiesto por la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 7 de marzo de 2012, In. Cendoj 36038370012012100219, cuando razona con acierto lo siguiente:

«Como dato de hecho relevante y no controvertido debe apuntarse que el socio único celebra una junta universal el 26 de octubre de 2007 en la que se acuerda el aumento de capital mediante la creación y emisión de nuevas participaciones, concretamente 100.000 participaciones con un valor nominal de un euro cada una, numeradas correlativamente de la 3.007 a la 103.006. Tales participaciones fueron desembolsadas en realidad con dinero propio de la misma sociedad. El mismo día 26 de octubre de 2007 en que se adopta el acuerdo, el socio único de la demandada, don Gerardo, retira de la cuenta de la sociedad, mediante transferencia bancaria, dada su condición de administrador, la cantidad de 101.000 euros, hacia una cuenta bancaria titularidad del mencionado don Gerardo. Y de forma inmediata, el mismo día, don Gerardo procede a realizar una transferencia desde la misma cuenta de su titularidad a la cuenta bancaria a nombre de la sociedad ahora demandada.

La consecuencia de lo anterior es que no ha existido desembolso real y efectivo, ni aportación de ningún tipo. No ha existido el contravalor que en el presente caso consistiría en nuevas aportaciones dinerarias a que se refiere el artículo 73.2 LSRL. Aún cuando el aumento del capital social tiene una finalidad primigenia de financiación de la sociedad, es cierto que pueden concurrir otras finalidades diferentes como aparecer en el mercado con mayor solvencia y mejorar su crédito empresarial. De todas formas, la LSRL, al igual que la LSA (cuyas normas se mantienen en lo esencial en la

Ley de sociedades de capital, texto refundido aprobado por RD Legislativo 1/2010), tratan de garantizar la realidad y efectividad del contravalor, es decir, de los bienes y derechos de contenido patrimonial que respaldan la cifra en que se aumenta el capital social. Entre los principios ordenadores del capital social están los de integridad y realidad, oponiéndose la Ley a capitales ficticios, por eso se establece en el artículo 1 LSRL que el capital, que estará dividido en participaciones sociales, se integrará por las aportaciones sociales de todos los socios, y el artículo 47.1 LSA establece la nulidad de la creación de acciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad. Precepto que encuentra su par en el artículo 59 de la LSC con la supuesta novedad de ampliar su contenido a la sociedad de responsabilidad limitada. Pero como bien señala la doctrina tal novedad es más aparente que real por cuanto dicha prohibición ya se consideraba vigente para la sociedad de responsabilidad limitada pues no constituye sino manifestación del principio de realidad e integridad del capital social. Como expresión de dicha norma, además de lo dispuesto en el artículo 73.2 LSRL, pueden citarse los artículos 1, 4, 18 y 19 LSRL. Se trata de procurar el equilibrio entre patrimonio y capital desde el momento de su fundación, asegurando que el valor nominal de las participaciones tenga una contrapartida patrimonial real, no ficticia. Límite que se extiende a todas las operaciones de emisión o creación cualquiera que sea el momento en que se realicen. En el supuesto que nos ocupa puede decirse que existió una simulación absoluta del acto de desembolso en efectivo del importe de las participaciones, pues con la operación de hecho llevada a cabo por el administrador y socio único de dos transferencias en el mismo día, sin documentar nada al respecto y teniendo en cuenta la inmediatez temporal de tales operaciones, se evidenció el carácter ficticio y no real de la aportación, ya que ningún incremento patrimonial se produjo. La actuación del socio único realizando las dos transferencias tenía como única finalidad cumplir la formalidad de pretender acreditar la realidad del desembolso ante el notario obteniendo previamente la correspondiente certificación bancaria de haber depositado las cantidades a nombre de la sociedad en una entidad de crédito, como exige el artículo 19.2 LSRL. Aparentando así una realidad del desembolso que nunca se ha producido por cuanto simplemente devolvía a la sociedad la cantidad que en el mismo día había retirado de su patrimonio mediante transferencia bancaria. De esta forma se produce la nulidad del negocio de suscripción o asunción, por inexistencia de desembolso, y por ello mismo, de la ampliación de capital, que no puede existir sin aquel (arts. 4, 73 y 77 LSRL)».

Por todo, ello, ilícito causal sí, pero no torpeza causal en este tipo de negocios simulados de suscripción de desembolsos ficticios en ampliaciones de capital acordadas y suscritas con los fines, normalmente espurios, de la dilución social del minoritario por parte del mayoritario, con sacrificio exclusivo de los bienes sociales y no propios para ejecutar tales propósitos.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA REAL en su reciente entrada en su blog *Almacén de Derecho* sobre el particular: ¿Puede asistir financieramente una sociedad anónima a

- los que suscriben un aumento de su capital? <https://almacenederecho.org/puede-asistir-financieramente-una-sociedad-anonimamente-a-los-que-suscriben-un-aumento-de-su-capital/>.
- ALONSO PUIG. Reflexiones sobre el artículo 1306 del Código civil. *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*. Tomo I. Derecho Civil. Parte General. Thomson-Civitas, 2003.
- CARRASCO PERERA. La (im) procedencia de impugnar acuerdos societarios sobre la base del abuso del derecho de los socios. <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/07/la-improcedencia-de-impugnar-acuerdos-societarios-sobre-la-base-del-abuso-del-derecho-de-los-socios.pdf>
- Nulidad de acuerdos sociales de aumento de capital y asistencia financiera en la suscripción del aumento», 22 de mayo de 2019, <https://www.ga-p.com/publicaciones/nulidad-de-acuerdos-sociales-de-aumento-de-capital-y-asistencia-financiera-en-la-suscripcion-del-aumento/>.
- CASTELLANO RAMÍREZ. *La suscripción incompleta del aumento del capital social en la sociedad anónima*. Tesis doctoral dirigida por D. Ángel Rojo Fernández-Río. Universidad Autónoma de Madrid, 2002.
- DE CASTRO. Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. *Estudios Jurídicos del Profesor Federico de Castro*. Centro de Estudios Registrales, t. II.
- DELGADO ECHEVARRÍA y PARRA LUCÁN. *Las nulidades de los contratos*, Zaragoza, 2003.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I, séptima edición. Ed. Tecnos, 1989.
- DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría del Contrato*. Sexta edición. Thomson- Civitas, 2007.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III. Las Relaciones Jurídico-Reales. El Registro de la Propiedad*. La Posesión. Quinta Edición. Thomson-Civitas, 2008.
- INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ. Los contratos ilegales en el derecho privado europeo, *Indret*, julio de 2009.
- MINGOT AZNAR. La prohibición general de asistencia financiera del artículo 81.1 LSA en las operaciones apalancadas. A propósito del Auto de la Sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de enero de 2007. *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 28, 2007.
- PALOMERO BENACERRAF y SANZ BAYÓN. Alcance de la prohibición de asistencia financiera en las adquisiciones apalancadas. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 3/2013 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2013.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.ª. B., *Compendio de Derecho Civil*. Tomo I. Parte general, pág. 4, Primera edición, 2012.
- PAZ ARES y PERDICES HUETOS. Las Compras Apalancadas: Significado y problemas para su admisión. Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles, dir. Uría, Menéndez, Olivencia, tomo IV, volumen 2.º B, Thomson Civitas, 2003.
- Los negocios sobre las propias acciones. Uría, Menéndez y Olivencia (dirs.), *Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, tomo IV, volumen 2.º B, Ed. Civitas, 2003.
- REDONDO TRIGO. La nulidad de las adquisiciones derivativas de participaciones sociales en la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2012, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, 2012.

— La consecuencia de la infracción de la prohibición de asistencia financiera. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 742, 2014.

SÁNCHEZ-CALERO y FERNÁNDEZ TORRES. *Fusiones apalancadas, asistencia y concurso (Oportunidad y acierto del artículo 35 LME)*. Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil (2011/38) de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 30 de octubre de 1985
- STS de 11 de diciembre de 1986
- STS de 31 de mayo de 2005
- STS 918/2006, de 27 de septiembre de 2006
- STS de 2 de febrero de 2008
- STS de 10 de octubre de 2008
- STS de 14 de noviembre de 2008
- STS de 15 de octubre de 2011
- STS de 1 de marzo de 2012
- SAP de Pontevedra de 7 de marzo de 2012
- SAP de Barcelona de 13 de marzo de 2008
- SAP de Barcelona de 12 de abril de 2018
- SAP de Barcelona (Sección 15.^a) núm. 411/2019 de 1 de marzo de 2019
- AAP de Madrid, Sección 28.^a, de 9 de enero de 2007

NOTAS

¹ Una breve crónica y acercamiento a esta interesante sentencia la realiza CARRASCO PERERA en «Nulidad de acuerdos sociales de aumento de capital y asistencia financiera en la suscripción del aumento», 22 de mayo de 2019, <https://www.ga-p.com/publicaciones/nulidad-de-acuerdos-sociales-de-aumento-de-capital-y-asistencia-financiera-en-la-suscripcion-del-aumento/>

² Sobre las cuestiones concursales de la figura, *vid.* SÁNCHEZ-CALERO y FERNÁNDEZ TORRES. *Fusiones apalancadas, asistencia y concurso (Oportunidad y acierto del artículo 35 LME)*, Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil (2011/38) de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, páginas. 36-49.

³ Sobre una panorámica doctrinal de la figura, *vid.* PAZ ARES-PERDICES HUETOS. *Las Compras Apalancadas: Significado y problemas para su admisión*. en *Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, dirs. Urfa, Menéndez, Olivencia, tomo IV, volumen 2.º B, Thomson Civitas, 2003, 462.

En relación con el origen de la prohibición, *vid.* FLORES DOÑA. *Adquisición de acciones financiada por la sociedad*, 2.ª edición, Edersa, Madrid 2002, 50 y sigs.

⁴ *Vid.* la exposición que sobre la finalidad de la prohibición de asistencia financiera —con abundante citas doctrinales— realizan Palomero Benacerraf y Sanz Bayón, en: «Alcance de la prohibición de asistencia financiera en las adquisiciones apalancadas». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 3/2013 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2013.

⁵ *Vid.* MINGOT AZNAR. La prohibición general de asistencia financiera del artículo 81.1 LSA en las operaciones apalancadas. A propósito del Auto de la Sección 28.^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de enero de 2007, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 28, 2007, 371-379.

⁶ DE CASTRO. Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. *Estudios Jurídicos del Profesor Federico de Castro*. Centro de Estudios Registrales, t. II, páginas 1306 y 1307, nos enseñó que existen dos clases de orden públicos, ya que «El orden público jurídico se basa en normas extrapositivas, no expresadas en textos legales y su específica finalidad se centra en evitar que, por medio de la libertad de contratar, los órganos del Estado se encuentren obligados a imponer algo que repugne al buen sentido de lo justo o de la moral. De ahí que su eficacia sea negativa, la de declarar nulos ciertos convenios, los que por contrarios al orden público tiene un propósito, objeto o una causa ilícita. El orden público económico se exterioriza en mandatos legales imperativos, cuya ejecución y exigencia está encomendada a la Administración, la que actúa por delegación expresa o tácita, mediante el arbitrio de sus funcionarios, por reglamentos, órdenes e instrucciones. Se manifiesta con eficacia positiva, imponiendo haceres para establecer la prevista ordenación económica. La que puede tener motivaciones de interés general, pero también clasistas o a favor de ciertos particulares. En ocasiones cabe que origine la nulidad total de los convenios que la contradigan, en otros casos, la nulidad relativa o parcial, o bien su reforma o acomodación; pudiendo dar lugar a sanciones penales y multas administrativas».

Más recientemente, se ha afirmado que el orden público económico es el conformado por la «constitución económica». De esta forma, DíEZ-PICAZO, (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría del Contrato*.) Sexta edición. Thomson-Civitas, 2007, 54), expone lo siguiente: «En otro plano, es indiscutible que existe lo que con aciertos se ha denominado constitución económica de una sociedad, que designa el marco jurídico fundamental de la actividad económica o dicho de otro modo el orden del proceso económico. Entendido de este modo, existe una constitución económica que está contenida dentro la constitución política. A esta idea responde el artículo 38 de la Constitución y la referencia a la libre empresa en el marco de una economía social de mercado. Sin embargo, existe también una «constitución económica» más profunda, que no se refleja necesariamente en la constitución política, pero que comprende un conjunto de principios y de líneas de inspiración sobre las cuales la actividad económica de la sociedad se desarrolla. Es a este conjunto de principios al que llamamos en sentido estricto orden público económico».

⁷ Con dudas sobre la impugnación de acuerdos sociales con causa ilícita, *vid.* CARRASCO PERERA. La (im) procedencia de impugnar acuerdos societarios sobre la base del abuso del derecho de los socios, cuando expresa que: «Según el artículo 1275 del Código civil, son nulos los contratos con causa ilícita. Tradicionalmente se ha considerado que pertenecen a esta clase los contratos en daño de tercero (legitimarios, acreedores). Conforme al artículo 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital son impugnables los acuerdos contrarios a la ley. Pero observemos que un acuerdo incurso en ilicitud causal (si tal cosa fuera posible) no sería un acuerdo contrario al artículo 1275 del Código civil ni al artículo 6.3 del mismo código, pues ambos son normas cualificadoras de un predicado legal (nulidad) no prescriptivas ni prohibitivas de conductas determinadas. Por tanto, un acuerdo social con causa ilícita, incluso de ser imaginable, no es un acuerdo contrario a ninguna de estas normas. Es también notable que una especie tan señalada de acuerdo en daño de tercero como la del artículo 204.1 II no se califique de acuerdo contrario a la ley, sino de acuerdo contrario al interés social, es decir, un acuerdo que en la redacción anterior a la reforma del 2014 sería meramente «anulable». No vamos a especular aquí si caben acuerdos sociales en daño de tercero que sean nulos por analogía con los contratos a que se refiere el artículo 1275 del Código civil. Hemos de dejar abierta esta posibilidad. Lo cierto es que no es el caso de ninguna de las sentencias que comentamos. Un contrato solo puede incurrir en el vicio señalado cuando existe una conducta debida o una conducta prohibida frente a terceros cuya inobservancia por medio de contratos con un tercero causa un daño jurídicamente relevante. Si no existe ninguna suerte de deber de protección de posiciones ajenas, el contrato por el que el agente daña la situación empírica de otro sujeto no es un acto nulo, sino un mero *factum*, a lo sumo, como en la hipótesis del artículo 16 de la Ley de Competencia Desleal, un tipo de competencia desleal frente al tercero que es un competidor. Las sociedades de nuestras sentencias no estaban sujetas a un deber especial de protección de las expectativas empíricas de un tercero nacidas en sus relaciones con otros terceros que podían ser a su vez

socios o no socios». <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/07/la-improcedencia-de-impugnar-acuerdos-societarios-sobre-la-base-del-abuso-del-derecho-de-los-socios.pdf>

⁸ PAZ-ARES y PERDICES HUETOS. «Los negocios sobre las propias acciones» en Uría, Menéndez y Olivencia (dirs.), *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, tomo IV, volumen 2.º B, Ed. Civitas, 2003, 460-462.

⁹ A ellos también acude ALFARO ÁGUILA REAL en su reciente entrada en su blog *Almacén de Derecho* sobre el particular: ¿Puede asistir financieramente una sociedad anónima a los que suscriben un aumento de su capital? <https://almacenederecho.org/puede-asistir-financieramente-una-sociedad-anonimamente-a-los-que-suscriben-un-aumento-de-su-capital/>

¹⁰ Díez-PICAZO Y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil. Vol. I*, séptima edición. Ed. Tecnos, 1989, 482, afirman que: «un derecho subjetivo nace cuando se han cumplido todos los presupuestos previstos en la norma para este resultado. En este momento se produce normalmente su adquisición, que es su atribución a una persona determinada».

¹¹ Díez-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III. Las Relaciones Jurídico-Reales. El Registro de la Propiedad*. La Posesión. Quinta Edición. Thomson-Civitas, 2008, página 856, se refiere a las fuentes de los derechos reales razonando lo siguiente: «Los supuestos o hipótesis mencionados en el artículo 609 pueden ser considerados como hechos jurídicos. Su efecto consiste en la creación de una relación jurídico-real, por lo que pertenecen al terreno de los hechos constitutivos, y pertenecen también al terreno de la adquisición (adquisición y transmisión de los derechos). Desde este punto de vista se habla de «hecho adquisitivo» o «modo de adquirir». Normalmente este hecho adquisitivo o modo de adquirir no es un hecho simple o escueto, sino un supuesto complejo de formación progresiva que puede atravesar por diferentes etapas o vicisitudes. Para describir este dato parece más gráfico hablar de un fenómeno adquisitivo o de un mecanismo de adquisición. Por regla general, todo el sistema jurídico de la dinámica de los derechos reales y del tráfico de bienes, está basado en la iniciativa de los particulares. La formación de los derechos reales, su adquisición, atribución y transmisión dependen de la voluntad. Se trata de hechos libres y voluntarios. Sin embargo, aunque sea excepcionalmente, existen también formas de constitución forzosa o heterónoma, de las relaciones jurídico-reales».

¹² ALFARO ÁGUILA REAL, ¿Puede asistir financieramente una sociedad anónima a los que suscriben un aumento de su capital? <https://almacenederecho.org/puede-asistir-financieramente-una-sociedad-anonimamente-a-los-que-suscriben-un-aumento-de-su-capital/>

¹³ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.ª, Begoña. *Compendio de Derecho Civil* Tomo I. Parte general, 4, Primera edición, 2012.

¹⁴ En relación con las consecuencias jurídicas del contrato en daño de tercero, *vid.* Díez-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría del Contrato*. Sexta Edición. Thomson-Civitas, 2007, 552, quien considera que: «Cabe en primer lugar, pensar que en todos aquellos casos en que ambos contratantes se conciertan para ocasionar un daño al tercero, el contrato tiene causa ilícita y que, por consiguiente, esta circunstancia acarrea la nulidad del mismo. La nulidad puede ser solicitada por el tercero perjudicado, quien de esta manera puede poner fin a la lesión que mediante el contrato se le produce. En todos aquellos casos en que no exista un concierto de las partes para ocasionar un daño, sino que el daño haya sido buscado solo por una de ellas y resulte desconocido por la otra, de manera que no puede decirse que la causa del contrato es ilícita, y también en todos aquellos casos en que, aun cuando la causa es ilícita la nulidad no ofrezca un remedio suficiente para proteger el interés lesionado, debe entenderse que el tercero que sufre el daño dispone de una acción de resarcimiento o de indemnización frente al culpable. Esta acción está sometida a las reglas generales de la responsabilidad aquiliana».

¹⁵ CASTELLANO RAMÍREZ. *La suscripción incompleta del aumento del capital social en la sociedad anónima*. Tesis doctoral dirigida por D. Ángel Rojo Fernández-Río. Universidad Autónoma de Madrid, 2002.

¹⁶ Como expone CASTELLANO RAMÍREZ (*op. cit.* 21 y 22), «es preciso advertir desde este momento que el recurso a la teoría general del negocio jurídico resulta imprescindible a la hora de abordar el tema de la ineficacia del aumento del capital, dado el carácter negocial implícito en la operación de aumento del capital social, tanto desde el punto de vista del procedimiento jurídico que esta representa, como en lo que se refiere, en su mayor parte, a los

actos individuales que la integran. En sentido amplio, se ha definido el negocio jurídico como un acto, declaración o acuerdo de voluntades dirigido a reglamentar de forma autónoma una determinada relación o situación jurídica (DE CASTRO, El negocio jurídico, *cit.*, 25 y sigs., en especial, 34; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, p. 73; E. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, 2.^a ed. (trad. esp.), Madrid, 1959, 51 y sigs.; L. CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico* (trad. esp.), Madrid, 1956, 58). Si la esencia del negocio jurídico se halla en el hecho de ser una reglamentación autónoma, es de destacar que el conjunto de actos que integran la operación de aumento del capital aparece presidido también por el principio de la autonomía privada. Así, en cuanto al acuerdo de aumento, constituye opinión unánime la clasificación de los acuerdos sociales, dentro de la amplia categoría de los actos y negocios jurídicos, puesto que constituyen una declaración de voluntad imputable a la persona jurídica, que se encuentra dirigida a producir unos determinados efectos con transcendencia en el mundo del Derecho, discutiéndose únicamente el carácter o naturaleza interna de ese negocio (entre la doctrina civilista, vid., Díez PICAZO, *Fundamentos*, I, *cit.*, 75 y sigs.; entre la doctrina mercantilista, por ejemplo, URÍA/MENÉNDEZ/MUÑOZ PLANAS, *La Junta General de accionistas*, *cit.*, 50). Además, el carácter negocial aparece reforzado en el caso del acuerdo de aumento del capital, ya que este acuerdo es siempre fruto de la autonomía privada (ROJO, El acuerdo de aumento, *cit.*, 2343, destacando que, en rigor, en ningún caso la Ley obliga a la sociedad a aumentar su capital, lo que hace que dicho acuerdo sea siempre voluntario). Lo mismo cabe afirmar respecto de los actos de ejecución. Por un lado, aunque la ejecución del acuerdo de aumento, al igual que la ejecución de cualquier otro acuerdo social, es un acto debido o forzoso para los administradores de la sociedad (...) no lo es para la sociedad misma, que podrá decidir no ejecutarlo mediante la simple revocación del acuerdo por el mismo órgano competente que lo adoptó. Por otro, la suscripción es siempre una declaración que emana de la libre voluntad del suscriptor (socio o tercero), dado que no existe obligación de suscribir incluso aunque el socio hubiera votado a favor del acuerdo (ROJO, El acuerdo de aumento, *cit.*, 2344).

Y lo mismo cabe afirmar respecto del desembolso. En las sociedades de capital el principio de responsabilidad limitada impide obligar a realizar nuevas aportaciones al capital, por lo que el desembolso es siempre fruto del previo consentimiento, expresado, bien a través de la suscripción de nuevas acciones, bien mediante una declaración de voluntad en este sentido, como ocurre si el aumento del capital se instrumenta mediante la elevación del valor nominal de las antiguas acciones. Solo el acto de adjudicación de las acciones —acto de ejecución típico— parece escapar de dicho carácter negocial. Tomando como referencia los contratos de compraventa de cosas genéricas, con los que el negocio de suscripción guarda evidentes semejanzas, el acto de adjudicación o de asignación puede ser concebido como un acto de especificación o individualización del objeto del negocio. Respecto de estos actos, dirigidos a separar del género los ejemplares concretos que pasan a propiedad del adquirente (o de cada uno de ellos, en caso de ser varios los que concurren a la adquisición de un conjunto indeterminado de objetos del mismo género), suele negarse su naturaleza negocial, ya que, puesto que el negocio se encuentra ya perfeccionado, son simples *actos debidos*, o, si se prefiere, actos de ejecución del contrato o actos de cumplimiento que no constituyen, propiamente, declaraciones de voluntad negocial (*vid.* MESSINEO, *Il contratto in genere*, *cit.*, 73 y sigs., aunque reconociendo la existencia de algunos supuestos de actos de individualización que sí admitirían un carácter negocial; en la doctrina española, por ejemplo, J. L. LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho Civil*, I, vol. 3.^o, 2.^a ed., revisada por J. Delgado Echeverría, Madrid, 2000, 119 y sigs.).

¹⁷ Este autor en la nota a pie de página núm. 27 razona interesantemente lo siguiente: «Dejando al margen los supuestos de ineficacia atípicos [*vid.* DE CASTRO, El negocio jurídico, *cit.*, 529 y sigs.), estos son, en efecto, los supuestos típicos de ineficacia que el Código civil reconoce (arts. 1290-1314). Con intención meramente ejemplificativa, nos limitamos en este momento a citar como supuestos de suscripciones potencialmente ineficaces aquellas con defecto de forma cuando esta sea requerida *ad solennitatem*, las suscripciones simuladas o ficticias, las suscripciones realizadas por personas incapaces, suscripciones en las que se constaten vicios del consentimiento (error esencial, dolo causante, intimidación o miedo grave), las efectuadas en fraude de terceros o aquellas realizadas con violación de normas societarias —legales o estatutarias— de carácter imperativo».

¹⁸ REDONDO TRIGO. La nulidad de las adquisiciones derivativas de participaciones sociales en la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2012, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, 2012, 243-2471.

REDONDO TRIGO. La consecuencia de la infracción de la prohibición de asistencia financiera». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014, núm. 742, 765-784.

¹⁹ DELGADO ECHEVARRÍA y PARRA LUCÁN. *Las nulidades de los contratos*, Zaragoza, 2003.

²⁰ La polémica la recogen INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ de la siguiente forma: «Una cuestión debatida en la interpretación del artículo 1306 («contratos con causa torpe») es si se aplica a los casos de contrariedad a la ley imperativa y prohibitiva, supuestos considerados habitualmente también como de ilicitud causal, o exclusivamente deben quedar circunscritos a los supuestos de contravención a la moral. En realidad todo depende de la interpretación que se realice de la expresión «causa torpe» contenida en él. Hay dos posibilidades. La interpretación literal lleva a considerar que solo la causa torpe apunta a la inmoralidad de una datio que se enfrenta a las buenas costumbres y que en el caso de la contravención de la ley la causa también es ilícita pero no se puede tachar la conducta de las partes como deshonestas, impúdicas, lascivas, ignominiosas, indecorosas o infames que son los significados del adjetivo «torpe» según el diccionario de la Real Academia. La segunda interpretación posible es la sistemática: el concepto de ilicitud causal de estos artículos debe ser el mismo que el del 1275, donde no se distingue entre inmoralidad e ilegalidad, declarándose la ineficacia de cualquier oposición a las leyes o a la moral. Esta segunda interpretación es más convincente, puesto que la primera no encuentra ningún fundamento lógico, salvo la loable intención de restringir la exclusión de la repetibilidad, la cual no puede llevar, sin embargo, a la distorsión del sentido del Código. Tiene como sustento, además, el hecho de ser la solución que se impone en la jurisprudencia más reciente y concordar con el derecho comparado. En efecto, es la solución que adoptan otros Códigos cuando formulan la regla *nemo auditur refiriéndola* tanto a los contratos ilegales como a los inmorales (por ejemplo, § 817, párrafo segundo, BGB). La jurisprudencia más reciente parece encaminarse en este sentido (SSTS de 10 de octubre de 2008, 2 de febrero de 2008 y 31 de mayo de 2005)».

Vid. INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ. «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», *Indret*, julio de 2009.

²¹ La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) núm. 878/2008 de 10 de octubre. *RJ* 2008, 5687 razonó sobre la interpretación del artículo 6.3 del Código civil y su consideración como causa torpe de la siguiente forma: «Esta nueva interpretación del artículo 6.3 del Código civil (LEG 1889, 27) en relación con la prohibición de préstamos o créditos a los jugadores por las empresas explotadoras de los casinos o locales autorizados, o por su personal directivo o auxiliar, exige como complemento necesario determinar cuáles deban ser las consecuencias civiles de la infracción de dicha prohibición.

Sobre tal cuestión caben dos vías que se traducen en una misma solución, consistente en que la empresa explotadora del casino no tendrá derecho a exigir al jugador lo que este perdió jugando o apostando a crédito o con dinero prestado. La primera vía que permite llegar técnicamente a esta solución está constituida por los artículos 1798 y 1799 del Código civil en relación con sus artículos 1800 y 1801, porque el juego en el casino habría dejado de ser lícito o no prohibido a partir del momento en que se prestó dinero al jugador y, en consecuencia, la empresa explotadora del casino carecerá de acción, conforme al artículo 1798, para reclamar lo ganado en el juego; y la segunda vía por la que también se llega a idéntica solución se encuentra en el artículo 1306 del mismo Cuerpo legal, ya que el préstamo o crédito a una persona para jugar, concedido por la empresa titular del casino o sus directivos o empleados, no constituye delito pero sí introduce en el contrato de juego o apuesta una causa torpe que impide al prestamista, ganador a su vez en el juego, reclamar la devolución del dinero que prestó para jugar.

Que la indicada solución es la más adecuada al régimen civil de los juegos de suerte, envite o azar, en combinación con la prohibición de préstamos a los jugadores en el propio local donde se juega, se advierte con toda claridad por las siguientes razones: primera, porque mientras la infracción administrativa prescribe a los dos años, en cambio la acción civil de la empresa explotadora del casino contra el jugador no prescribiría hasta los quince años

conforme al artículo 1964 del Código civil, de modo que se produciría un fraude al ordenamiento jurídico en su conjunto si dicha empresa dejara transcurrir voluntariamente el plazo de los dos años para, a continuación, ejercitar desde la impunidad la acción civil contra el jugador; segunda, porque las concretas circunstancias del caso examinado demuestran cómo, al margen de que la notificación a la actora de la segunda prohibición de acceso del demandado al casino fuera posterior a los préstamos y a las partidas perdidas, la conducta desordenada del demandado era más que patente para cualquiera; y tercera, porque los propios hechos de la demanda, so pretexto de una relación de confianza entre la actora y el demandado, lo que revelan en realidad es una mantenida inducción o incitación de la primera al segundo para seguir jugando por encima de sus posibilidades y a cambio de documentos que la actora sabía difícilmente realizables, ya que en varios de los cheques la cuenta contra la que se libraban aparecía como de titularidad del demandado y otros, y en tres de los pagarés sus respectivos importes de 500.000 ptas. en letra aparecían tachados y sobre esos mismos importes en dígitos se había sobreescrito, de forma absolutamente burda, algo parecido a «1.000.000 de ptas.», por todo lo cual apenas cabe discutir que tanto cheques como pagarés no tenía más función que la puramente documental o de garantía del préstamo o crédito prohibidos concedidos al demandado para que siguiera jugando, sin equivalencia alguna con la de instrumentos de pago equivalentes al dinero».

²² Vid. para un análisis recopilatorio de las posturas doctrinales al respecto, Vid. ALONSO PUIG. Reflexiones sobre el artículo 1306 del Código civil. *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis DÍEZ-PICAZO*. Tomo I. Derecho Civil. Parte General. Thomson-Civitas, 2003, páginas 154 y siguientes.

3. URBANISMO

El control urbanístico de los complejos inmobiliarios, la propiedad horizontal tumbada y la propiedad horizontal ordinaria (1 de 2)

The administrative control of the building complex, the lying down horizontal property and the regular horizontal property (1 of 2)

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN

Abogado

RESUMEN: En este comentario vamos a analizar los requisitos urbanísticos que han de cumplirse en orden a la constitución e inscripción de tres figuras diferentes aunque íntimamente relacionadas entre sí: los complejos inmobiliarios, la propiedad horizontal tumbada y la propiedad horizontal ordinaria, realizando una exposición sistemática y crítica de los criterios seguidos a tal fin por la Dirección General de los Registros y del Notariado de manera paralela a la evolución que ha experimentado la legislación en orden a la exigibilidad de licencia o autorización administrativa.

ABSTRACT: *In this commentary we will analyze the urban requirements to be met for the registration of three different but intimately related concepts: the building complexes, the lying-down horizontal property and the regular horizontal property, conducting a systematic and critical presentation of the criteria followed by the Directorate General for Registers and Notaries in order to practice such registration in parallel with the developments in the legislation in this area.*

PALABRAS CLAVE: Complejo inmobiliario. Propiedad horizontal. Propiedad horizontal tumbada. Autorización administrativa. Licencia de parcelación.

KEY WORDS: *Building complex. Lying-down horizontal property. Regular horizontal property. Administrative authorization. Parceling license.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ESQUEMA DEL MARCO NORMATIVO APLICABLE.—III. LOS COMPLEJOS INMOBILIARIOS.—IV. LA PROPIEDAD HORIZONTAL TUMBADA: 1. DISTINCIÓN ENTRE ESTE CONCEPTO Y EL DE COMPLEJO INMOBILIARIO. 2. EVOLUCIÓN DE LOS CRITERIOS DE LA DIRECCIÓN GENERAL SOBRE LA EXIGIBILIDAD DE TÍTULO ADMINISTRATIVO HABILITANTE: A) *Primera fase: la propiedad horizontal tumbada no está sujeta a licencia aunque exista asignación de uso exclusivo.*

B) Segunda fase: la propiedad horizontal tumbada está sujeta a licencia si existe asignación de uso exclusivo u otro indicio de parcelación. C) ¿Hacia una tercera fase que generalice la exigibilidad de la autorización administrativa?—V. LA PROPIEDAD HORIZONTAL ORDINARIA: 1. LA DOCTRINA DE LA DGRN ANTERIOR AL RD 97. 2. EL ARTÍCULO 53.A) DEL RD 97. 3. LA LEGISLACIÓN DEL SUELO A PARTIR DE 2007. 4. LA NUEVA DOCTRINA DE LA DGRN A LA VISTA DEL ARTÍCULO 10.3.B) DE LA LPH.—VI. REGLAS DE APLICACIÓN GENERAL A LOS TRES SUPUESTOS ANALIZADOS: 1. LOS REQUISITOS FORMALES Y PROCEDIMENTALES DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA. 2. LA POSIBILIDAD DE INSCRIPCIÓN POR ANTIGÜEDAD. 3. CONDICIONANTES URBANÍSTICOS ADICIONALES 4. LAS NOTIFICACIONES POSTERIORES A LA INSCRIPCIÓN.—VII. CONCLUSIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

Desde sus inicios, la legislación del suelo se ha ocupado del control de los actos de fraccionamiento de suelo, el cual depende en gran medida de la clasificación del mismo efectuada por el planeamiento urbanístico. Las manifestaciones más relevantes de este control son, para toda clase de suelo, la exigencia de la previa obtención de la correspondiente licencia o título habilitante del acto del que resulte aquel fraccionamiento y, para el suelo no urbanizable, la prohibición de realizar en él parcelaciones urbanísticas.

También tradicionalmente se ha considerado al Registro de la Propiedad como un instrumento útil para impedir la proliferación de parcelaciones ilegales, esto es, contrarias a la legislación urbanística o al planeamiento, dado el carácter normativo de este último. El artículo 259.3 del texto refundido de la Ley del Suelo de 1992 impuso a los notarios y registradores la obligación de exigir la acreditación de la obtención de la correspondiente licencia de parcelación o declaración municipal de su innecesariedad para autorizar e inscribir escrituras de división de terrenos.

La legislación se ha ocupado también, con mayor o menor fortuna, de definir los supuestos en que aquel control resulta aplicable, habiendo señalado la jurisprudencia que no queda circunscrito a los conceptos tradicionales de parcelación, división o segregación, a los que considera como actos de división material, sino que también se extiende a otros supuestos que podrían calificarse como actos de división ideal, como se verá.

En cambio, hasta tiempos recientes la legislación urbanística no se pronunció de un modo explícito sobre la extensión de este control a la propiedad horizontal y otras figuras afines, como los complejos inmobiliarios y la llamada propiedad horizontal tumbada. Algunas leyes autonómicas regulan con cierto detalle esta materia, aunque también en ellas la interpretación y aplicación de las normas a cada caso concreto han ofrecido ciertas dificultades como consecuencia de la pluralidad de situaciones que pueden darse en la práctica.

La regulación del control administrativo al que nos referimos obedece a una preocupación esencial del legislador urbanístico: evitar que se constituya un núcleo de población allí donde antes no lo hubiera y que en los núcleos preexistentes se produzca un aumento de la densidad de viviendas y de población, en ambos casos en contra de las previsiones del planeamiento y con el fundamento último de procurar un desarrollo urbanístico sostenible, que procure un adecuado equilibrio entre dicha densidad y las dotaciones, suministros, servicios,

infraestructuras y redes públicas necesarias para el mantenimiento de una digna y adecuada calidad de vida individual y colectiva de los ciudadanos.

Así lo ha declarado de manera reiterada la Dirección General, para la que se trata, en palabras de la Resolución de 6 de junio de 1988, de impedir el establecimiento, en contra del planeamiento, de «un asentamiento residencial humano, generador de futuros requerimientos o de necesidades asistenciales y de servicios urbanísticos, es decir, de un núcleo de población». Según la Resolución de 19 de julio de 2019, la exigencia de la autorización administrativa obedece a la necesidad de evitar que la operación de que se trate provoque «un incremento de (...) unidades residenciales que puedan afectar a la densidad habitacional prevista en el correspondiente Plan General de Ordenación Urbana». Por su parte, la Resolución de 5 de mayo de 2016 destaca que «La posibilidad de constitución de un núcleo de población ha sido apreciada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de forma casuística, por ejemplo, en función de la muy cercana relación temporal entre la adquisición de la finca y el comienzo de la segregación y venta de las parcelas, la notoria diferencia de precio existente entre ambas operaciones de compra y posterior venta, en suelo de naturaleza rústica, clasificado como no urbanizable, la media superficial de cada parcela vendida típicamente adecuada para la edificación de chalets y casa de recreo o residenciales y proporcionando la vendedora vías de acceso, así como el suministro de agua a cada parcela, siendo irrelevante, por sí mismo, el hacerse constar en las transmisiones operadas que la finca en cuestión estaba destinada al cultivo agrícola, o la apariencia que a la operación se haya dado de parcelación agrícola, para el establecimiento de huertos familiares (Sentencia de 3 de octubre de 1995), sin que sea obstáculo para ello la escasa dotación urbanística del núcleo, limitada a un carril que rodea las fincas y a la dotación de agua (Sentencia de 8 de abril de 1998), siendo indiferente la consideración que merezca la infraestructura con la que se dotó a la parcelación que permitiera desarrollar un uso agrícola (Sentencia de 8 de mayo de 1998). Por otra parte, es copiosa la jurisprudencia que mantiene que la determinación de si una parcelación tiene o no carácter urbanístico puede deducirse “a posteriori” como consecuencia de los actos ulteriores que realiza el dueño de la finca matriz (Sentencia de 16 de junio de 1998). Hoy, buena parte de las legislaciones autonómicas tratan de definir lo que se entiende por núcleo de población a estos efectos».

Por otro lado, en la exposición nos centraremos en esencia en la legislación estatal, cuya aplicación estará matizada en todo caso por las normas específicas de cada comunidad autónoma, que son las competentes para regular el control de la densidad de población y la realización de actos de parcelación o asimilables dependiendo de la clase de suelo de que se trate. El reparto competencial en esta materia aparece definido en numerosas resoluciones, como la de 27 de enero de 2016, que resume la cuestión así: «corresponde a las comunidades autónomas (...) determinar qué clase de actos de naturaleza urbanística están sometidos al requisito de la obtención de la licencia previa, las limitaciones que estas pueden imponer y las sanciones administrativas que debe conllevar la realización de tales actos sin la oportuna licencia o sin respetar los límites por estas impuestos. Sin embargo, corresponde al Estado fijar en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia para que el acto en cuestión tenga acceso al Registro, siempre que la legislación autonómica aplicable exija la licencia para poder realizar legalmente el mismo». No obstante, conviene destacar que se ha producido un cambio de orientación en esta materia como consecuencia de la evolución legislativa a la que seguidamente se hace referencia y, en particular, de

la Ley 8/2013, tras la cual la Dirección General vino a afirmar en su Resolución de 26 de octubre de 2017 que en la actualidad es la propia normativa estatal la que impone la necesidad de autorización administrativa previa con el carácter de legislación básica, correspondiendo a la legislación autonómica la determinación del concreto título administrativo habilitante exigido para los actos de división o segregación de locales, y demás previstos en el artículo 10.3 de la Ley de Propiedad Horizontal. Más adelante nos referiremos con detalle a estas cuestiones.

II. ESQUEMA DEL MARCO NORMATIVO APLICABLE

En aras de una mayor claridad conviene partir de una exposición esquemática de la evolución legislativa de las normas que se han ocupado del control administrativo sobre las tres figuras que analizamos junto a una breve referencia a su contenido respectivo, que será desenvuelto más adelante. A tal fin cabe diferenciar varios hitos o momentos:

a) En un primer momento, ni la Ley de Propiedad Horizontal en su redacción originaria ni la legislación urbanística estatal vigente desde la Ley del Suelo de 1956 hasta la década de los años 90 contenían ningún precepto legal que sometiera inequívocamente a licencia o control administrativo la constitución o modificación del régimen de propiedad horizontal o de los complejos inmobiliarios ni, por tanto, su inscripción registral.

b) Es el Real Decreto 1093/1997 el que por primera vez alude a esa exigencia en su artículo 53.a), que establece los requisitos para la inscripción de los títulos de división horizontal o de modificación del régimen ya inscrito disponiendo que no podrán constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite, mediante nueva licencia concedida de acuerdo con las previsiones del planeamiento urbanístico vigente, que se permite mayor número.

c) La Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, tras referirse a los conceptos de finca y parcela en el apartado 1 de su artículo 17 y recoger en el 2 la acreditación de la «conformidad, aprobación o autorización administrativa» respecto de los actos de segregación o división de fincas y actos asimilables, introdujo la siguiente novedad en el apartado 3: «La constitución de finca o fincas en régimen de propiedad horizontal o de complejo inmobiliario autoriza para considerar su superficie total como una sola parcela, siempre que dentro del perímetro de esta no quede superficie alguna que, conforme a la ordenación territorial y urbanística aplicable, deba tener la condición de dominio público, ser de uso público o servir de soporte a las obras de urbanización o pueda computarse a los efectos del cumplimiento del deber legal (...)» de entregar a la Administración competente el suelo reservado para viales, espacios libres, zonas verdes y restantes dotaciones públicas incluidas en la propia actuación o adscritas a ella para su obtención.

d) El contenido de los tres primeros apartados del artículo 17 de la Ley de 2007 pasó inalterado al artículo 17 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Suelo.

e) El Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio modificó el artículo 17 del texto refundido de 2008 añadiéndole un apartado 6, según el cual «La constitución y modificación del complejo inmobiliario 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». Con ello se trataba, según el preámbulo del citado Real Decreto Ley, de «evitar la entrada en el Registro de la Propiedad de adquisiciones que no se corresponden con la normativa urbanística o con las licencias preceptivas y que podrían por tanto venderse a terceros sin adecuarse a la legislación urbanística». Igualmente modificó el artículo 51.2 del texto refundido introduciendo la obligación del registrador de notificar a la comunidad autónoma correspondiente la circunstancia de haberse practicado la inscripción de la constitución de regímenes de propiedad horizontal o de los conjuntos inmobiliarios, con los datos resultantes del Registro, acompañando a la comunicación, de la que se dejará constancia por nota al margen de las inscripciones correspondientes, certificación de las operaciones realizadas y de la autorización administrativa que se incorpore o acompañe al título inscrito.

f) La Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas realizó varias modificaciones legales, de las cuales dos son de especial relevancia a los efectos de este comentario. La primera de tales modificaciones fue la del citado artículo 17.6 del texto refundido de 2008, añadiendo dos excepciones a la exigibilidad de la autorización administrativa de la constitución y modificación de los complejos inmobiliarios privados y una definición de los mismos.

g) La otra modificación efectuada por la Ley 8/2013 antes aludida afectó a la Ley de Propiedad Horizontal dando su actual redacción al artículo 10, cuyo apartado 3 reitera en su letra a) la necesidad de autorización administrativa para la constitución y modificación de los complejos inmobiliarios, al tiempo que en la letra b) extiende esta misma necesidad, por primera vez de forma explícita, a la modificación de la propiedad horizontal consistente en «la división material de los pisos o locales y sus anejos, para formar otros más reducidos e independientes; el aumento de su superficie por agregación de otros colindantes del mismo edificio o su disminución por segregación de alguna parte», todo ello, bajo determinadas condiciones que luego veremos.

e) Finalmente, el vigente Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, reprodujo en su artículo 26.6 el contenido del anterior artículo 17.6 del texto refundido de 2008 con la única salvedad de introducir en su primer párrafo un inciso comprensivo de la remisión al artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal en los términos que luego veremos. Igualmente reprodujo en su artículo 65.3 la obligación de los registradores de notificar la inscripción de divisiones horizontales y de complejos inmobiliarios en los mismos términos antes aludidos, así como la práctica de la nota marginal expresiva de haber procedido así.

III. LOS COMPLEJOS INMOBILIARIOS

La regulación legal del control urbanístico de la constitución y modificación de los complejos inmobiliarios es la que menos dificultades ofrece de las tres situaciones que contemplamos.

Para su estudio hay que partir del artículo 10.3.a) de la Ley de Propiedad Horizontal, que establece lo siguiente:

«3. Requerirán autorización administrativa, en todo caso:

a) La constitución y modificación del complejo inmobiliario a que se refiere el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, en sus mismos términos».

La remisión contenida en este precepto debe entenderse hoy referida al artículo 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, que complementa al anterior como sigue:

«6. 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 será necesaria dicha autorización en los supuestos siguientes:

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.

b) Cuando la modificación del complejo no provoque un incremento del número de sus elementos privativos.

A los efectos previstos en este número se considera complejo inmobiliario todo régimen de organización unitaria de la propiedad inmobiliaria en el que se distingan elementos privativos, sujetos a una titularidad exclusiva, y elementos comunes, cuya titularidad corresponda, con carácter instrumental y por cuotas porcentuales, a quienes en cada momento sean titulares de los elementos privativos».

Esta definición de los complejos inmobiliarios se pronuncia en términos de tal generalidad que permite considerar incluidos en este concepto no solo la figura de los complejos inmobiliarios sino también determinados supuestos de propiedad horizontal. La remisión inicial de la norma al artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal despeja la duda respecto de la propiedad horizontal ordinaria, es decir, la constituida sobre un edificio, pero no aclara en cambio si la exigencia de la autorización administrativa es aplicable o no a la denominada propiedad horizontal tumbada, ya que esta última encaja sin dificultades en el régimen previsto por el citado artículo 24, como luego veremos.

Sea como fuere, del juego de las dos normas transcritas resulta una regla general y dos excepciones. La regla consiste en que la constitución y la modificación de los complejos inmobiliarios están sometidas a autorización administrativa, sin cuya acreditación no será posible la inscripción del negocio jurídico de que se trate.

La primera de las dos excepciones exime de la autorización administrativa 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 lo integren. Esta norma presupone la previa existencia de la aludida licencia de obras, circunstancia que hace precisa la autorización en los casos en que no exista tal licencia, como sucederá cuando el título constitutivo del complejo inmobiliario se limite a definir los espacios de suelo que pasen a ser elementos privativos sin haber proyectado obra alguna, para que sean los futuros propietarios de los mismos quienes construyan sus respectivas edificaciones según su voluntad, supuesto cuya inscripción es admitida desde antiguo por la Dirección General¹.

La segunda de las excepciones se aplica exclusivamente a la modificación del complejo inmobiliario, supuesto en que no será necesaria la autorización si con ella no se incrementa el número de los elementos privativos preexistentes.

En los apartados finales de este comentario nos referiremos a las clases de habilitación admisibles, a sus requisitos y a la posibilidad de proceder a la inscripción del complejo por antigüedad.

De momento, no consideramos necesario abundar más en el régimen de inscripción de los complejos inmobiliarios, ya que no parece plantear mayores dificultades que las relacionadas con su propio concepto dada la heterogeneidad de supuestos que engloba, lo que nos lleva al estudio de la distinción entre esta figura y la propiedad horizontal tumbada para delimitar con claridad el ámbito de aplicación de la norma expuesta, cuestión que abordamos en el apartado siguiente.

IV. LA PROPIEDAD HORIZONTAL TUMBADA

1. DISTINCIÓN ENTRE ESTE CONCEPTO Y EL DE COMPLEJO INMOBILIARIO

Como acabamos de ver, la definición de complejos inmobiliarios ofrecida por el artículo 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015 resulta lo suficientemente ambigua como para abarcar un gran número de situaciones muy dispares, tales como las urbanizaciones privadas, los edificios con varios portales, las casas pareadas, las adosadas, las casas a caballo, la propiedad por planos y otros supuestos que exceden de la propiedad horizontal ordinaria, simple o clásica, constituida sobre un solo edificio.

Lo mismo sucede con el artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal, según cuyo apartado 1: «El régimen especial de propiedad establecido en el artículo 396 del Código civil será aplicable a aquellos complejos inmobiliarios privados que reúnan los siguientes requisitos: a) Estar integrados por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí cuyo destino principal sea la vivienda o locales. b) Participar los titulares de estos inmuebles, o de las viviendas o locales en que se encuentren divididos horizontalmente, con carácter inherente a dicho derecho, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios».

Por lo tanto, dentro de este concepto amplio cabe distinguir entre los supuestos en que los elementos privativos son superficies de suelo, que se divide así en varias «parcelas independientes entre sí» y aquellos otros en que los elementos privativos son «dos o más edificaciones», también independientes por ser «susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida a un elemento común de aquel o a la vía pública», según resulta de los artículos 1 de la misma Ley y 396 del Código civil, pero permaneciendo en este caso el suelo como elemento común. Así lo demuestra igualmente la referencia de la norma transcrita a la posibilidad de que los elementos comunes no estén constituidos necesariamente por suelos, sino también por otros elementos inmobiliarios, instalaciones o incluso servicios.

Además, la propia Ley de Propiedad Horizontal prevé para este concepto de complejo inmobiliario una pluralidad de posibles configuraciones, distinguiéndose entre los conjuntos constituidos por «una sola comunidad de propietarios», los que se articulen como «una agrupación de comunidades de propietarios» y los que «no adopten ninguna» de estas dos «formas jurídicas».

Esta pluralidad de manifestaciones es reconocida en la Resolución de 16 de junio de 2006, según la cual «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, etcétera».

A pesar de la flexibilidad con que la legislación, según hemos visto, contempla y regula esta figura, la Dirección General ha acudido reiteradamente a la distinción, como conceptos diferentes, entre los complejos inmobiliarios propiamente tales y la propiedad horizontal tumbada a la hora de decantarse por su sujeción o no al control de la Administración urbanística como requisito para la inscripción registral de su constitución y modificación.

La Resolución de la Dirección General de 2 de abril de 1980 inició la práctica de asimilar, desde el punto de vista registral, la figura de los complejos inmobiliarios a la propiedad horizontal mediante la aplicación a los primeros del sistema del doble o múltiple folio registral propio de la segunda. También reconoce el «espectro de situaciones que se pueden producir en la vida real», dentro de las cuales «cabe distinguir desde aquellas urbanizaciones en que las diferentes edificaciones se encuentran adosadas unas con otras, formando un único conjunto arquitectónico, de aquellas otras en que cada edificio o parcela construida dentro de la urbanización constituye una unidad física independiente, existiendo o no elementos comunes, y que están a su vez relacionados con los restantes edificios o parcelas de la misma urbanización, entre los que se puede destacar a título de ejemplo los que la doctrina conoce bajo la denominación de “propiedad horizontal tumbada”, y estas distintas modalidades que la realidad ofrece al configurarlas desde el punto de vista jurídico requieren un tratamiento diverso acorde con la finalidad pretendida (...)».

Como puede comprobarse, la resolución se hace eco de la existencia de las múltiples realidades que trascienden de la propiedad de casas por pisos y que después se van polarizando en dos grandes grupos o categorías con diferente régimen jurídico. A lo largo de este camino se han ido perfilando los conceptos de propiedad horizontal tumbada y de complejo inmobiliario como dos especies o modalidades de una realidad más amplia, con el fin de dar respuesta al interrogante sobre la exigibilidad de la licencia de parcelación para proceder a su inscripción registral. Cabe citar en este sentido la Resolución de 27 de enero de 2006, que se refiere a la distinción en los siguientes términos: «En efecto, el régimen de propiedad horizontal que se configura en el artículo 396 del Código civil parte de la comunidad de los propietarios sobre el suelo como primero de los elementos esenciales para que el propio régimen exista, manteniendo la unidad jurídica y funcional de la finca total sobre la que se asienta. Aunque la Ley especial por la que se rige es de aplicación no solo a las comunidades formalmente constituidas conforme a su artículo 5, o a las que reúnan los requisitos del artículo 396 del Código civil pese a la carencia de un título formal de constitución, sino también a los complejos inmobiliarios privados en los términos establecidos en la propia Ley (cfr. el art. 2 de la misma), ello no significa que tales complejos inmobiliarios sean un supuesto de propiedad horizontal. El artículo 24, que integra el nuevo capítulo III de la Ley especial, extiende la aplicación del régimen, que no su 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 la 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 solo 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 situaciones que responden a ambos tipos, el de complejo inmobiliario con parcelas o edificaciones jurídica y físicamente independientes pero que participan en otros elementos en comunidad, o bien auténticas propiedades horizontales en que el suelo es elemento común y a las que se adjetivan como tumbadas tan solo en razón de la distribución de los elementos que la integran, que no se superponen en planos horizontales sino que se sitúan en el mismo plano horizontal».

La Dirección General resume así su posición sobre la distinción en su Resolución de 16 de junio de 2006: «Todo lo anterior no debe quedar enturbiado por las afirmaciones realizadas por esta Dirección General en orden a distinguir entre propiedad horizontal tumbada y complejo inmobiliario cuando se ha enfrentado con el problema de exigir o no licencia de parcelación. En efecto, varias resoluciones de este Centro Directivo han marcado la diferencia entre unidad de parcela (propiedad horizontal) o fraccionamiento del terreno (complejo inmobiliario) cuando la decisión a tomar versaba acerca de la exigencia o no de licencia de parcelación para la configuración jurídica adoptada».

Así pues, el Centro Directivo sitúa el elemento distintivo entre la propiedad horizontal tumbada y el complejo inmobiliario en que en la primera habría unidad de parcela por calificarse como elemento común la totalidad del suelo de la finca dividida, en tanto que en el segundo las parcelas resultantes constituirían elementos privativos independientes, por lo que solo en el segundo caso considera precisa la licencia, con algunos matices a los que nos referimos en el epígrafe siguiente.

2. EVOLUCIÓN DE LOS CRITERIOS DE LA DIRECCIÓN GENERAL SOBRE LA EXIGIBILIDAD DE TÍTULO ADMINISTRATIVO HABILITANTE

En este apartado se recopilan y sistematizan los criterios del Centro Directivo sobre la exigibilidad o no del título administrativo habilitante de la constitución y modificación del régimen especial de que se trate, distinguiendo a tal fin varias fases.

A) *Primera fase: la propiedad horizontal tumbada no está sujeta a licencia aunque exista asignación de uso exclusivo*

En primer lugar, y como ya vimos, la Dirección General ha declarado como regla general que debe acudirse a la legislación de la comunidad autónoma respectiva para comprobar en cada caso si el acto inscribible está de forma expresa o clara sometido a control administrativo, siendo evidente en caso afirmativo que para practicar la inscripción ha de acreditarse su obtención.

En cambio, cuando las normas autonómicas no contemplan específicamente entre los actos sujetos a licencia de parcelación el supuesto concreto de que se trate, la Dirección General, partiendo de la distinción entre complejo inmobiliario y propiedad horizontal tumbada en los términos que se han descrito (división del suelo de la finca matriz en lotes o porciones privativas en el primero y mantenimiento del suelo como elemento común en la segunda), considera exigible la licencia solo para el complejo inmobiliario pero no para la propiedad horizontal

tumbada. Además, en esta primera fase, mantenía respecto de esta última el criterio de innecesariedad incluso en los casos en que las edificaciones o elementos privativos llevaran consigo asignación de uso exclusivo de parte del suelo común.

Esta posición es expuesta con claridad por la Resolución de 10 de diciembre de 2003, que afirmaba que «La formación de las fincas que pasan a ser elementos privativos en un complejo inmobiliario en cuanto crean nuevos espacios del suelo objeto de propiedad totalmente separada a las que se vincula en comunidad *ob rem* otros elementos, que pueden ser también porciones de suelo como otras parcelas o viales, evidentemente ha de equipararse a una parcelación a los efectos de exigir para su inscripción la correspondiente licencia si la normativa sustantiva aplicable exige tal requisito. Por el contrario, la propiedad horizontal propiamente tal, aunque sea tumbada, desde el momento en que mantiene la unidad jurídica de la finca —o derecho de vuelo— que le sirve de soporte no puede equipararse al supuesto anterior pues no hay división o fraccionamiento jurídico del terreno al que pueda calificarse como parcelación pues no hay alteración de forma —la que se produzca será fruto de la edificación necesariamente amparada en una licencia o con prescripción de las infracciones urbanísticas cometidas—, superficie o linderos. La asignación del uso singular o privativo de determinados elementos comunes o porciones de los mismos, tan frecuentes en el caso de azoteas o patios como en el de zonas del solar no ocupadas por la construcción, no altera esa unidad». Esta argumentación no es compartida, sin embargo, por la Audiencia Provincial de Madrid, la cual sigue un criterio diferente que le llevó a anular la anterior resolución por los motivos que veremos enseguida.

Lo mismo sucede con la Resolución de 14 de enero de 2010, que sigue el mismo criterio que la anterior y fue igualmente anulada por la Audiencia Provincial.

A nuestro juicio, esta primera orientación de la Dirección General resultaba criticable por las razones que expusimos en el número 679 de esta misma revista², ya que viene a contradecir frontalmente todo el razonamiento que de manera constante viene manteniendo el Centro Directivo en torno a los supuestos de compraventa de cuotas indivisas de una finca con asignación a las mismas del derecho de uso exclusivo de una parte determinada de terreno³. Cabe citar, por todas, la Resolución de 19 de junio de 2000, que declara que «habida cuenta de los requisitos legales que determinan la consideración de una cosa como objeto jurídico independiente (cfr. art. 333 CC), del propio concepto legal de propiedad (cfr. art. 348 CC), de la sujeción al régimen de mayorías en lo relativo al uso de la cosa común (art. 398 CC), y de la prohibición del pacto de indivisión por más de diez años (art. 400 CC), la compatibilidad entre la persistencia de una comunidad sobre el todo y la atribución a cada propietario de un derecho permanente de uso exclusivo sobre una parte suficientemente determinada de aquel, exige que estas partes carezcan de la autonomía física y económica que les impida ser reputados como objetos jurídicos nuevos y absolutamente independientes entre sí, pues, en otro caso (como es el ahora debatido, en que las porciones de uso exclusivo delimitadas por sus linderos y superficie —cfr. artículo 9 de la Ley Hipotecaria—, son en principio susceptibles de constituir físicamente fincas absolutamente independientes entre sí, si se satisfacen las exigencias legales de índole urbanística o agraria), aquella atribución implicará una verdadera división, cualquiera que sea la denominación elegida o el mecanismo jurídico bajo el que pretende encubrirse». En el citado trabajo decíamos que en nuestra opinión no existe razón alguna para no aplicar exactamente el mismo razonamiento a la constitución de un complejo inmobiliario o de la propiedad horizontal (tumbada o no) cuando, sin división material del suelo (que quedaría por tanto como

elemento común), se atribuyera a cada una de las viviendas análogo derecho de uso exclusivo sobre una parte del mismo, supuesto en que, como vimos, la propia Dirección General adoptaba la posición contraria, al no exigir licencia.

Así parecieron entenderlo también los tribunales de justicia cuando en algunas sentencias se apartaron de la posición de la Dirección General al entender que cuando el suelo se deja como elemento común (lo que sucede, como vemos, en el caso de la propiedad horizontal tumbada, tal y como la concibe el Centro Directivo), resulta exigible la licencia siempre que se delimiten espacios de suelo de uso exclusivo a favor de los titulares de los elementos privativos. Como fruto de esta nueva orientación, las dos resoluciones que acabamos de citar fueron anuladas por la Audiencia Provincial de Madrid en otras tantas sentencias. La primera de ellas es la Sentencia número 107/2007, de 26 febrero, dictada por la Sección 25.^a, que anuló la Resolución de 10 de diciembre de 2003 (siendo de aplicación la legislación de Madrid, que no somete la constitución de la propiedad horizontal tumbada a licencia de parcelación). La sentencia resume así el caso enjuiciado por ella: «Antecedente del litigio, en resumen, sería la negativa del Sr. Registrador de la Propiedad ahora apelante, a inscribir dicha división al entender que al adjudicarse a cada una de las construcciones existentes en la parcela, una porción de la parte de la misma no edificada como anejo inseparable a la propiedad privativa de cada edificación, se estaría dividiendo en dos el suelo. Suelo, por demás, común en que se asientan uno y otro edificio y, a la vez, único elemento común que susceptible de utilidad conjunta se adjudica en la indicada modalidad de los dos anejos inseparables».

Las razones de la anulación de la resolución son las siguientes según la propia sentencia: «Conclusión de lo expuesto es que, si es “otro” el acto de división, esta división diferente engloba el fraccionamiento jurídico del terreno. Ya en esta perspectiva, el criterio ha de ser distinto y limitado a la propia expresión. La integridad jurídica trasciende el sentido físico primando así su contenido sobre la delimitación material lo que incluso permite utilizar criterios utilitaristas de “alteración de forma” en cuanto que desde el momento en que se asigna un uso y disfrute como anejo inseparable con la obligación de sufragar la totalidad de los gastos de mantenimiento y limpieza, se está dividiendo el terreno. La porción resultante, en este caso dos, de 760,98 mts. cuadrados y 441, respectivamente, implica su identificación de superficie afectada por ese fraccionamiento de plena naturaleza jurídica como no puede ser de otra forma en el régimen de la propiedad horizontal e integra un acto de división contemplado en la repetida previsión genérica *in fine* del apartado a) del artículo 151.1. En sede del artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal, si se adjetiva una propiedad horizontal tumbada pero con un soporte jurídicamente fraccionado en la forma como la expuesta, esa división integra uno de los posibles supuestos a que se ha hecho referencia y sometido al control registral del que trae causa la demanda formulada por el Sr. Registrador, D. Arturo, y que debe, así, estimarse al serlo el presente recurso».

La segunda Sentencia citada es la número 431/2008, de 30 de octubre, de la Sección 9.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que anuló la Resolución de la Dirección General de 14 de junio de 2004, antes referida también, empleando una argumentación paralela a la de la sentencia anterior y añadiendo lo siguiente: «Así, máxime cuando la resolución objeto del presente pleito se refiere a la frecuencia de asignación del uso singular o privativo de determinados elementos comunes o porciones de los mismos (citando azoteas, patios y zonas del solar no ocupadas por la construcción), la Sala considera que la finalidad de la regulación especial es diferente a la del supuesto enjuiciado. Basta con reparar en que el

artículo 396 del Código civil se refiere a un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio, “que son todos los necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como...”, es decir, no cabe la consideración artificial de tales elementos comunes a fin de, con aplicación de la normativa especial, impedir la aplicación de norma imperativa. En el caso de autos, la adjudicación como anejo inseparable a cada una de las viviendas de dos porciones de terreno de uso exclusivo no enerva la consideración de constituirse realmente dos entidades con autonomía tal que les permitiría ser consideradas como objetos jurídicos nuevos y absolutamente independientes entre sí (en palabras de la resolución de 16 de julio de 2005), pues, en definitiva, tal atribución a las viviendas de las citadas parcelas de terreno como anejos inseparables y con uso exclusivo, choca frontalmente con la consideración del legislador de ser elementos comunes los necesarios para el uso y disfrute del edificio, indivisibles e inseparables, de forma que, como aduce el apelante, en modo alguno cabría considerar que se trate de elemento común “esencial” (término utilizado en resolución de la DGRN), de forma que la atribución de su uso exclusivo —recordemos, sobre trozos de terreno destinados a jardín—, es decir, susceptibles de constituirse físicamente en fincas independientes, como aduce el Sr. Registrador, tal atribución implica una verdadera división del suelo (a pesar del criterio del Sr. Abogado del Estado), compartiendo la Sala que el supuesto es análogo al de las participaciones indivisas con atribución de uso exclusivo de terrenos a cada una pues, con el proceder objeto de autos se forman dos entidades, con atribución de cuota en el conjunto, atribuyendo a cada una el uso exclusivo de una porción de terreno».

A pesar de la revocación de estas dos resoluciones por sentencia firme, lo cierto es que la Dirección General mantuvo su criterio tradicional en otras resoluciones que reproducen la misma argumentación de aquellas, como la de 14 de enero de 2010 que reitera que «la propiedad horizontal propiamente tal, aunque sea tumbada, desde el momento en que mantiene la unidad jurídica de la finca —o derecho de vuelo— que le sirve de soporte, no puede equipararse al supuesto anterior pues no hay división o fraccionamiento jurídico del terreno al que pueda calificarse como parcelación pues no hay alteración de forma —la que se produzca será fruto de la edificación necesariamente amparada en una licencia o con prescripción de las infracciones urbanísticas cometidas—, superficie o linderos. La asignación del uso singular o privativo de determinados elementos comunes o porciones de los mismos, tan frecuentes en el caso de azoteas o patios como en el de zonas del solar no ocupadas por la construcción, no altera esa unidad».

Por su parte, el Tribunal Supremo sigue también la tesis contraria a la del Centro Directivo en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, de 9 de mayo de 2013, referente a un supuesto en que se deja el suelo como elemento común pero asignando a los elementos privativos resultantes del régimen constituido como anejo porciones de la finca no ocupadas por las edificaciones. La sentencia se pronuncia así: «Desde una perspectiva ceñida a la redacción literal del artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal, la recurrente pone el acento en que no ha habido parcelación ni división material de la finca, para derivar de ello que la actuación llevada a cabo no constituye un “complejo inmobiliario” de los contemplados en ese precepto. Sin embargo, desde una perspectiva más amplia (...), no puede ignorarse que, aunque se mantenga formalmente la unidad del inmueble, se produce la división ideal del derecho o del aprovechamiento finca, dando con ello lugar a un resultado del todo equivalente al del complejo inmobiliario mediante un artificioso juego combinado de la división horizontal y las participaciones societarias de la sociedad civil creada al efecto (...). Esta concepción amplia y

finalista de la parcelación urbanística ha quedado plasmada en el artículo 17 del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por 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 (...). Es oportuno señalar que el citado artículo 17 de la Ley 8/2007, luego reproducido en el Texto Refundido de 2008, revela la voluntad del legislador de considerar como parcelaciones urbanísticas, en aras del principio de certeza del derecho y seguridad jurídica, aquellas actuaciones que, aunque no comportan división material del terreno, atribuyen el derecho de utilización exclusiva de una porción determinada de suelo, así como la constitución de sociedades o asociaciones en las que la cualidad de socio incorpore ese derecho. Pues bien, esa misma equiparación, que ahora se recoge de forma expresa y con carácter general en la norma, es la que en el caso que nos ocupa ha llevado a cabo la sentencia recurrida, atendiendo para ello a los datos y circunstancias del caso examinado y mediante una interpretación finalista de las normas urbanísticas tendentes a la preservación del suelo rústico».

También se aparta el Tribunal Supremo de la concepción tradicional de la Dirección General en otras sentencias, como la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 6 de junio de 1988 (*RJ* 1988, 4596) o la de la Sala de lo Civil de 18 de octubre de 2013 (recurso de casación 1506/2011)⁴.

B) Segunda fase: la propiedad horizontal tumbada está sujeta a licencia si existe asignación de uso exclusivo u otro indicio de parcelación

Puede observarse un cambio de rumbo posterior en la doctrina de la Dirección General, que sigue manteniendo la distinción entre los complejos inmobiliarios y la propiedad horizontal tumbada, a la que continúa caracterizando por dejar el suelo como elemento común, pero matizando ahora que la asignación a cada elemento privativo del derecho de uso exclusivo de una parte determinada de dicho suelo común es asimilable a una parcelación urbanística, por lo que en estos casos considera exigible la licencia, y ello incluso en aquellas comunidades autónomas cuya legislación urbanística no incluye entre los actos sujetos a ella a la propiedad horizontal (ordinaria o tumbada), ni siquiera de forma indirecta.

Tal es el caso contemplado por la Resolución de 21 de enero de 2014, que resume con claridad de esta forma la nueva orientación en un supuesto de constitución de una propiedad horizontal tumbada cuyo suelo se configura como elemento común pero con asignación sobre el mismo de espacios de uso exclusivo a favor de los distintos propietarios: «En consideración a las anteriores circunstancias puede concluirse que en el supuesto analizado concurren las notas definitorias de los complejos inmobiliarios privados, siendo necesaria la obtención de la correspondiente licencia administrativa tal como exige la registradora en base al artículo 17.6 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, pues si bien es verdad que no existe una finca común jurídicamente independiente cuya titularidad instrumental o de vinculación pertenezca por cuotas a cada uno de los propietarios de las dos fincas resultantes de la división horizontal (lo cual en sentido estricto tampoco es necesario pues ya se ha dicho que el elemento común puede ser un derecho, una instalación o un servicio), de facto se consigue el mismo resultado mediante la atribución a cada finca como anejo privativo del resto de superficie no ocupada por las edificaciones, al quedar reducido el suelo y vuelo compartido en comunidad, conforme al artículo 396 del Código civil, a la zona de acceso, que por tal motivo no necesita ser configurada en la escritura como finca independiente.

Es decir, en el régimen organizativo de la propiedad que se configura en este supuesto, no se atribuye solo el uso exclusivo de alguna zona común, que no vería alterada con ello necesariamente y en principio su naturaleza de elemento común (lo cual no significa que en todos los casos de atribución de uso pueda predicarse tal consecuencia, como más adelante se analizará), manteniéndose por tanto la unidad jurídica de la finca objeto de la división horizontal, sino de verdaderos elementos privativos, exclusivos y excluyentes, que implican de facto un fraccionamiento jurídico y funcional de la finca matriz, lo que excluye su consideración como propiedad horizontal tumbada. Puede concluirse en base a las anteriores consideraciones, que se crean nuevos espacios del suelo objeto de propiedad separada y se dota a los elementos independientes de tal autonomía (apreciación confirmada por las normas estatutarias previstas), que ha de entenderse que, no obstante la denominación y configuración jurídica empleadas por las partes, nos encontramos, al menos a los efectos de la aplicación de la legislación urbanística, ante una verdadera división de terrenos constitutiva de un fraccionamiento que es una de las notas características de los conjuntos inmobiliarios privados, por lo que está justificada la exigencia de licencia como instrumento de control de la legalidad urbanística por parte de la Administración».

Con ello, entendemos que queda superado el antiguo criterio de la Dirección General de atribuir un régimen diferente a la comunidad por cuotas con asignación de derechos de uso exclusivo de parte del suelo (supuesto para el que consideraba necesaria la licencia) y a la propiedad horizontal con idéntica asignación a favor de los titulares de elementos privativos asentados sobre suelo común (respecto de la cual no exigía dicha licencia), volcándose ahora sobre la propiedad horizontal tumbada toda la doctrina que antes se había construido únicamente sobre la comunidad de bienes, unificando el tratamiento jurídico de ambas figuras al exigir la licencia de parcelación no solo cuando exista la citada asignación de uso exclusivo, sino también cuando concurren otros indicios de parcelación⁵.

Para llegar a la anterior conclusión, se acude a la distinción entre la división material del suelo y la división ideal en los términos que detalla la jurisprudencia antes citada y la Resolución de 5 de noviembre de 2012, relativa a una comunidad autónoma cuya legislación urbanística, «a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones autonómicas (...), no sujeta la división horizontal, como operación específica, a licencia de forma expresa». Esta resolución aplica a un supuesto de propiedad horizontal tumbada la misma doctrina que tradicionalmente había recaído sobre la venta de cuotas indivisas con asignación de uso exclusivo u otros indicios de parcelación, pronunciándose así: «Asimismo, como pusieron de manifiesto las resoluciones de este Centro Directivo de 14 de julio de 2009, 12 de julio de 2010, 24 de agosto de 2011 y 3 de abril de 2012, el concepto de parcelación urbanística, siguiendo el proceso que han seguido las actuaciones en fraude a su prohibición y precisamente para protegerse de ellas, ha trascendido la estricta división material de fincas, la tradicional segregación, división o parcelación, para alcanzar la división ideal del derecho y del aprovechamiento, y en general todos aquellos supuestos en que manteniéndose formalmente la unidad del inmueble, se produce una división en la titularidad o goce, ya sea en régimen de indivisión, de propiedad horizontal, de vinculación a participaciones en sociedades, o de cualquier otro modo en que se pretenda alcanzar los mismos objetivos. Así resulta con claridad del propio artículo 79 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio el cual, si bien se halla encabezado por el epígrafe “Divisiones y segregaciones”, se refiere en su párrafo primero no solo a los estrictos supuestos de división o segregación de fincas realizadas en suelo no urbanizable, sino también a todo supuesto en que,

cuando por las circunstancias de descripción, dimensiones, localización o número de fincas resultantes de la división o de las sucesivas segregaciones, surge duda fundada sobre el peligro de creación de un núcleo de población, a cuyo efecto y para la definición y desarrollo de este concepto, remite a los términos señalados por la legislación o la ordenación urbanística aplicable. Y en este sentido amplio deben interpretarse aquellos términos de división o segregación que también emplea el artículo 78 del Real Decreto 1093/1997, cuando ordena al registrador que para la inscripción de la división o segregación de terrenos ha de exigir que se acredite el otorgamiento de la licencia que estuviese prevista por la legislación urbanística aplicable, o la declaración municipal de su innecesariedad».

Seguidamente, la misma Resolución de 5 de noviembre de 2012 parte de la cita de otra antigua, dictada en realidad en relación con la venta de una cuota indivisa con asignación de uso exclusivo, para afirmar lo siguiente: «La Resolución de este Centro Directivo de 12 de febrero de 2001 establece la compatibilidad entre la persistencia de una comunidad sobre el todo (en este caso, en relación con los elementos comunes, entre los que la escritura calificada incluye el terreno de la finca) y la atribución a cada propietario de un derecho permanente de uso exclusivo sobre una parte suficientemente determinada de aquel, que constituyen anexos a los elementos privativos, esto es, elementos comunes de uso exclusivo de determinados propietarios. Por lo tanto, se exige que estas partes carezcan de la autonomía física y económica que les impida ser reputados como objetos jurídicos nuevos y absolutamente independientes entre sí, pues en otro caso, aquella atribución implicará una verdadera división, cualquiera que fuese la denominación elegida o el mecanismo jurídico bajo el que pretendiese encubrirse».

Finalmente, la Resolución de 2012 a la que nos venimos refiriendo concluye que «En el supuesto debatido, las entidades privativas resultantes de la división horizontal no participan en otras fincas registrales ni las dividen o segregan en participaciones. Por lo tanto, no existen porciones de otras fincas registrales o terrenos de uso exclusivo que constituyan físicamente fincas absolutamente independientes entre sí en el caso de satisfacerse las exigencias de la legislación urbanística (...). En consecuencia, no existe un complejo inmobiliario privado, ni puede presumirse de la descripción hecha en la escritura calificada. Además, el suelo sobre el que se ubican los elementos privativos independientes es común, por lo que en este caso no se puede sostener la nota de calificación».

Como puede comprobarse, la nueva doctrina de la Dirección General, si bien se aparta de su orientación inicial, continúa tomando en consideración la distinción entre complejo inmobiliario y propiedad horizontal tumbada para concluir ahora que la segunda solo requiere licencia cuando asigne espacios de uso exclusivo o existan otros indicios de una posible parcelación, pero no en otro caso.

Esta nueva orientación ha sido reiterada en numerosas Resoluciones posteriores, como las de 21 de enero de 2014, 19 de febrero de 2015, 13 de julio de 2015, 12 de julio de 2016, 25 de abril de 2018, 1 de junio de 2018 y 21 de noviembre de 2019.

C) ¿Hacia una tercera fase que generalice la exigibilidad de la autorización administrativa?

Resumiendo la doctrina reflejada en el apartado precedente, a los efectos que nos ocupan habría que distinguir dos supuestos de lo que tradicionalmente se conoce como propiedad horizontal tumbada: aquellos en que exista asignación de espacios

de suelo de uso exclusivo o cualquier otro indicio de parcelación, cuyo régimen se equipararía al de los complejos inmobiliarios y, por tanto, estarían sujetos a licencia, y aquellos otros en que no concurren tales circunstancias, por lo que no procedería tal exigencia al asimilarse al régimen de la propiedad horizontal ordinaria.

Sin embargo, recientemente se ha dictado una resolución cuya argumentación, a nuestro juicio, obliga a revisar esta construcción: se trata de la Resolución de 3 de junio de 2019, relativa a un supuesto de división horizontal de un edificio sin asignación de espacios de uso exclusivo ni otros indicios de parcelación, considerando exigible a pesar de ello la autorización administrativa sobre la base de la aplicación combinada de los artículos 53 del Real Decreto 1093/1997, 10.3 de la Ley de Propiedad Horizontal y 26 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015, declarando que los dos últimos dan cobertura legal al primero desde la legislación estatal aunque no lo haga la legislación autonómica en ese caso aplicable al no pronunciarse sobre el particular; por lo que concluye que la división horizontal de un edificio está sometida a autorización administrativa como regla general y con las solas excepciones previstas en los preceptos citados.

El contenido de esta resolución será analizado más adelante por referirse a un supuesto de propiedad horizontal ordinaria, pero, en nuestra opinión, no hay razón alguna para no aplicar la misma solución a los supuestos de propiedad horizontal tumbada que cuenten con iguales presupuestos. Sería un contrasentido someter a autorización administrativa la constitución o modificación de la propiedad horizontal de un edificio, sin que existan espacios de uso exclusivo ni indicio de parcelación alguna, y no hacer lo mismo en el caso de la propiedad horizontal tumbada, ya que el problema urbanístico que ambas situaciones plantean es idéntico, según ya se adelantó, por lo que el tratamiento del control administrativo que permite superarlo ha de ser también el mismo.

La aplicación combinada de los preceptos considerados por la citada resolución presenta una serie de implicaciones cuyo estudio aplazamos para el apartado relativo a las conclusiones finales, ya que su adecuada exposición hace conveniente analizar previamente el contenido de aquella, cuestión que trataremos en el apartado siguiente.

En nuestra opinión, por el juego de los tres preceptos citados (y alguno más como veremos al hablar de la propiedad horizontal ordinaria), el régimen de inscripción de la propiedad horizontal tumbada se asimila al de los complejos inmobiliarios, siendo por tanto de aplicación a ambos supuestos el artículo 26.6 del texto refundido de 2015, de tal modo que su constitución y modificación deberán ser autorizadas por la Administración competente, salvo que el número y características de los elementos privativos resultantes sean los que resulten de la licencia de obras que autorice la construcción de las edificaciones que lo integren o que, en el caso de la modificación, no implique un incremento del número de elementos privativos preexistentes.

Con ello, consideramos que se ha dado un paso adelante que impone el abandono de la tradicional distinción, en relación con la exigibilidad de autorización administrativa, entre los complejos inmobiliarios y la propiedad horizontal tumbada, al quedar sometidos ambos al mismo régimen de control. No cabe olvidar que las dos figuras encuentran su acomodo tanto en la definición de complejo inmobiliario que a estos efectos contiene el citado artículo 26.6 del texto refundido en su último párrafo como en el supuesto de hecho de aplicación del artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal, dados los amplísimos términos en que, según se vio, se pronuncian ambos, siendo de destacar que aquella distinción no ha tenido reflejo alguno en las sucesivas redacciones de ambas normativas.

Como dijimos al principio, lo que preocupa a las Leyes del suelo al regular el control administrativo en esta clase de negocios jurídicos es evitar que se constituya un núcleo de población allí donde no debiera existir por exigencia del planeamiento urbanístico, o que en los núcleos preexistentes aumente la densidad de viviendas y de población más allá de las previsiones de dicho planeamiento, circunstancias ambas que afectan a la legalidad del propio negocio. Y el régimen de control previsto en la legislación del suelo es aplicable tanto a la división «material» como a la «ideal», según la jurisprudencia a la que hemos hecho referencia. Desde esta perspectiva, entendemos que la única manera posible de evitar el acceso al Registro de las situaciones descritas, por ser contrarias a la ordenación urbanística y, por tanto, a la legislación de igual naturaleza, es que se acredite ante el mismo que se acomodan a una y otra mediante la licencia, autorización o habilitación correspondiente, y todo ello, naturalmente sin perjuicio de las normas previstas para supuestos especiales, como el contemplado en el artículo 79 del Real Decreto 1093/1997 respecto del suelo no urbanizable.

En definitiva, el problema urbanístico que ha de ser combatido y evitado es idéntico en la propiedad horizontal tumbada y en el complejo inmobiliario. Por decirlo de una manera gráfica, es irrelevante para el urbanismo que los dueños de los elementos privativos con vocación residencial disfruten indistintamente de la totalidad del jardín que rodea las construcciones o que cada uno de ellos disfrute individualmente de una parte determinada de dicho jardín, realizando o no su cerramiento, pues en ambos casos se incrementa la densidad de población, por lo que es preciso comprobar si se hace de conformidad con el plan o en contra de este. Y esta comprobación solo puede realizarse mediante la aportación del título administrativo que determine esa conformidad.

No obstante lo expuesto, hay que reconocer que, con posterioridad a esta novedosa resolución, la Dirección General ha mantenido la exigibilidad de la autorización administrativa en su Resolución de 21 de noviembre de 2019 en relación con un supuesto de propiedad horizontal tumbada, con la misma fundamentación de las resoluciones citadas en el apartado anterior, al asignarse espacios de uso exclusivo en el caso por ella contemplado, si bien es cierto que no se pronuncia expresamente sobre la hipótesis contraria.

NOTAS

¹ Por ejemplo, en las Resoluciones de 23 de octubre de 2002 y 11 de julio de 2017.

² LANZAS MARTÍN, E.P. (2006), Los conjuntos inmobiliarios y la licencia de parcelación, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 697, 2116-2130.

³ Es el caso de la Resolución de 26 de junio de 1999, las de 20, 26, 27, 28 y 29 de junio de 2000, las de 19 y 20 de octubre de 2000 y la de 12 de febrero de 2001, entre otras muchas.

⁴ La primera equipara los supuestos de asignación de uso exclusivo a determinadas partes del suelo común a su fraccionamiento como elementos privativos y la segunda no se hace eco de la distinción unificando el régimen aplicable a los complejos inmobiliarios y a la propiedad horizontal tumbada.

⁵ La Resolución de 5 de noviembre de 2012, a la que enseguida se hace referencia, cita expresamente la ya aludida sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de octubre de 2008, señala, en relación con un caso de propiedad horizontal tumbada con asignación de uso exclusivo, que «el supuesto es análogo al de las participaciones indivisas con atribución de uso exclusivo de terrenos a cada una pues, con el proceder objeto de autos se forman dos entidades, con atribución de cuota en el conjunto, atribuyendo a cada una el uso exclusivo de una porción de terreno».

4. DERECHO BANCARIO

Integración y sustitución de cláusulas nulas por abusivas en contratos bancarios*

Integration and replacement of null clauses for abusives in bank contracts

por

CARMEN MUÑOZ GARCÍA
Profesora Titular de Universidad
Departamento de Derecho civil. UCM

RESUMEN: El artículo 6.1 de la Directiva 93/13/EEC de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, impone que esta estipulación no vinculará al consumidor, aunque el resto del contrato sigue vigente «*si este puede subsistir sin la cláusula abusiva*». Pretende restablecer el equilibrio entre las partes, y preservar la validez del contrato en su totalidad. El problema es que la eliminación de la cláusula abusiva produzca la nulidad del contrato con consecuencias negativas para el consumidor. En este supuesto, excepcionalmente, el juez civil debe integrar el contrato y sustituir la cláusula abusiva por una disposición supletoria del Derecho interno. Es la necesaria integración del contrato para tutelar al consumidor.

ABSTRACT: Article 6.1 of the Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts requires that these clause are not binding on the consumer, while the remainder of the contract continues to bind the parties «*if it is capable of continuing in existence without the unfair terms*». It aims restore the balance between the parties, through removing unfair terms from the contract while and preserve the validity of the contract as a whole. The problem is that the elimination of an unfair contract term could causes the nullity of the contract with negative consequences for the consumer. In this case, exceptionally, with these conditions, national courts can replace an unfair contract term with a complementary provision of national legislation to avoid nullity of the contract. Is the necessary integration of the contract to protect the consumer.

PALABRAS CLAVE: Las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Norma imperativa. Restablecer el equilibrio entre las partes, preservar la validez del contrato. Sustituir una cláusula abusiva nula. Contrato de préstamo hipotecario.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Nacional I+D «El Tribunal de Justicia de la Unión europea: su incidencia en la configuración normativa del proceso civil español y en la protección de los derechos fundamentales» (Ref. DER 2016-75567-R); así como del Grupo de Investigación UCM 971680 «Derecho de Daños. Derecho de la contratación», validado por la Agencia Estatal de Investigación (AEI) del MINECO.

KEY WORDS: *Unfair terms are not binding on the consumer. Mandatory provision. Restore the balance between the parties. To preserve validity of the contract. Replace an unfair contract term. Integration and replacement. Mortgage loan contract.*

SUMARIO: I. ALGUNOS ASPECTOS PREVIOS.—II. LA INTEGRACIÓN EN CONTRATOS CON CONSUMIDORES, Y CON CLÁUSULAS ABUSIVAS: 1. EL SUPUESTO QUE SIRVE DE BASE PARA ADMITIR LA INTEGRACIÓN. 2. LOS CRITERIOS DEL TJUE PARA RECHAZAR LA INTEGRACIÓN DE LA CLÁUSULA QUE «NO VINCULARÁ». MATIZACIONES.—III. ARMONIZAR LA IMPERATIVIDAD DEL ARTÍCULO 6.1 DE LA DIRECTIVA 93/13 CON LA SUBSISTENCIA DEL CONTRATO: 1. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE NO VINCULACIÓN DE LA CLÁUSULA ABUSIVA. 2. LA EXCEPCIÓN: INTEGRAR CUANDO EL CONTRATO NO PUEDE SUBSISTIR Y CON PERJUICIO AL CONSUMIDOR.—IV. LA INTEGRACIÓN EN LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR. APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 693 LEC Y 24.1 DE LA LCCI.—V. LA POSTURA DEL CONSUMIDOR.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS.—VIII. ÍNDICE DE LEGISLACIÓN CITADA.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. ALGUNOS ASPECTOS PREVIOS

En este estudio pretendo cuestionar si es posible la integración de los contratos con consumidores en los que se declara nula una cláusula por abusiva y esta es expulsada del contrato. Como cuestión previa señalamos que, con el fin de resolver los continuos y nada pacíficos problemas que suscita la determinación del contenido del contrato, es necesario: (i) por un lado, interpretar la voluntad de las partes, lo realmente querido por estas conforme a las reglas contenidas en los artículos 1281 a 1288 del Código civil, y para cuando no sea posible conforme a las anteriores, el artículo 1289 del Código civil impone que se tengan en cuenta si las dudas recaen sobre «*circunstancias accidentales del contrato*» o bien «*sobre el objeto principal*», para en su caso, que estas se resuelvan a favor de la mayor reciprocidad de intereses, en el primero de los supuestos, y mediante la nulidad del contrato en el segundo de ellos; (ii) por otro, será preciso calificar el contrato para conocer el régimen jurídico aplicable, tanto imperativo como dispositivo, y finalmente (iii) será preciso integrar el contrato con arreglo al ordenamiento, los usos y la buena fe (art. 1258 del CC).

Como bien se dice, se interpreta lo que está y se integra lo que no está. Ahora bien, respecto de esto último y cuando la interpretación para conocer el contenido del contrato no ha sido suficiente, no será lo mismo integrar supliendo lo que falta, e incorporando reglas al contrato que según la naturaleza de la obligación, *sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*, y en circunstancias entre iguales (ya sea entre particulares o entre empresas, o entre unos y otros en contratos celebrados con luz y taquígrafos), que suplir lagunas en contratos con consumidores. En este último contexto, y dejando al margen la regla general contenida en el artículo 61 del TRLGDCU, sobre integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato con consumidores, donde prima el principio de buena fe del artículo 1258 del Código civil y prevalecen las interpretaciones mas favorables para la protección del consumidor, nos cuestionamos si cabe la integración en un ámbito aún más concreto, aunque no por ello menos frecuente: cuando el vacío contractual con consumidores se produce por haber mediado

una cláusula abusiva. En este caso, cuando la estipulación constatada como contraria a la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas, es declarada nula, «no vinculará» al adherente, conforme el artículo 6.1 de la norma europea citada, lo que supone, en términos de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 asunto GUTIÉRREZ NARANJO¹, apartado 61, que la cláusula «*nunca ha existido de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula*».

Ante esta consecuencia extrema de excluir la aplicación de la cláusula nula, puede plantearse si el contrato puede subsistir y de no ser así, si la anulación en su totalidad de este expone al consumidor a consecuencias no queridas por el adherente y contrarias a la finalidad de la Directiva 93/13. Ante la nulidad absoluta del contrato con perjuicio para el consumidor, integrar el contrato es la alternativa posible. Por lo que, habrá de concretarse si es posible la integración, y en que supuestos, y si integrar supone modificar la cláusula, sustituirla, o simplemente expulsarla del contrato. Ante esta eventual situación, la ley, la doctrina y la jurisprudencia española y europea no han permanecido impasibles. Este será el primer escollo a superar.

II. LA INTEGRACIÓN EN CONTRATOS CON CONSUMIDORES, Y CON CLÁUSULAS ABUSIVAS

1. EL SUPUESTO QUE SIRVE DE BASE PARA ADMITIR LA INTEGRACIÓN

Bastará en este momento con acudir a un ejemplo de enorme significación por haber sido objeto de sentencias tanto del Tribunal Supremo como de sentencias del TJUE. Así, los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, donde la cláusula de vencimiento anticipado se constituye en una estipulación esencial de la singular relación jurídica, y cuya supresión afecta a la naturaleza misma del contrato. No parece una cuestión baladí, entre otras razones, por las siguientes. Es práctica habitual que, en un crédito hipotecario, caracterizado por ser un contrato de larga duración por el que el deudor se obliga a hacer pagos parciales durante la duración del préstamo, se pacte que ante el incumplimiento de un número determinado de cuotas periódicas, se pueda activar por el prestamista el vencimiento anticipado de dicho préstamo, reclamando el capital pendiente, los intereses y gastos que procedan². Su incorporación permite poner en marcha la ejecución hipotecaria³ por cualquier incumplimiento del prestatario, en la mayoría de los casos sin modular la gravedad cuantitativa y cualitativa del incumplimiento, esto es, sin atender a la duración del préstamo, a los plazos y cuantías impagadas, o al momento en el que se produce el incumplimiento, que puede ser al comienzo o al final de vida de este. En este contexto, constatar el carácter abusivo de la cláusula, si no ha sido negociada individualmente, parece que podría evitar el fatal desenlace para quien anticipadamente se ve obligado al pago de la totalidad de la deuda.

Ahora bien, lo dicho hasta aquí, en esta hipótesis, por sí solo no parece suficiente. Expulsar del contrato la cláusula abusiva puede determinar en algunos casos el fin de la relación obligacional, y exponer a las partes ante una situación no deseada. La integración del contrato mediante la sustitución por una disposición supletoria resulta ser la alternativa para mantener el vínculo contractual.

A falta de la cláusula de vencimiento anticipado, para integrar la laguna producida por la supresión de la cláusula abusiva y que podría derivar en la nulidad del contrato, es necesario integrar el contrato con una norma supletoria del Derecho interno. En este caso, tratándose de una obligación recíproca, el acreedor tiene otra alternativa al amparo del artículo 1124 del Código civil. Puede iniciar un juicio declarativo en el que puede pedir la resolución del contrato con restitución recíproca de las prestaciones, o exigir el cumplimiento de las obligaciones, con exigencia de todas las cantidades pendientes de pago y sus correspondientes intereses. Además de poner fin a la relación contractual, la acción resolutoria amparada en el artículo 1124 del Código civil posibilita que el acreedor pueda reclamar daños y perjuicios. Por otro lado, la sentencia firme que recaiga en este juicio declarativo podrá ser objeto de ejecución, y se podrán embargar y subastar todos los bienes del deudor, incluyendo su vivienda habitual. Sin duda, por una u otra vía, aunque con procedimientos y tiempos diferentes, el prestatario puede poner fin anticipadamente a la relación jurídico obligacional de manera abrupta y con consecuencias de difícil cuantificación para el deudor⁴. Si bien, en el supuesto de la resolución por incumplimiento del consumidor, este debe ser grave o esencial, y en este caso, tras la Ley 5/2015, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI), la resolución, al menos, deberá ajustarse a los requisitos fijados en el artículo 24.1 de dicha norma.

¿Cuándo puede el acreedor instar su derecho por perder el deudor el derecho al plazo? Los cambios en la normativa se han sucedido en los últimos tiempos. En concreto, para los créditos hipotecarios, conforme al artículo 693.2 de la LEC (norma dispositiva), se permite reclamar la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si así se hubiese convenido, y aunque inicialmente, cabía el vencimiento total en caso de falta de pago de, *«alguno de los plazos»* (LEC, en su redacción originaria), *«de, al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago»*, en una primera modificación, tras redacción dada por Ley 19/2015), y finalmente, tras la disposición final quinta de la Ley 5/2019 (LCCI) que modifica este, *«siempre que se trate de un préstamo o crédito concluido por una persona física y que esté garantizado mediante hipoteca sobre vivienda o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles para uso residencial, se estará a lo que prescriben el artículo 24 de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y, en su caso, el artículo 129 bis de la Ley Hipotecaria»*, es claro que lo dispuesto por el artículo 24 de la citada Ley 5/2019 que traspone la Directiva 2014/17, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, constituye, sin duda, una tutela mayor para las partes y mayores posibilidades de subsistencia del contrato.

2. LOS CRITERIOS DEL TJUE PARA RECHAZAR LA INTEGRACIÓN DE LA CLÁUSULA QUE «NO VINCULARÁ». MATIZACIONES

El problema surge cuando en la primera de las hipótesis, de declararse la nulidad de la cláusula por abusiva, esta es expulsada del contrato. A bote pronto, eliminada la cláusula se acaba el problema, sin embargo, nada más lejos de la realidad. La razón es clara, no es, ni puede ser lo mismo, suprimir una estipulación predispuesta que regulando aspectos accesorios del contrato, sea contraria a la buena fe y justo equilibrio entre los contratantes (art. 3.1 Directiva 93/13), que eliminar la cláusula predispuesta que regula el objeto principal del contrato, y que sin ser abusiva, puede serlo si no ha sido redactada de manera clara y

comprensible (art. 4.2 de la Directiva 93/13)⁵. Si eliminamos esta última, en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, *«la supresión de la cláusula afecta a la garantía y, por tanto, a la economía del contrato y a su subsistencia»*⁶, por lo que, declarada la nulidad, y sin cláusula que la sustituya, faltaría un elemento esencial del contrato de préstamo hipotecario, y este no podría subsistir⁷. Ahora bien, ¿es esto lo que quiere el consumidor? Probablemente prefiera que subsista el contrato, y en este caso hay que suplir la laguna que deja la cláusula abusiva con la fórmula legal supletoria, de lo contrario, no hay contrato. La denostada fórmula de integrar el contrato y suplir la cláusula nula, quizás sea la mejor de las soluciones.

Sin embargo, esta posibilidad de integrar un contrato con Derecho supletorio, fue vetada al juez nacional tras la sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012, en el asunto *Banco Español de Crédito* (C-618/10), en el marco de un proceso monitorio, en el que el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Sabadell declaró de oficio, nula de pleno derecho, una cláusula de intereses moratorios por abusiva. Recurrida por la entidad bancaria, la Audiencia Provincial de Barcelona plantea cuestión prejudicial. En la sentencia citada, el Tribunal europeo determinó que la facultad de integración del contrato admitida inicialmente en el artículo 83.2 del RDLeg. 1/2007, conforme al que: *«la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código civil y al principio de buena fe objetiva»*, era contraria a la Directiva 93/13. Por otro lado, también la anterior redacción atribuía otras facultades al juez que declarase la nulidad de dichas cláusulas, en este caso *«moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario»*. Finalmente, y solo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el juez declarar la ineficacia del contrato», dejando sin efecto el contrato.

Para dar cumplimiento a la sentencia antedicha, y considerado que la facultad de integración del contrato concedida al juez era contraria a la norma europea, la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica la normativa de consumidores, en el artículo único 27, suprime dicha facultad de integrar la parte del contrato afectada por la abusividad, y determina en el artículo 83.1 del TRLGDCU que *«las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas»*. Sin duda, la STJUE de 12 de junio de 2012 asunto *Banesto*, parece que constituye un punto de no retorno frente a la anterior previsión legal, una vez que la facultad de integrar la cláusula o el contrato, modificando el contenido de la estipulación abusiva, es contraria al artículo 6.1 de la Directiva 93/13⁸. Esta postura se mantendrá como regla general, pero posteriores resoluciones judiciales admitirán excepciones a la misma que alterarán el *status quo* vigente. Las sentencias dictadas por el TJUE, de fechas 30 de abril de 2014 asunto *Kásler* (apartados 80 a 84), de 21 de enero de 2015 asunto *Unicaja Banco, S.A.* (apartados 31 a 33), o la de fecha 26 de marzo de 2019 asunto *Abanca* (apartado 56), tomaron en consideración lo antedicho, y matizaron el principio.

Lo cierto es que, la facultad atribuida al juez interno, de modificar el contenido de las cláusulas abusivas para integrar la parte afectada por la nulidad conforme dispone el artículo 1258 del Código civil y el principio de buena fe objetiva, puede poner en peligro la consecución del objetivo principal de la Di-

rectiva 93/13, una vez que la mencionada facultad «contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores»⁹. Sin embargo, en algunas ocasiones, la integración del contrato puede ser la única opción para mantener a salvo la relación contractual, con los menores perjuicios al consumidor adherente. Al fin y a la postre, se trata de establecer, o recomponer, el equilibrio de la relación contractual duradera, y el contrato de préstamo hipotecario no podrá subsistir «si la ejecución de la garantía resulta ilusoria o extremadamente dificultosa» como así precisa la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2019.

La cuestión de fondo, es siempre, examinar si estamos ante una cláusula relativa a elementos esenciales del contrato, ateniéndonos a la particular relación obligacional, y determinar si existiendo una cláusula que puede ser abusiva, el contrato podrá o no subsistir sin cambiar su naturaleza jurídica. Porque si esta cambia, por ejemplo porque deja de existir la garantía hipotecaria, el préstamo será otro, y dejaremos de estar ante la relación contractual inicialmente pactada. Probablemente, aún subsistiendo el contrato de préstamo, que sería no hipotecario por faltar la garantía hipotecaria, las condiciones no deberían ser las mismas, los intereses tampoco, y las garantías deberían completarse. Sea como fuere, la supresión de la cláusula sin más, perjudica al consumidor adherente, creando un vacío que determina consecuencias perniciosas para el sujeto más protegido por la Directiva 93/13. Y esto sí, iría contra la finalidad misma de la norma europea y contra el deber de integrar el contrato del artículo 65 del TRLGDCU, que ordena que «los contratos con los consumidores se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme el principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información contractual relevante».

La sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019, *Abanca Corporación Bancaria* (as. acumulados C-70/17 y C-179/17)¹⁰, matiza la férrea oposición a la integración inicialmente determinada en el asunto *Banesto* (2012). La resolución analizaba si una cláusula que abría la ejecución hipotecaria, con elementos que parecían determinar su abusividad, —funda la resolución del contrato en el impago de una sola cuota—, debía desaparecer del contrato y tenerse por no puesta. Su desaparición sin integración posible, podría suponer la no subsistencia del contrato y exponer al consumidor a consecuencias más lesivas, probablemente no queridas por este. Por lo que el TJUE entiende aplicable el artículo 693.2 LEC que permite instar la ejecución hipotecaria tras el impago no de una cuota, sino de tres. En este contexto, ante la nulidad de una cláusula predispuesta sobre elemento esencial de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, el Tribunal europeo admite que la laguna en el contrato puede resolverse vía integración con una norma supletoria del Derecho interno, por lo que los tribunales internos deberán llevar a cabo las comprobaciones y comparaciones necesarias (apartado 62 y 64 de la sentencia). En concreto, en la declaración final de la misma se concluye que:

«Los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, se oponen a que una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario declarada abusiva sea conservada parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva, cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia, y de que, por otra parte, esos mismos artículos no se oponen

a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales»

Mientras tanto, las ejecuciones hipotecarias con causa en la cláusula de vencimiento anticipado y que estaban a la espera del fallo por el Tribunal europeo, se encontraron con una nueva regulación de la materia. La Ley 5/2015, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI), que entraría en vigor tres meses después y que establecía un nuevo régimen más favorable. ¿Podría el juez nacional poner remedio a la cláusula que declara nula, sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que mejora la posición jurisdiccional de los adherentes? Es una solución aplicar la Ley de Crédito inmobiliario a los procesos ya iniciados, una vez que prevé que, el vencimiento anticipado en la primera mitad del préstamo solo se producirá ante el impago de 12 cuotas, mientras que, si se produce en la segunda mitad del préstamo, el impago exigido será por 15 cuotas. Evidentemente, de 12 o 15 impagos a los 3 que permitió el TJUE en la Sentencia de 23 de marzo de 2019, hay una diferencia importante, siendo la nueva Ley de crédito inmobiliario más garantista y tuteladora de los derechos del consumidor. Su aplicación desde su publicación cumple los objetivos mismos de la Directiva 93/13, que en sus artículos 7 y 8 obliga a los Estados miembro a velar porque cese el uso de cláusulas abusivas y posibilita que se garantice a los consumidores mayores niveles de protección que los reconocidos desde la Unión.

Sin duda, el sistema de protección de la Directiva constituye un asunto de «interés público»¹¹, que tiene como objetivo la tutela eficaz a los consumidores, no solo abordando las situaciones de desequilibrio entre las partes, sino también disuadiendo a los profesionales de utilizar cláusulas abusivas que repercutirá en recuperar la confianza en los operadores bancarios, y redundará en beneficio de todos. El carácter imperativo del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, en cuanto a que las cláusulas contractuales abusivas no son vinculantes para los consumidores, determinan así su ineficacia e impiden su modificación o moderación, lo que excluye cualquier consideración a aplicar la técnica denominada por algunos autores de *blue pencil rule*¹², o lo que es lo mismo, realizar una tachadura sobre el papel, eliminando lo que es abusivo y manteniendo la eficacia de lo que es conforme a Derecho. La Sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019 la rechaza de plano.

III. ARMONIZAR LA IMPERATIVIDAD DEL ARTÍCULO 6.1 DE LA DIRECTIVA 93/13 CON LA SUBSISTENCIA DEL CONTRATO

Sabida la imperatividad del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, y su consideración como norma equivalente a las de Derecho interno que tienen rango de normas de orden público, la declaración de abusividad de una cláusula determinará la supresión de la estipulación nula, y en ocasiones, pondrá en riesgo la subsistencia del contrato. En este caso ¿cómo mantener el objetivo de la tutela del consumidor frente a las cláusulas abusivas? Una de las cuestiones pendiente de resolver en nuestro Derecho es la posible admisión por el Derecho europeo de

la integración del contrato para rellenar la laguna cuando la cláusula predispuesta es expulsada de este. Ciertamente es que en unos casos el contrato podrá subsistir sin la cláusula abusiva si esta solo regula derechos y obligaciones de las partes, porque suprimirla supone restablecer el equilibrio inicialmente sustraído por dicha estipulación, como por ejemplo, dejando sin efecto la cláusula de sumisión a la jurisdicción de los tribunales que beneficia al predisponente. Sin embargo, no siempre será posible, ni admisible en Derecho.

Hay otros supuestos, aquellos en los que la cláusula que regula el objeto principal del contrato (el precio, el cálculo de los intereses remuneratorios, o la de vencimiento anticipado en un préstamo con garantía hipotecaria), no es suficientemente clara y transparente, por lo que constatada como abusiva procede su expulsión del contrato, y sin ella, *prima facie*, el contrato no puede subsistir, entre otras razones porque se trata de un elemento esencial del contrato, y por otro, porque su supresión supone modificar la naturaleza misma del objeto principal del mismo. En estos casos, con tal determinación, habrá que ver si la imposibilidad de subsistencia perjudica al consumidor; este al que la Directiva 93/13 impone proteger. Para evitar la ineficacia del contrato, integrar la normativa interna aplicable parece la mejor de las soluciones. Sin embargo, el Tribunal europeo no siempre ha respondido en la misma dirección. En el asunto *Banesto* (2012) reconoció que el artículo 6.1 de la Directiva en cuanto al carácter no vinculante de las cláusulas abusivas se opone a que el juez nacional integre dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva. Y lo que es más reprochable, lo hizo sin tener en cuenta cuando dicha estipulación es accesorio o es esencial, aunque es cierto que la sentencia se produce en el contexto del artículo 3.1 de la Directiva, en cuanto cláusula predispuesta, que en detrimento del consumidor; y pese a las exigencias de buena fe, causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, y cuyas consecuencias, indiscutiblemente, es que *no vincularán* al adherente, como impone el artículo 6.1 de dicha Directiva.

La regla general admitirá excepciones. El TJUE contemplará en algunos supuestos, la sustitución de la cláusula contractual que se constata como abusiva, para los casos en los que la declaración judicial de nulidad, obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, con pérdida de derechos del consumidor; y muy probablemente con la oposición de este. Con ello, excepcionalmente, la integración del contrato es posible y sirve a la finalidad de la Directiva. No se trata de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que alteren la tutela dispensada por el Derecho europeo, sino de integrar con normas del Derecho interno la laguna del contrato para la subsistencia de este. Cuando de lo contrario, la relación contractual no se mantendría y probablemente expondría al consumidor a consecuencias lesivas no queridas por este.

¿En qué sentido es posible la integración sustituyendo la cláusula nula por disposiciones supletorias del Derecho interno? El contenido del contrato no solo viene determinado por las cláusulas negociadas y predispuestas, además, hay otras reglas que forman parte de su contenido, obligando a las partes, como dice el artículo 1258 del Código civil «*no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*». Por lo que la labor interpretativa y también integradora del juez, exige de una intervención proactiva de jueces y magistrados, que garanticen el efecto útil de la Directiva 93/13. Una protección efectiva de los derechos de los consumidores que obliga esencialmente a los tribunales internos y a los Estados, y para cuyo fortalecimiento y mejora no faltan iniciativas desde la Unión Europea. Aunque estas, siguen siendo insuficientes. No lo son los aspec-

tos que hasta ahora se incorporan en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo por la que se modifican entre otras la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993. En principio, la modificación en esta solo alcanza a la inserción de un nuevo artículo 8 ter sobre sanciones administrativas, con el objetivo de que los Estados establezcan multas efectivas, proporcionadas y disuasorias que garanticen el efecto útil de la Directiva¹³.

Más decisiva puede ser la Comunicación de la Comisión Europea, que publicada el 27 de septiembre de 2019, contiene Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993. En consonancia con lo dicho, tras ponerse de manifiesto que estamos ante «una Directiva basada en principios» y que constituye «un instrumento central para lograr la equidad en el mercado interior», se valoró positivamente su eficacia en proporcionar «un alto nivel de protección del consumidor», aunque se admitió, como aspecto negativo, que exista «una cierta falta de claridad con respecto a la interpretación de esta Directiva y su aplicación», principalmente, en aspectos que afectan a cláusulas relacionadas con el precio y el objeto principal del contrato, y con las consecuencias jurídicas de la declaración de abusividad. En estas, el tema de la integración adquiere una gran relevancia. Veamos pues, cual es la interpretación que ha apuntado la Comisión Europea en estas Directrices.

1. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE NO VINCULACIÓN DE LA CLÁUSULA ABUSIVA

La doctrina jurisprudencial europea ha dejado claro que conforme al artículo 6.1 de la Directiva 93/13, el juez interno que conoce de una cláusula contractual abusiva está obligado a dejarla sin aplicación, sin que produzca efectos vinculantes frente al consumidor. En la Comunicación de la Comisión, la novedad está en que se fija, bajo el título genérico acerca del «carácter no vinculante de cláusulas contractuales abusivas (artículo 6. Apartado 1 de la Directiva 93/13)», subsección 4.3, unas directrices específicas para las estipulaciones que contienen «derechos y obligaciones de las partes del contrato», con alusión expresa a los supuestos del artículo 3.1 de dicha Directiva, lo que parece confirmar que solo va referido a las cláusulas accesorias. De ahí que, cuando se trata de la nulidad por abusiva de una cláusula que no regula el objeto principal del contrato, la supresión de la cláusula no tiene por qué afectar a la subsistencia de la relación vinculante, se expulsa sin más.

El efecto útil de la Directiva 93/13, y que estemos en presencia de un tema de *interés público*, impide plantear la revisión o subsanación de la cláusula abusiva. Esto implicaría admitir que la estipulación siga siendo parcialmente vinculante. No sería mala solución para el empresario, que habría logrado obtener un beneficio por la subsistencia parcial de una cláusula nula, disminuyendo la eficacia de la norma europea. Por esta razón, no cabe mantener vigencia alguna de dicha estipulación nula por abusiva. Solo a través de la consecuencia jurídica descrita, con la obligación de declarar el carácter no vinculante de la cláusula predispuesta indebida, se alcanza la eficacia útil de la Directiva y el efecto disuasorio respecto de los predisponentes impuesto en el artículo 6.1 de la Directiva. El contrato subsistirá a pesar de la no aplicación de la cláusula. Por las mismas razones, la supresión parcial de una estipulación abusiva, parece también inadmisibles.

Es una cuestión de interés público como así ha sido declarado por varias sentencias del Tribunal de Luxemburgo, entre otras, la dictada en el asunto

Mostaza Claro (2006)¹⁴, que obliga al juez civil a apreciar de oficio el carácter abusivo, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios, como así se deriva de lo resuelto en el asunto *Pannon* (2009)¹⁵.

2. LA EXCEPCIÓN: INTEGRAR CUANDO EL CONTRATO NO PUEDE SUBSISTIR CON PERJUICIO AL CONSUMIDOR

Por otra parte, frente al principio anterior, de no vinculación de las cláusulas abusivas junto con la «prohibición de revisarlas» (en términos de las directrices, subsección 4.3.1), por el que el juez nacional está obligado a dejar sin aplicación la cláusula abusiva sin posibilidad de variación de contenido, siempre que el contrato «pueda subsistir», la jurisprudencia europea ha dejado claro que habrá excepciones a dicho principio o regla general ¿en qué supuestos? Cuando el contrato no pueda subsistir sin la estipulación abusiva, y con ello se produzcan consecuencias no queridas por el consumidor adherente. De lo contrario, la nulidad vendría a penalizarle¹⁶.

Este constituye el principal problema en el supuesto de que estemos en presencia de cláusulas que recayendo sobre elementos esenciales del contrato, han carecido de la transparencia formal y material necesaria, y se constata que son abusivas. La consideración como tal, expulsará a la estipulación abusiva del contrato dejando una laguna esencial en la mayoría de los casos. Si bien, no en todos estos supuestos la supresión impedirá la subsistencia del vínculo contractual.

Es obvio que aun cuando no se trata de la falta de un elemento accesorio, sino todo lo contrario, de una cláusula que regula el objeto principal del contrato, sin el cual, la relación contractual no puede subsistir, habrá casos, excepcionalmente, en los que sí sea posible expulsar la cláusula sobre elementos esenciales, y que el contrato siga vigente. La cláusula suelo es el ejemplo de la posible subsistencia del contrato a pesar de la completa ineficacia de la misma. Pero habrá otros supuestos, como es la estipulación del vencimiento anticipado en el préstamo con garantía hipotecaria¹⁷, que constituye elemento esencial en cuanto configura el tipo contractual en el que, un número determinado de impagos por el deudor, posibilitan al acreedor que pueda poner fin anticipadamente al vínculo obligacional¹⁸. En esta hipótesis, si la cláusula resulta ser abusiva, su supresión, sin sustitución, cambiaría la propia naturaleza del contrato de préstamo hipotecario. Bien es verdad que subsiste el remedio fijado en el artículo 1124 del Código civil para el caso de incumplimiento grave, y que deja abierta la vía a un procedimiento declarativo ordinario para promover la resolución del contrato con indemnización de daños y perjuicios, aunque en esta, el acreedor no goza del privilegio que sí ostenta en el procedimiento de ejecución hipotecaria. En este caso, si la cláusula fuese abusiva, esta regla constituye una norma dispositiva que sustituiría al vencimiento anticipado. Con la LCCI en vigor, la integración excepcional vendrá a resolverse vía 1124 del Código civil, si bien, y para considerar que existe incumplimiento grave en el impago de cuotas para pretender la resolución, habrán de cumplirse, al menos, los requisitos fijados en el artículo 24.1 de la LCCI.

En todo caso insisto, el principio de no integrar modificando el contenido sigue plenamente vigente, aunque el Tribunal de Luxemburgo admite la integración supliendo lagunas si concurre los requisitos antedichos: (i) que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, (ii) y que de ese modo, a consecuencia de la no vinculación más absoluta, el consumidor adherente quede expuesto a consecuencias de tal índole

que representan para este una penalización extrema (Sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 asunto *Kásler*). Por lo que admitir la excepción es obligado para cumplir el objetivo del artículo 6.1 de la Directiva 93/13: garantizar el efecto útil de la norma europea, salvaguardando los intereses del consumidor sin penalizarle. De ahí que, la subsistencia del contrato, reconstruyendo este y determinando su contenido sin alterar su naturaleza, mediante la aplicación de la previsión normativa del Derecho interno, en el lugar de la cláusula nula es en algunos casos, obligado, si así consiente el adherente. De lo contrario, se menoscabaría el principio de primacía y el de efectividad del Derecho europeo.

En el asunto *Kásler* (2014), *Unicaja* (2015), *Abanca* (2019), y también en la Sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2019 dictada en el asunto *Dziubak*¹⁹, el Tribunal europeo, en relación en todos estos supuestos de cláusulas que regulan el objeto principal del contrato, resolverá que, constatado el carácter abusivo de estipulaciones, que determina que el contrato no puede subsistir sin tales cláusulas, debido a que su supresión tendría como consecuencia modificar la naturaleza del objeto principal del contrato, el juez estará obligado a no aplicarla, teniendo en cuenta los efectos realmente previsibles para el consumidor adherente (apartados 48 a 50 *Dziubak*). Para valorarlo, continúa diciendo, deberá atender a las circunstancias existentes o previsibles en el momento del litigio, «no sus intereses en las circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato en cuestión» (apartado 51), solo así, se indica en el asunto *Dziubak*, se reemplaza el equilibrio entre las partes.

En definitiva, el alcance de la regla general contenida en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, en cuanto que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, son inaplicables y no pueden integrarse modificando su contenido, no impide que, excepcionalmente, cuando el contrato no pueda subsistir sin esa cláusula y se cause un perjuicio no deseado por el consumidor adherente, el juez nacional (i) para preservar la validez del contrato y (ii) restableciendo el desequilibrio inicialmente preestablecido por una cláusula, sustituya una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho interno, a mayor abundamiento, si la norma es imperativa, como es el caso de supuesto contemplado en el artículo 24.1 de la LCCI sobre la cláusula de vencimiento anticipado «en los contratos de préstamo cuyo prestatario, fiador o garante sea una persona física y que estén garantizados mediante hipoteca o por otra garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial», principalmente.

IV. LA INTEGRACIÓN EN LA PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES. APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 693 LEC Y 24.1 DE LA LCCI

Nuestro Derecho interno admite, conforme al artículo 1129 del Código civil la posibilidad de que el acreedor pueda poner fin anticipadamente al contrato de préstamo y reclamar la totalidad de lo adeudado antes del vencimiento del plazo pactado, por impago de cuotas por parte del deudor, perdiendo este el derecho a utilizar el plazo. También admite, conforme al artículo 1124 del Código, la resolución de las obligaciones bilaterales en caso de incumplimiento grave. A su vez, en el contexto de los créditos hipotecarios, si así se ha convenido, la posibilidad de reclamar la totalidad de lo adeudado está expresamente contemplada en el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La disposición final quinta, apartado dos, de modificación de artículo 693.2 de la LEC, con remisión expresa al artículo 24 de la LCCI, cuando el préstamo

hipotecario recaiga sobre vivienda o la adquisición de inmuebles para uso residencial, determina que:

«Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses en los términos en los que así se hubiese convenido en la escritura de constitución y consten en el asiento respectivo. Siempre que se trate de un préstamo o crédito concluido por una persona física y que esté garantizado mediante hipoteca sobre vivienda o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles para uso residencial, se estará a lo que prescriben el artículo 24 de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y, en su caso, el artículo 129 bis de la Ley Hipotecaria».

Para los contratos preexistentes, aun cuando en términos generales se confirma que la LCCI no se aplicará a los contratos suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de esta nueva regulación (BOE de 16 de marzo de 2019, entrada en vigor a los tres meses), la Disposición transitoria primera, apartado 4, admite la aplicación de la regla del artículo 24 de la LCCI, siempre que el deudor esté conforme. Así:

«Para los contratos anteriores a la entrada en vigor de esta Ley en los que se incluyan cláusulas de vencimiento anticipado, será de aplicación lo previsto en el artículo 24 de esta Ley, salvo que el deudor alegara que la previsión que contiene resulta más favorable para él. Sin embargo, no será de aplicación este artículo a los contratos cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, se hubiese instado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo, y estuviera este suspendido o no».

La remisión al artículo 24, para el supuesto en el que el contrato contenga una cláusula de vencimiento anticipado, obliga a considerar cuando el incumplimiento puede estimarse como grave. Pero es que igual regla se aplicaría en caso de que la estipulación sea nula por abusiva y sea necesario acudir a la integración de la laguna para que el contrato pueda subsistir.

Con estos mimbres, el Tribunal Supremo ha admitido que la cláusula de vencimiento anticipado, esencial porque configura la naturaleza misma del préstamo con garantía hipotecaria, constatada su nulidad por abusividad, se sustituya por la disposición legal que inspiró la redacción del artículo 693.2 de la LEC, primero tras la reforma del año 2013 y por lo que quedaría así: del año 2013, y finalmente tras la modificación, con efectos de 16 de junio de 2019, por la disposición final 5.2 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo. La Sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno, de 11 de septiembre de 2019 así lo confirma cuando indica en el FJ octavo que, *«pese a que las resoluciones del TJUE se refieran expresamente al artículo 693.2 LEC en la redacción dada por la Ley 1/2013... era una norma de Derecho dispositivo, mientras que el artículo 24 LCCI, al que ahora se remite, es imperativa»*. Admite así, la integración del contrato mediante la sustitución de una regla interna más favorable, una vez más, para la salvaguarda de la relación contractual que además evite consecuencias más perjudiciales para el adherente, incluso, cuando la norma más favorable sea posterior a la celebración del contrato. Recuerda además, teniendo en cuenta jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, que la integración —a la que denomina en este párrafo *«interpretación»*— es necesaria y posible, y para ello los jueces nacionales deberán examinar caso por caso *«comprobar si se cumplen o no los requisitos del artículo 24 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*

(LCCI), puesto que STJUE de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/2017 (OTP Bank Nyrt) permite que quepa la sustitución de una cláusula abusiva viciada de nulidad por una disposición imperativa de Derecho nacional aprobada con posterioridad (apartados 52 y 53 y conclusión segunda».

V. LA POSTURA DEL CONSUMIDOR

Si el consumidor puede transigir (sobre la transacción hablaremos en otra ocasión), allanarse, desistir de una acción o renunciar cuando puede ejercitar un derecho, como no va a poder manifestarse en contra de la nulidad de una cláusula o incluso la sustitución de esta por una norma potestativa que le perjudica. Llegamos así a la verdadera razón de ser de este estudio acerca de la si suprimida la facultad integradora del juez por la vía de la modificación del contenido de una cláusula constatada como nula, es posible garantizar a los consumidores la tutela judicial efectiva frente a las cláusulas abusivas, vía integración del derecho aplicable para mantener la pervivencia del contrato. La novedad la aporta definitivamente la STJUE de 26 de marzo de 2019 y los tres autos de 3 de julio de 2019, que sirve de fundamento a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2019.

No faltarán nuevos argumentos a favor de conocer la voluntad expresa del consumidor respecto de admitir las consecuencias producidas por la nulidad de una cláusulas que le perjudican. La voluntad será determinante como confirma la Sentencia de 30 de abril de 2014 asunto *Kásler Káslerné Rábai* (C-26,13)²⁰. Más rotunda la Sentencia dictada por el TJUE el 3 de octubre de 2019 en el asunto *Dziubak*, que hará especial hincapié en que la voluntad de consumidor acerca de las consecuencias provocadas por la anulación de un contrato en su totalidad, será determinante. La reciente Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 3 de marzo de 2020, asunto *Gómez del Moral* (C-125/18), aunque de soslayo, no hace más que avalar lo antedicho.

VI. CONCLUSIONES

De todo lo que antecede se puede concluir que, aun cuando la sentencia dictada en el asunto *Banesto* (2012) se mostró contraria a la facultad integradora del juez interno ante la existencia de una cláusula abusiva, el asunto *Káiser* (2014) ha excepcionado dicho impedimento una vez que, se declara la idoneidad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria nacional, lo que se ajusta al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13. La sentencia del TJUE dictada en el asunto *Abanca* (2019) hace especial hincapié en esta doctrina, y pone de manifiesto que habrá supuestos, aquellos en los que la nulidad recaiga sobre cláusulas que contienen elementos esenciales del contrato, que de ser expulsadas de este, sin alternativa, el contrato no podrá subsistir. Con esta premisa, en beneficio del consumidor; la jurisprudencia del Tribunal de Justicia determina que, para evitar la nulidad de todo el contrato con efectos desfavorables para el adherente, deberá valorarse la aplicación, en su lugar, de una norma supletoria de Derecho interno que supla la laguna que deja la expulsión de la cláusula abusiva. De lo contrario, se producirían unas consecuencias que representan una clara *penalización* para el adherente. Solo así, se salvaguarda la tan manida tutela judicial efectiva de los consumidores, y se garantiza la efectividad de los derechos reconocidos a los justiciables por la Directiva 93/13. Es esta una obligación de los Estados, consagrada en

el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que promueve el equilibrio entre las partes, recupera la confianza de los consumidores en los mercados y posibilita el crecimiento y la mejora del sistema financiero. De lo contrario, se menoscabaría el principio de primacía y el de efectividad del Derecho europeo. Por lo que podemos concluir:

I. Es fundamental distinguir que la nulidad afecte a una cláusula accesoria del contrato o que afecte a un elemento esencial del mismo. Para este último caso, la supresión de la estipulación abusiva puede comprometer la subsistencia del contrato, y producir un efecto no querido por el consumidor.

II. La Directiva 93/13 admite que, en los casos de cláusulas que afecten al objeto principal del contrato, estas deben redactarse de manera clara y comprensible, para que el consumidor tenga conocimiento cierto del alcance y contenido de la estipulación. En caso de duda, «*deberá prevalecer la interpretación más favorable para el consumidor*» como determina en el considerando 20 y artículo 5 de la Directiva. Aun así, constatada la existencia de una cláusula abusiva, esta, por aplicación del artículo 6.1 de la Directiva no vinculará al adherente.

III. Lograr la máxima eficacia de la Directiva sobre cláusulas abusivas es una cuestión de interés público. Así, el alto nivel de protección del consumidor se basa en compensar la posición más débil que este ostenta, y en potenciar y disuadir a los empresarios o profesionales del uso de cláusulas abusivas. Para alcanzar este objetivo, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 considera a dicha estipulación no vinculante, por lo que la facultad normativa que permite al juez integrar el contrato modificando el contenido de la cláusula, es contraria al Derecho europeo (Sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012 en el asunto *Banco Español de Crédito*, apartado 73), en cuanto pone en riesgo el efecto disuasorio previsto y disminuye el nivel de protección esperado.

IV. Vetada al juez nacional, la facultad integradora del contrato mediante la modificación de la cláusula abusiva, tras el asunto *Banesto* (2012), sucesivas resoluciones han ido matizando la prohibición hasta admitir excepciones en determinados supuestos: aquellos en los que el contrato no pueda subsistir de producirse la supresión de la cláusula nula, y además, cuando la ineficacia de la relación contractual deje expuesto al adherente a perjuicios que le penalizan. Las sentencias del TJUE dictadas en el asunto *Kásler* (2014), y en el asunto *Abanca* (2019) pondrán de relieve que si de la supresión de la cláusula deriva la no subsistencia del contrato, habrá que hacer valer la integración de la laguna sobrevenida con la norma de Derecho interno correspondiente. De *subsanción* de la nulidad mediante sustitución, habla el Tribunal en el asunto *Kásler*, apartado 85, de mera *sustitución* de la cláusula nula por una disposición supletoria del Derecho nacional, el asunto *Abanca*, en su apartado 57. De *reemplazar* la cláusula controvertida o *sustituirla*, los apartados 66 y 70, respectivamente, de la reciente Sentencia dictada por el TJUE el pasado 3 de marzo de 2020, en el asunto *Gómez del Moral*.

V. Valorar que no cabe la subsistencia del contrato y que la aplicación supletoria del Derecho interno es más favorable al adherente, obliga a jueces y tribunales internos a comprobar caso por caso, si la integración del contrato con la norma de Derecho nacional, deja al consumidor en una situación más beneficiosa de la que tendría con la supresión de la cláusula que afecta al objeto principal del contrato y determina la ineficacia de este. Sea como fuere, el juez nacional deberá realizar un análisis objetivo de las circunstancias del caso al tiempo en el que se evalúa la estipulación, y estar a la voluntad que exprese el consumidor acerca de suplir el vacío que produce la cláusula abusiva.

VI. Por lo que la integración con arreglo a las leyes dispositivas, los usos y la buena fe (art. 1258 CC) reequilibra material y procesalmente los intereses de los consumidores en los sectores en los que como usuario participa, no solo servicios financieros o mercados digitales, también en resoluciones alternativas o en línea.

VII. La LGDCU contiene la modificación que suprime la facultad integradora y moderadora del juez que resuelve sobre una cláusula abusiva en el artículo 83, sustituyendo por la nulidad de la misma, pero mantiene la integración «en beneficio del consumidor», como así se admite en el artículo 65 del TR. No se entendería de otra manera.

VII. ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS

PRONUNCIAMIENTOS DEL TJUE

- Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 26 de octubre de 2006 asunto *Mostaza Claro* (C-243/08, EU:C:2006:675)
- Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 4 de junio de 2009 asunto *Pannon GSM* (C-243/08, EU:C:2009:350)
- Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012, asunto *Perenicová y Perenic* (C-453/10, EU:C:2012:144)
- Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito* (C-618/10, EU:C:2012:349)
- Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013 asunto *Aziz* (C-415/11, EU:C:2013:164)
- Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai* (C-26/13, EU:C:2014:282)
- Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 21 de enero de 2015 asunto *Unicaja Banco, S.A.* (asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21)
- Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016 asunto *Gutiérrez Naranjo* (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980)
- Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 26 de enero de 2017, *Banco Primus, S.A.* (asunto C-421/14)
- Sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019 (Gran Sala), *Abanca Corporación Bancaria* (as. acumulados C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250)
- Sentencia del TJUE (Sala Tercera) de 3 de octubre de 2019, asunto *Dziubak* (C-260/18, EU:C:2019:819)
- Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 3 de marzo de 2020, asunto *Gómez del Moral* (C-125/18, EU:C:2020:138)

PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CIVIL

- STS de 11 de septiembre de 2019 (Roj: STS 2761/2019 - ECLI: ES:TS:2019:2761)

VIII. ÍNDICE DE LEGISLACIÓN CITADA, INCLUIDAS PROPUESTAS Y COMUNICACIONES EUROPEAS

- Código civil.

- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (por sus siglas en inglés, la «UCTD»); modificada por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
- Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.
- Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.
- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE [COM(2018) 185 final]. En el momento de la adopción de esta Comunicación, el Consejo y el Parlamento Europeo habían acordado, en principio, la inserción en la Directiva 93/13/CEE de un nuevo artículo 8 *ter* sobre sanciones.
- Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) núm. 1093/2010.
- Comunicación de la Comisión con Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, de la Comisión Europea, publicada el 27 de septiembre de 2019.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, en Cláusulas abusivas y elementos esenciales del contrato, *Blog Derecho Mercantil*, 12 de febrero de 2014.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2006). *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, Editorial Aranzadi.
- No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia. De la STJUE de 3 de junio de 2010 (Caja Madrid) a la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo», *Revista CESCO*, 2013, en cuanto a los matices respecto a las cláusulas sobre los elementos esenciales.
- CARRASCO PERERA, A. y GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7/2013, 126-163 <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/31/8.pdf>http://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/docs/2013_Camara_STS_9_5_2013_abusivas_suelo.pdf
- DÍAZ FRAILE. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 26 de marzo de 2019, sobre la abusividad de determinadas cláusulas de vencimiento anticipado de préstamos hipotecarios, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, núm. 2, 2019. Visto en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4976/3453>

- HERBOSA MARTÍNEZ, I. «Los criterios objetivos de integración del contrato», *RCDI*, 2019, n.º 773, pp. 1215-126.
- MUÑOZ GARCÍA, C., La función del TJUE en el control de la cláusula suelo en España. *Diario La Ley*, ed. *on line*, núm. 8799, de 8 de julio de 2016, sección Doctrina, 1 y sigs.
- Cláusula abusiva nula y su «no vinculación. Excesos o rigores del TJUE en la sentencia de 21 de diciembre de 2016», *La Ley*, núm. 8903, 18 de enero de 2017.
- Falta de transparencia, posible ineficacia y acuerdo transaccional válidos, *RDBB*, núm. 8903, 18 de enero de 2017; Año 37, 152, 2018.
- PANTALEÓN PRIETO, C., En materia de cláusulas de vencimiento anticipado, blog *Almacén de Derecho*, de 6 de junio de 2019.
- SANJUÁN MUÑOZ, E., *Blue pencil rule* y cláusulas de vencimiento anticipado, *Diario La Ley*, núm. 9171, 2018.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. y MUÑOZ GARCÍA, C., Falta de transparencia en el objeto principal del contrato. Acerca del predisponente que lo es pero que no quiere parecerlo. Comentario a la STJUE de 21 de diciembre de 2016, *RDBB*; Año 36, 146, 2017.

NOTAS

¹ La sentencia del TJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016 asunto *Gutiérrez Naranjo* (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980), conectó la falta de transparencia —cláusulas que recaen sobre el objeto principal—, con el juicio de abusividad, y la «no vinculación» de la cláusula con la nulidad absoluta de la misma.

² El artículo 1129 del Código civil admite expresamente la posibilidad de que el acreedor pueda reclamar la totalidad de lo adeudado, antes del vencimiento del plazo pactado, cuando el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo.

³ De esta ha dado cumplida descripción el Tribunal Supremo en su auto de 8 de febrero de 2017 por el que plantea cuestión judicial al TJUE, acerca la conformidad con el Derecho europeo de la Directiva 93/13. En este indica de la oportunidad de «*iniciar un proceso especial de ejecución hipotecaria, en el que puede perseguir y enajenar mediante subasta el bien hipotecado, que sirve de garantía a la devolución del préstamo*». Concretando que, «*cuando ese bien hipotecado es la vivienda habitual del deudor consumidor, la regulación de este proceso especial de ejecución hipotecaria contempla una serie de beneficios o ventajas, para proteger la conservación de dicha vivienda, o por lo menos, que su enajenación sea menos gravosa para el deudor, que no se contienen en la ejecución ordinaria de la sentencia firme dictada en el juicio declarativo. Estas ventajas previstas para el deudor consumidor en el proceso especial de ejecución hipotecaria sobre vivienda habitual, en los artículos 693. 31, 579.22 y 682.23 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, son, resumidamente, las siguientes: —El deudor podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad debida hasta esa fecha. —Liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor. —Se prevé una limitación del cálculo de las costas procesales en función únicamente de las cuotas del préstamo atrasadas, en caso de enervación de la acción ejecutiva hipotecaria.—El precio a efectos de subasta no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación*».

⁴ De las ventajas y desventajas de un procedimiento u otro dan cumplido detalle DÍAZ FRAILE, al hilo de Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 26 de marzo de 2019, sobre la abusividad de determinadas cláusulas de vencimiento anticipado de préstamos hipotecarios, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, núm. 2, 2019. Visto en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4976/3453>

⁵ Entre otros autores, CÁMARA LAPUENTE, S. (2006) *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, Editorial Aranzadi;

⁶ La sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 11 de septiembre de 2019, así lo precisa en el FJ octavo, apartado 8.

⁷ Así se puso de manifiesto en la sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012, asunto *Perenicová y Perenic* (C-453/10, EU:C:2012:144), apartado 32.

⁸ El apartado 73 de la STJUE de 14 de junio de 2012 asunto *Banesto*, determinó que «el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando este declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva». En iguales términos, la sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014, asunto *Kásler*, apartado 77.

⁹ Así se advierte en el apartado 69 de la sentencia dictada en el asunto *Banesto*.

¹⁰ Asunto *Abanca Corporación Bancaria* (201https://almacendederecho.org/la-sentencia-de-la-gran-sala-del-tribunal-de-justicia-sobre-clausulas-de-vencimiento-anticipado-abusivas/

¹¹ Así se advierte en la sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 4 de junio de 2009 asunto *Pannon GSM* (C-243/08), den su apartado 31.

¹² Interesante el análisis que realiza SANJUÁN MUÑOZ, E., *Blue pencil rule* y cláusulas de vencimiento anticipado, *Diario La Ley*, núm. 9171, 2018.

¹³ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE [COM(2018) 185 final]. En el momento de la adopción de esta Comunicación, el Consejo y el Parlamento Europeo habían acordado, en principio, la inserción en la Directiva 93/13/CEE de un nuevo artículo 8 *ter* sobre sanciones.

¹⁴ La Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 26 de octubre de 2006 asunto *Mostaza Claro* (C-243/08, EU:C:2006:675), en el apartado 38, incide claramente en el deber del juez nacional de apreciar la nulidad de una cláusula abusiva, dado el interés público en el que se basa la protección de la Directiva.

¹⁵ La Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 4 de junio de 2009 asunto *Pannon GSM* (C-243/08, EU:C:2009:350), es concluyente al respecto.

¹⁶ En estos términos se expresa la sentencia del TJUE que resuelve en el asunto *Kásler* (2014), en el apartado 84: la «anulación tiene en principio el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor; y por esa razón puede penalizar a este más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas como esas en los contratos que ofrezca».

¹⁷ Es interesante el debate entre dos ilustres juristas (GUILARTE ZAPATERO y PANTALEÓN PRIETO), en el artículo de este último autor sobre el carácter de esencialidad de la cláusula de vencimiento anticipado. Así, y tomando como punto de partida lo que PANTALEÓN analiza «En materia de cláusulas de vencimiento anticipado», blog *Almacén de Derecho*, de 6 de junio de 2019, GUILARTE afirma que: «analizando “in concreto” estos préstamos —insistiré en que no son “préstamos” sino “préstamos con garantía hipotecaria”— es a mi juicio decisiva la existencia de la garantía en su configuración. Se pactan a largo plazo y con interés mínimo, en relación con los plazos e intereses de los préstamos al consumo ordinarios, precisamente por la existencia de tal garantía. Pensando en el reequilibrio contractual derivado de lo que denomina cláusula *Kásler*-Abanca es evidente que la entidad de crédito no habría admitido: 1.º La existencia de tan amplio plazo sin garantía hipotecaria. 2.º La falta de posibilidad de vencimiento anticipado ante el incumplimiento de las mensualidades convenidas. 3.º Un interés remuneratorio mínimo como el pactado. Por ello concluyo que el contrato no puede sobrevivir sin vencimiento anticipado y, como consecuencia de ello, sin mantenimiento de la prioridad crediticia para lo que es necesaria la vigencia del proceso sumario inviable en tanto no fine el plazo. Es decir el reequilibrio de intereses, a valorar para decidir la subsistencia del contrato, exige no solo la persistencia del vencimiento anticipado sino la del privilegiado cauce de ejecución en el que hacer valer la devolución del préstamo en su integridad por ser el único proceso

en el que juega la preferencia sin interferencia de otros posibles acreedores. Frente al título judicial derivado del proceso ordinario ex artículo 1124 no habría privilegio alguno del título judicial creado ex novo».

¹⁸ La Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013 asunto *Aziz* (C-415/11, EU:C:2013:164), advierte ya, como hiciere previamente el Abogado General en los puntos 77 y 78 que, la facultad que se concede al profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo está supeditada a una serie de requisitos: (i) *que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate*, (ii) *que el incumplimiento tenga carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo*, (iii) *que constituya una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia* y (iv) *que el Derecho nacional, prevea, para dar cumplimiento a los objetivos de la Directiva 93/13, medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo*.

¹⁹ Sentencia del TJUE (Sala Tercera) de 3 de octubre de 2019 asunto *Dziubak* (C-260/18, EU:C:2019:819).

²⁰ Muy conciso el comentario de ALFARO ÁGUILA-REAL, en Cláusulas abusivas y elementos esenciales del contrato, *Blog Derecho Mercantil*, 12 de febrero de 2014, que en parte se hace eco de haciéndose eco de las Conclusiones del Abogado General (Asunto C-26/13 *Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai contra OTP Jelzálogbank Zrt*, resuelto en STJUE de 30 de abril de 2014), acerca del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, en cuanto el carácter claro y comprensible de estas cláusulas «debe apreciarse en función de si garantiza que el consumidor disponga de la información necesaria para poder apreciar las ventajas e inconvenientes de la celebración de un determinado contrato y los riesgos a los que se expone con motivo de dicha operación. El consumidor debe, además de comprender el contenido de una cláusula contractual, conocer las obligaciones y los derechos que esta conlleva». Visto en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/02/clausulas-abusivas-y-elementos.html>

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información de actividades

ANDALUCÍA

- Congreso Internacional: MEDIACIÓN, VIVIENDA, FAMILIA Y HERENCIA celebrado en Sevilla los días 12 y 13 de febrero de 2020.

Dirección:

Juan José PRETEL SERRANO. Decano del Colegio de Registradores de Andalucía Occidental.

Manuel GARCÍA MAYO.

Coordinación:

Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA. Catedrático de Derecho civil, Universidad de Sevilla

José Ángel GALLEGU VEGA. Registrador de la propiedad y vocal de Relaciones con Universidades

Eugenio PIZARRO MORENO. Profesor contratado doctor, Universidad Pablo Olavide.

Programa:

SESIÓN DE MAÑANA

Salón de Grados de la Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla

09:00 h. Apertura del Congreso a cargo de Asunción MARÍN VELARDE (directora del Departamento de Derecho civil e internacional privado de la Universidad de Sevilla) y Juan José PRETEL SERRANO (decano del Colegio de Registradores de Andalucía Occidental y Director del Congreso)

BLOQUE 1: LA MEDIACIÓN Y OTRAS ALTERNATIVAS EXTRAJUDICIALES

09:30 a 10:30 h. CONFERENCIA INAUGURAL

«El arbitraje en las relaciones familiares»

Aida KEMELMAJER (exjueza de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza y corredactora del proyecto del Código civil y Comercial argentino)

Presenta:

Leonardo PÉREZ GALLARDO (notario y profesor de Derecho civil. Universidad de La Habana)

PONENCIAS

«Técnicas de mediación»

Isabel MEDINA SUÁREZ (abogada y mediadora en Sevilla) y Judit SILVIA PICÓ (abogada y mediadora en Buenos Aires)

«La condición registral»

Manuel RIDRUEJO RAMÍREZ (registrador de la propiedad de Carmona)

«Mediación y notariado ante la crisis de pareja»

Fernando RODRÍGUEZ PRIETO (Notario en Madrid)

«Desjudicialización del divorcio a nivel europeo»

Yann FAVIER (catedrático de Derecho comparado, vicedecano de Relaciones Internacionales Universidad de Saboya).

Modera:

José Luis ARJONA GUAJARDO-FAJARDO (Profesor titular de Derecho civil, Universidad de Sevilla)

Coloquio con los ponentes

Defensa de comunicaciones (coordinada por Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ. Profesor Doctor de Derecho civil, Universidad de Sevilla)

SESIÓN DE TARDE

Sede del Decanato Territorial de los registradores de la propiedad y mercantil de Andalucía Occidental

BLOQUE 2: LA VIVIENDA Y OTROS ASPECTOS ECONÓMICOS EN LAS CRISIS FAMILIARES

17:00 a 20:00 h. PONENCIAS

«Contenido y publicidad de las capitulaciones matrimoniales»

Juan José PRETEL SERRANO (decano del Colegio de Registradores de Andalucía Occidental)

«Vivienda familiar y animales domésticos»

Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (catedrático de Derecho civil, Universidad de Sevilla)

«La supresión de las pensiones alimenticias de los hijos por negarse a tratar al progenitor pagador: cuestiones legales y jurisprudenciales»

Ana Laura CABEZUELO ARENAS (profesora titular de Derecho civil, Universidad de Sevilla)

«El arrendamiento forzoso de la vivienda tras la crisis familiar: una propuesta de futuro para España».

Manuel GARCÍA MAYO (profesor Doctor de Derecho civil, Universidad de Sevilla)

«Vivienda y parejas de hecho: una comparativa hispano-lusitana»

Rafael VALE E REIS (abogado y profesor asistente, Universidad de Coimbra)

«Vivienda familiar y sucesión del conviviente»

Angelo RICCIO (abogado y profesor de Derecho civil, Universidad de Bolonia)

Modera:

José Ángel GALLEGRO VEGA (registrador de la propiedad y vocal de Relaciones con Universidades)

20:00 a 20:30 h. Coloquio con los ponentes

SESIÓN DE MAÑANA

Salón de Grados de la Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla

BLOQUE 3: LA VIVIENDA Y OTROS ASPECTOS ECONÓMICOS EN LAS CRISIS FAMILIARES

09:30 a 10:30 h. CONFERENCIA:

«Mediación familiar y género»

Yamila GONZÁLEZ FERRER (profesora de Derecho de Familia, Universidad de La Habana, Mediadora y vicepresidenta de la Unión Nacional de Juristas de Cuba).

Presenta: Carlo PILIA (catedrático de Derecho civil, Universidad de Cagliari).

10:30 a 12:30 h. PONENCIAS

«El interés superior del menor ante las crisis familiares, su intervención en los procesos de familia»

María PÉREZ GALVÁN (abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla y miembro de la Junta Directiva de la AEAF Asociación Española de Abogados de Familia).

«Mediación y menores en las crisis familiares»

Eugenio PIZARRO MORENO (profesor contratado doctor, Universidad Pablo Olavide)

«Derecho de familia y Constitución: una visión comparada»

Ana María ÁLVAREZ-TABÍO ALBO (profesora titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y profesora principal al frente de la cátedra de Derecho de Familia).

«Códigos de conducta de los mediadores»

Carlo PILIA (abogado y catedrático de Derecho civil, Universidad de Cagliari)

Modera:

José GONZÁLEZ JIMÉNEZ (ADALTE Abogados)

12:30 a 13:00 h. Coloquio con los ponentes.

13:00 a 14:00 h. Defensa de comunicaciones (coordinada por Rosario SÁNCHEZ VALLE. Profesora de Derecho civil, Universidad de Sevilla).

SESIÓN DE TARDE

Sede del Decanato Territorial de los registradores de la propiedad y mercantiles de Andalucía Occidental

BLOQUE 4: MEDIACIÓN, HERENCIA Y PARTICIÓN

17:00 a 19:30 h. PONENCIAS

«El legitimario en la partición hereditaria»

Isidora LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (notario)

«Indignidad y desheredación: una revisión actual»

Francisco INFANTE RUIZ (catedrático de Derecho civil, Universidad Pablo Olavide).

«La condición de heredero del excónyuge»

Javier FEÁS COSTILLA (notario de Sevilla)

«Mediación, partición hereditaria y Registro de la Propiedad»

Manuel ESPEJO LERDO DE TEJADA (catedrático de Derecho civil, Universidad de Sevilla).

«El contador-partidor dativo»

Carlos PÉREZ RAMOS (notario de Madrid)

Moderar:

Santiago MOLINA ILLESCAS (registrador de la propiedad en Camas y profesor asociado de Derecho civil, Universidad de Sevilla).

19:30 a 20:00 h. Coloquio con los ponentes

20:00 a 21:00 h. CONFERENCIA DE CLAUSURA

«Legítima y libertad de testar»

Leonardo PÉREZ GALLARDO (notario y profesor de Derecho civil, Universidad de La Habana).

Presenta:

Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (catedrático de Derecho civil, Universidad de Sevilla)

21:00 h. CLAUSURA DEL CONGRESO:

A cargo de Juan José PRETEL SERRANO (decano del Colegio de Registradores de Andalucía Occidental y director del Congreso).

ARAGÓN

• Los días 19 y 20 de febrero se celebró en Zaragoza la I Jornada sobre Justicia Social

«Integración e Inclusión: Perspectiva jurídica, educativa y multicultural».

Organizada por el Grado en Derecho de la Universidad San Jorge y con el siguiente programa:

Miércoles 19 de febrero

Justicia Social en los albores del siglo XXI

D. Ángel DOLADO PÉREZ, Justicia de Aragón.

D. César ROMERO TIerno, director general del Grupo San Valero

D. Pedro BARINGO GINER, vicepresidente del patronato del Grupo San Valero.

1. BLOQUE DERECHO:

Responsable: D. Rafael BERNAD MAINAR.

La reforma del Código civil en materia de discapacidad. D. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, miembro de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación.

Moderador: D. Rafael BERNAD MAINAR, director del Grado en Derecho de la USJ.

Mesa redonda: *La discapacidad en la vida diaria, algunos casos concretos. El poder preventivo general*, D. Francisco Javier HERNÁIZ CORRALES, notario.

La hipoteca inversa, D. Miguel Ángel LORIENTE ROJO, director del Centro de Estudios Registrales de Aragón, registrador de la propiedad.

El derecho aragonés y la discapacidad, dña. Aurora LÓPEZ AZCONA, profesora titular de Derecho civil, Investigadora del Grupo IDDA, Universidad de Zaragoza.

Modera: D. Miguel Ángel TENAS ALÓS, profesor de Derecho de la USJ.

Jueves 20 de febrero

2. BLOQUE EDUCACIÓN

Responsable: Dña. Aránzazu MARTÍNEZ ODRÍA

Docencia en entornos de alta complejidad, ¿estamos preparados?

D. Miguel COSTA GARCÍA, director de la sede de Madrid de la Fundación Empieza por Educar, docente del Máster de Formación del Profesorado de la Universidad Rey Juan Carlos.

Modera: Dña. Aránzazu MARTÍNEZ ODRÍA, profesora de Educación de la USJ.

Mesa redonda: *La necesidad de nuevas perspectivas para afrontar la educación del siglo XXI. Algunas experiencias inspiradoras.*

Las E20: Los jóvenes como protagonistas de sus itinerarios formativos y vitales.

D. José María Usón Claver, presidente E20. Responsable del Área de Formación de la Fundación Federico Ozanam.

Educación intercultural desde una perspectiva inclusiva.

D. Carlos GÓMEZ BAHILLO, catedrático de Sociología, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Zaragoza, presidente de Cáritas Zaragoza.

Actuaciones educativas de éxito en el siglo XXI: Los grupos interactivos. Dña. Carmen ELBOJ SASO, catedrática de Sociología, Facultad de Educación, Universidad de Zaragoza.

Modera: Dña. Ana Cristina ROMEA MARTÍNEZ, directora del Grado en Educación Infantil de la USJ.

3. BLOQUE MULTICULTURALIDAD RESPONSABLE: DON ENRIQUE ULDEMO-
LINS JULVE

Algunas brechas en la sociedad actual que pueden ser una amenaza para la justicia social.

Dña. M^a Jesús LUNA SERRETA, directora del Seminario de Investigación para la Paz, vinculado al Centro Pignatelli de Zaragoza.

Moderadora: D. Antonio PRIETO, profesor de la Facultad de Comunicación de la USJ.

Mesa redonda: *Dos décadas de inmigración en Aragón.*

D. Federico ABIZANDA ESTEBAN, asesor del Gabinete y Unidad de Apoyo de la consejera de Ciudadanía y Derechos Sociales, Gobierno de Aragón.

D. Pedro CODURAS MARCÉN, gerente de la fundación Atención Integral al Menor.

Doña Pilar BERNADÓ MARRERO, directora CEPAIM Aragón.

Moderadora: D. Enrique ULDEMOLINS JULVE, profesor del Instituto de Humanismo y Sociedad de la USJ.

• El día 26 de febrero, la Fundación Manuel GIMÉNEZ ABAD de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, organizó los DIÁLOGOS titulados: «*Estado Autonómico y Federalismo*»:

D. Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, autor del libro «*Pensamiento federal español y otros estudios autonómicos*», y catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid, dialoga con doña Paloma BIGLINO CAMPOS, catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid, y don Roberto BLANCO VALDÉS, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela.

MADRID

• El día 2 de diciembre de 2019, se ha celebrado en el Colegio de Registradores de España:

LA PRESENTACIÓN DEL NÚMERO ESPECIAL DE LA RCDI DEDICADO A LOS 500 AÑOS DE LA FUNDACIÓN DE LA HABANA (CUBA)

PRESENTACIÓN: D. Javier Gómez Gállego. Presidente de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

El número especial de la RCDI que hoy presentamos (y que está aún calentito por acabar de salir del horno) tiene por objeto conmemorar los 500 años de la fundación de la ciudad de La Habana, que tuvo lugar el 16 de noviembre de 1519 por el explorador español Diego Velázquez de Cuéllar.

Esta buena relación entre Cuba y España, entre los dos pueblos y los dos gobiernos, ha quedado patentizada en la reciente visita de SSMM los Reyes de España a Cuba, que adonde han viajado con ocasión de esa efeméride.

Los lazos históricos, lingüísticos y culturales entre España y Cuba, pueblos hermanos, son muchos, derivados de la pertenencia de Cuba a la Corona de España hasta 1898. La pérdida de Cuba, Puerto Rico y Filipinas significó para España un declive histórico, que generó un *sentimiento trágico* puesto de manifiesto en la generación literaria del 98 (UNAMUNO, AZORÍN, PÍO BAROJA, MACHADO). Generación del 98, también llamada generación del desastre en alusión a la pérdida de las últimas colonias de ultramar por España. Pero que también impulsó un movimiento «regeneracionista» de repulsa hacia el estado de cosas que lo había hecho posible y la exigencia de un cambio rotundo de la vida española.

Cuba por tanto para España no solo es un país hermano, es un sentimiento, parecido al que tienen los padres con la emancipación de sus hijos, dolorosa al principio, fructífera finalmente para todos: para quien con la emancipación toma rumbo independiente a su vida, pero también para quien queda a la espera del reencuentro no solo con sus hijos sino también con los nietos. En este sentido hay que destacar la ley española de nietos, que tanta incidencia tiene en Cuba, —y que tantas colas ha significado en el consulado español en La Habana— al permitir el derecho de opción por la nacionalidad española a los nietos de españoles de origen. Ha sido además un gran acierto de la nueva Constitución cubana permitir la doble nacionalidad como existe con otros países latinoamericanos.

Estos lazos entre los dos países se dan también en el ámbito del Derecho, y del derecho registral en particular. Cuba tiene grandes profesionales en muchos ámbitos (en la medicina, en el Derecho) y en particular cuenta con muy buenos registradores de la propiedad. A veces carecen de medios materiales suficientes, pero cuentan con una gran formación jurídica.

Desde la perspectiva de los Registros de la Propiedad estaba así justificada una iniciativa conmemorativa, dada la buena relación con los registradores cubanos, que asisten regularmente a los cursos de formación (CADRI) que se celebran en España auspiciados por el Colegio de Registradores de la Propiedad y la Universidad Autónoma de Madrid.

En efecto, el Ministerio de Justicia de Cuba lleva realizando con el Colegio de Registradores de España intercambios de colaboración a todos los niveles desde el año 1997. Fruto de ellos fueron los convenios de colaboración firmados entre ambas instituciones en los años 2001 y 2017 y la firma de un plan de acción conjunta en el 2019 entre el Ministerio de Justicia de Cuba y el Colegio de registradores, la llamada Agenda 2022.

Cabe destacar también en este sentido la originalidad del hecho de la vigencia formal en Cuba, aún en la actualidad, de la Ley Hipotecaria española de Ultramar de 1893, revivida por el Decreto Ley cubano de 214/2000, que dispuso en su artículo segundo que el régimen legal de las hipotecas será el previsto en la Ley Hipotecaria para las provincias de Ultramar, su Reglamento y cuantas disposiciones complementarias se hayan dictado al efecto. Precisamente la Ley Hipotecaria para las provincias de Ultramar introdujo por vez primera en España el procedimiento de ejecución directa sumario, por tanto antes que en la Península, pues el Código civil de 1889 había sancionado y regulado la hipoteca, pero no fue hasta 1909 cuando se introduce el procedimiento judicial sumario con limitadas causas de oposición, en beneficio del acreedor.

En efecto, la aplicación del derecho registral de influencia española en Cuba es una realidad, y de ella aún extrae la jurisprudencia del Tribunal Supremo cubano la aplicación del principio de fe pública registral esto es, la defensa del adquirente de inmuebles de buena fe y a título oneroso que inscribe en el Registro frente a vicios de nulidad en el título del transmitente.

La Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, que es la principal publicación jurídica del Colegio de Registradores, fundada en 1925 por D. Jerónimo González (por tanto en 2025 celebraremos su CENTÉSIMO aniversario) y de la que se hizo cargo en 1965 el CORPME como empresa editora, pero manteniendo su independencia, y que es una de las revistas de máximo prestigio en el ámbito del Derecho privado, ha querido contribuir a estas conmemoraciones con un número especial que recoge los principales trabajos aportados durante la celebración del 22 al 24 de abril de 2019, en la Facultad de Derecho de La Habana de la I Jornada Internacional sobre Fundamentos Teóricos y Prácticos de la Publicidad Registral; dedicada al estudio de la seguridad preventiva.

Se trata por tanto de una recopilación de distintos trabajos, fundamentalmente de autores cubanos, aunque no exclusivamente (está con nosotros precisamente JOSÉ ANTONIO SAAVEDRA CALDERÓN, que realizó un trabajo sobre *la publicidad registral desde la perspectiva peruana*). Hay también trabajos de autores españoles, como el del director de Relaciones Internacionales, Enrique MASIDE; de la entonces secretaria general de ELRA, Nuria RAGA; y de un trabajo mío sobre el Registro de Bienes

Muebles. Pero son fundamentalmente trabajos de autores cubanos los que se recogen en este número especial.

En efecto, yo tuve el honor de dictar la conferencia inaugural como exdirector de la Dirección de los Registros y del Notariado de España y presidente de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario y como registrador de la propiedad. Trabajo que se recoge en este número especial de la RCDI.

Procuré resaltar la relevancia de la creación de los registros de bienes muebles en Cuba, como mecanismo para obtener líneas de crédito para la financiación de las micro, pequeñas y medianas empresas, así como del denominado trabajo por cuenta propia que se está abriendo paso en Cuba (en los paladares, carros de colores en La Habana, y otras micro empresas). Debe destacarse que ya ha habido precedentes, como fue el proyecto de Ley del Registro de Bienes Muebles del año 1963 en Cuba, lo que demuestra que esa necesidad estaba latente desde la fecha. Y de hecho se utiliza mucho la Prenda sin desplazamiento de posesión como garantía.

El Registro de Bienes Muebles tiene como finalidad —igual que el Registro de la Propiedad en materia inmobiliaria— el evitar los riesgos de la evicción respecto de la contratación de bienes muebles, el fomento de la financiación para la adquisición de equipos móviles y para facilitar la seguridad y rapidez en la transacción sobre bienes muebles. En el trabajo destaco la suscripción por parte de España del Protocolo Internacional de Ciudad del Cabo de 2001 en materia aeronáutica que ha permitido la reducción del coste de la financiación en la adquisición de aeronaves, motores, y helicópteros, siendo el Registro de Bienes Muebles el punto de acceso al Registro internacional de garantías que se crea en dicho protocolo.

En otro de los trabajos que se recogen en este número especial Enrique MASIDE como director de Relaciones Internacionales del CORPME analiza críticamente el título III de la Ley Helms-Burton, que niega en EEUU el proceso de nacionalización llevado a cabo después del triunfo revolucionario en el año 1959. En este sentido destaca Enrique MASIDE que ello conlleva el desconocimiento de los mecanismos internacionales de reclamación y perjudica la seguridad jurídica que ofrece el sistema registral cubano, basado en el Registro de la Propiedad, a diferencia del sistema de seguro de títulos norteamericanos de menor eficacia.

Independientemente de las valoraciones que puedan hacerse desde una perspectiva política, la ley, desde un punto de vista jurídico, se considera contraria a normas y principios elementales del derecho internacional reconocidas ampliamente en la Carta de la ONU, entre ellos el principio a la autodeterminación, la soberanía y la independencia, la libertad de comercio, la no injerencia en los asuntos internos de otros Estados, la convivencia pacífica entre las naciones, la soberanía nacional sobre los recursos natu-

rales y el derecho a las nacionalizaciones. Otros principios violados son la libertad de financiamiento e inversión, la subordinación de las compañías mercantiles a las leyes del país residente, el reconocimiento la propiedad de acuerdo a las leyes del país donde radica el bien y la no jurisdicción de cortes internacionales o de terceros países sobre las expropiaciones de un país a sus nacionales, entre otros.

Sin embargo, la crítica más extendida se refiere a su extraterritorialidad pues implica que una ley, dictada por los Estados Unidos, pueda aplicarse más allá de sus propias fronteras a nacionales de terceros países. A título de ejemplo, si una empresa española desarrolla en la actualidad una actividad comercial en un terreno situado en Cuba de propiedad estatal pero que, antes de la Revolución, pertenecía a una empresa norteamericana, la citada Ley permite a tal empresa norteamericana demandar a la empresa española por los beneficios que esta obtiene.

Esto, además de contrario a los principios registrales, es perjudicial para el empresariado español o europeo, que no obstante no se encuentra desprotegido frente a reclamaciones de este tipo. La UE previó en su día determinadas acciones defensivas que se han activado con el levantamiento de la suspensión del título III de la ley Helms-Burton y que han pasado algo desapercibidas.

En efecto, el 22 de noviembre de 1996, el Consejo de la Unión Europea aprobó un Estatuto «antibloqueo» (Reglamento 2271/1996) en el que ofrece diversas medidas de protección a las empresas y ciudadanos europeos contra los efectos de la aplicación extraterritorial de la ley americana.

En todo caso la reacción a la ley Helms-Burton pasa por la necesidad de dotar de efectos jurídicos a los asientos de inscripción, especialmente el principio de fe pública registral, el cual debe estar amparado en la salvaguarda judicial ante los tribunales del país del lugar de situación del inmueble (*lex rei sitae*). La lógica del sistema registral conlleva como uno de sus principios más importantes el de fe pública.

En Jornada sobre Publicidad Registral de La Habana, recogidos en este número especial, se expusieron también los retos y desafíos en materia de integración o coordinación de los registros en Cuba. Se hizo la distinción entre integración, interconexión y coordinación, a partir de la propia naturaleza de cada registro en particular, desde la promulgación del Decreto Ley 335/2015. Cabe destacar el trabajo de Marta FERNÁNDEZ, vicedecana de la Facultad de Derecho de La Habana sobre la modernización de los Registros en Cuba, donde se plantea el interrogante ¿integración, unificación o conectividad de datos?

También se expuso la relación entre el Registro y el Catastro en Cuba, desde la necesaria coordinación de ambas instituciones a los efectos de garantizar la fiabilidad y certeza del objeto de la inscripción. Se abordó

el rol que posee el Registro de la Propiedad inmobiliaria en el desarrollo urbano de los gobiernos municipales, aseverándose que tal institución tiene un carácter eminentemente municipal. Se advirtió el imperativo de evitar la doble subordinación administrativa a la que están sometidos los Registros de la Propiedad en Cuba. Un interesante trabajo sobre los registros en materia agraria en Cuba, de Maritza MCCORMACK BEQUER se recoge también en el número especial.

Se recoge también en este número objeto de presentación, un interesante trabajo sobre la hipoteca en Cuba, que aborda la necesidad de la revisión de dicha institución como mecanismo de financiación efectivo para el sector empresarial emergente en Cuba. Se analizan las complejidades de su instrumentación notarial, el acceso al Registro y las problemáticas derivadas de su ejecución. GONZÁLEZ QUEVEDO, Joanna, GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Amanda, ROSABAL ROBAINA, Yuniel: *La hipoteca inmobiliaria en Cuba: reformulaciones de pasado y futuro*.

Resulta interesante comprobar como en la Facultad de Derecho de La Habana, se defiende la hipoteca como institución de progreso, para la búsqueda de financiación y como instrumento de desarrollo económico. Ya se ha dicho que formalmente rige en materia hipotecaria la Ley Hipotecaria española para las provincias de Ultramar de 1893, revivida por el Decreto Ley 214/2000, si bien hay que hacer las siguientes matizaciones, como resulta del citado trabajo:

- 1) Que la hipoteca solo puede recaer sobre viviendas de veraneo o de recreo, que en principio además son solo transmisibles *mortis causa*.
- 2) Que solo se puede realizar en favor de instituciones financieras cubanas o extranjeras autorizadas por el Gobierno cubano.
- 3) Que el procedimiento judicial sumario de la Ley Hipotecaria de ultramar no se suele utilizar sino los procedimientos de ejecución ordinarios (derivados del embargo) lo que introduce una falta de claridad en la figura.

En todo caso, y a pesar de estas limitaciones, es un comienzo para revivir la financiación territorial, que se ha dinamizado tras los Decretos Leyes 288 y 289/2011 que ha flexibilizado la compraventa de vivienda en Cuba, suprimiendo la autorización administrativa previa y el derecho de tanteo legal en favor del Gobierno.

Hoy en Cuba, aunque se parte en la nueva Constitución de la propiedad estatal socialista, se reconoce un ámbito a la propiedad privada y personal que abre la posibilidad de instrumentos de financiación y la necesidad de instituciones que garanticen la inversión, como es el Registro de la Propiedad.

Otros temas que también se explicaron en la Jornada sobre Publicidad Registral de La Habana, y que se reflejan en el número especial son:

a) las ventajas del registro de titularidades reales en España así como sus incidencias en la inversión extranjera; para luego abordarse los desafíos que implican para el Registro Mercantil la apertura a las micro, pequeñas y medianas empresas en Cuba. De igual manera en una ponencia posterior se hizo referencia a la necesidad de implantar un registro de titularidades reales en Cuba con especial referencia a la inscripción de las sociedades anónimas.

b) la génesis, organización y modificaciones en el Registro de Actos de Ultima Voluntad y Declaratoria de Herederos en Cuba, registro peculiar *ad hoc*, que brinda garantía a la ejecución de los títulos sucesorios. Sobre tan importante tema se señaló la necesidad de pensar en un Registro Iberoamericano de este tipo para garantizar la verdadera ejecución de los títulos sucesorios en los países de nuestro contexto geográfico. Asimismo, se analizaron los conflictos que pueden originarse entre el derecho a la intimidad y la publicidad registral, siendo dicho examen un reto ante la necesidad e inminente creación de la Ley de protección de Datos Personales en Cuba.

c) la oponibilidad de los contratos de licencias de marcas y patente, se subrayó los beneficios que garantiza la publicidad de este tipo de actos realizados por las partes, que se derivan de la fe pública registral que se vierte sobre los títulos que amparan la relación jurídica establecida entre estos. A su vez y en materia de Derecho de Autor se suscribió que es innegable la voluntariedad de la inscripción registral en esta materia, pero que alberga un valor probatorio al presumirse la autoría a favor de lo que figure en ella salvo prueba en contrario. ORDELIN FONT, Jorge Luis: *Peculiaridades del registro de los derechos de autor: su relación con el requisito de la originalidad*.

La última sesión de trabajo de la Jornada de Publicidad registral que se recoge en el número discutió sobre la modernización de los registros públicos y su impacto, garantizando la seguridad jurídica preventiva, las relaciones económicas y la inversión extranjera. A su vez la creación de los registros centrales fortalece la gestión de la inscripción, de la publicidad registral y el control sobre la base de la inscripción en soporte informático, la interoperabilidad y el uso del documento electrónico. En este sentido CASTRO CASTELO, Adriana y LEÓN GARCÍA, David, escribe sobre los *Retos de cara a la informatización de los registros inmobiliarios en Cuba*.

Por último, se disertó sobre los retos del registro de la propiedad en materia de protección de datos y nuevas tecnologías, particularmente a partir de los llamados «*smart contracts*» y los «*blockchain*». El Registro de la

Propiedad es el instrumento que posee el Estado para la protección de los derechos de los particulares en las transacciones inmobiliarias y aunque tiene que ser modernizado con incorporación de nuevas tecnologías no debe verse desbordado por tecnologías que no permiten el control de la legislación fiscal, de la protección de datos o el control de capacidad. Podemos destacar en este sentido los trabajos de SABENE, Mg Sebastián E.: *Desafíos actuales de los registros inmobiliarios: modernización, servicio público eficiente y seguridad jurídica* y RAGA SASTRE, Nuria: *Retos del Registro de la Propiedad en materia de protección de datos y nuevas tecnologías*.

En sentido general la Jornada sirvió como un espacio invaluable para el estudio y análisis de las diversas cuestiones en torno al Derecho Registral, el que otrora fuera llamado como la «Cenicienta del Derecho», y que con la presentación de cerca de 35 disertaciones entre conferencias y ponencias en la Jornada, evidenció que tal apelativo se encuentra totalmente alejado de la realidad. Además, en el marco del Congreso se suscribió una carta de intención para la constitución de la Red Iberoamericana de Estudios Registrales como reflejo del interés manifiesto de ponderar en el ámbito académico las investigaciones en esta materia.

En el número especial se recogen homenajes a autores cubanos, como el de ROSABAL ROBAINA, Yuniel sobre *Manuel Dorta Duque: Catedrático y Cátedra del Derecho y la Moral*. Ponencia homenaje al primer catedrático de derecho registral en Cuba. Otros homenajes fueron los realizados a Fernando MARTÍNEZ y Juan José RIVAS, registradores que han dedicado muchas horas de su vida a la formación de registradores cubanos.

Creemos que este número especial de la RCDI dedicado a Cuba es reflejo del papel esencial que desempeña en la actualidad la seguridad preventiva en la contratación y en el fomento del crédito, y que puede contribuir al desarrollo del incipiente entramado empresarial.

El papel de los registradores de la propiedad en todo el mundo es esencial, y es independiente como decía hace poco nuestra Decana de los sistemas políticos, y lo mismo sirve para fomentar el crédito, las transacciones de propiedad, como también para fomentar el control por el Estado de la regularidad del urbanismo, licencias administrativas, tanteos y retractos legales para preservar el patrimonio cultural, histórico, urbanismo, etcétera.

En la seguridad de que este número especial de la RCDI dedicado a Cuba podrá contribuir al desarrollo económico y financiero de nuestro pueblo hermano, agradezco la presencia en este acto del Embajador de Cuba, de la Decana del CORPME, y de todos cuantos están aquí presentes.

• El miércoles 22 de enero se celebró en el Colegio de Registradores de España la *JORNADA «Concurso de acreedores y Registro. Puntos de encuentro»*

10:00 h Apertura

María Emilia ADÁN. Decana del Colegio de Registradores de España.
Teresa VÁZQUEZ PIZARRO. Magistrada titular del Juzgado mercantil n.º 9 de Madrid. Delegada para los Juzgados Mercantiles.

10:30 h. Primer bloque: VENTA DE BIENES GARANTIZADOS EN FASE COMÚN Y DE CONVENIO. ESPECIAL REFERENCIA A LA POSICIÓN DEL HIPOTECANTE NO DEUDOR Y DE LA CANCELACIÓN DE CARGAS TRAS LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO.

Ponentes:

Manuel MATAS BENDITO. Registrador de la propiedad de Zaragoza.
Bárbara M.^a CÓRDOBA ARDAO. Magistrada especialista mercantil titular del Juzgado mercantil n.º 13 de Madrid.

12:00 h. Segundo bloque: VENTA DE BIENES AFECTOS A PRIVILEGIO ESPECIAL EN FASE DE LIQUIDACIÓN; CANCELACIÓN DE CARGAS.

Ponentes:

María ÁLVAREZ GARCÍA-ROVÉS. Registradora de la propiedad de Puigcerdá.
Yolanda RÍOS LÓPEZ. Magistrada especialista mercantil titular del Juzgado mercantil n.º 1 de Barcelona.
María Jesús PALMERO SANDÍN. Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado mercantil n.º 6 de Madrid.

13:00 h. Tercer bloque: EMBARGO Y DISPOSICIÓN DE INMUEBLES INSCRITOS A FAVOR DE SOCIEDADES DE CAPITAL EXTINGUIDAS POR CONCLUSIÓN DE CONCURSO.

Ponentes:

Álvaro José MARTÍN MARTÍN. Registrador mercantil de Murcia.
Jacinto TALENS SEGUÍ. Magistrado especialista mercantil titular del Juzgado mercantil n.º 2 de Valencia.

COORDINADORES DE LA JORNADA:

Bárbara M.^a CÓRDOBA ARDAO. Magistrada especialista mercantil titular del Juzgado mercantil n.º 13 de Madrid.
Pedro BELLÓN DEL MORAL. Registrador de la propiedad de Zaragoza.

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

MUÑIZ ESPADA, Esther (directora). *La protección del consumidor en la vivienda colaborativa*, Edit. Wolters Kluwer, LA LEY, 2019, 598 páginas.

por

ALEJANDRO GUERRA PÉREZ

Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

Como adelanto de las conclusiones que saldrán a la luz del Proyecto I+D del Programa Estatal de Fomento de la Investigación científica y técnica de excelencia, Subprograma Estatal de generación de conocimiento, *Los consumidores en la vivienda colaborativa*, Esther MUÑIZ ESPADA, investigadora principal del mencionado proyecto y catedrática de Derecho civil, ha dirigido la presente obra de la que forman parte dieciséis autores.

A grandes rasgos, el presente volumen parte de la premisa de que actualmente está suficientemente acreditada la consolidación de la economía colaborativa en nuestra sociedad. Además, como se puede deducir a lo largo de la obra, actualmente se ha alcanzando un consenso acerca de las notas que definen esta *sharing economy*, la cual, cada vez afecta a más sectores, llegando incluso a superar a la economía tradicional. Casi todos los autores que han participado en el libro coinciden en la necesidad de una regulación concreta y específica para cada tipo de relación colaborativa, que no fragmente el mercado, y que proteja a los consumidores. Tras introducir al lector en el mundo de la economía colaborativa, y apuntar bastantes reflexiones sobre la misma, los autores se centran en el sector inmobiliario, interesándose sobre todo en definir qué se entiende por vivienda colaborativa, cuál es su regulación vigente, y en determinar las pautas para proteger al consumidor en el mencionado sector.

Llegados a este punto, resulta muy interesante conocer la estructura del libro. Al ser muchos los autores que han colaborado en el alumbramiento de la obra, la presentación de Esther MUÑIZ ESPADA resulta fundamental para hacerse una idea genérica del contenido y enfoque del libro. A continuación, la introducción, realizada por Luis Humberto CLAVERÍA GOSÁLBEZ, refuerza el valor doctrinal del libro ya que toca los ámbitos más específicos y cambiantes de la nueva contratación, y las nuevas categorías señalando algo fundamental desde nuestra humilde opinión: el estudio de la causa del contrato es clave para inferir en su tratamiento. Por tanto, no debería descuidarse la causa del contrato a la hora de regular las distintas relaciones colaborativas. Tras la presentación e introducción, la obra se divide en tres grandes áreas temáticas: «*la vivienda colaborativa y su análisis transversal*», «*la protección del consumidor en el fenómeno de la vivienda colaborativa*», y «*los ulteriores desarrollos del mercado inmobiliario*». La primera de las mencionadas áreas está compuesta por seis capítulos; la segunda, por

otros seis; y la última, por dos. Cada uno de los mencionados capítulos ha sido confeccionado por un autor distinto por lo que podemos considerar la obra de un gran valor doctrinal y científico.

Los seis capítulos que conforman el área de la vivienda colaborativa y su análisis transversal abordan el estudio de la economía colaborativa en distintas disciplinas y ámbitos. Así, por ejemplo, la profesora Dolores DIZY MENÉNDEZ muestra una visión de la *sharing economy* desde el punto de vista económico, señalando su rápido nacimiento, su potencial expansivo gracias a las plataformas digitales, su situación en Europa, la falta de consenso en su definición, y la nueva oportunidad que la misma brinda. Al ejemplo mencionado hay que sumar el capítulo realizado por Juan Carlos GAMAZO CHILLÓN en donde se observa un análisis económico más genérico, se mencionan los sectores afectados por la economía colaborativa, y cuáles son sus principales retos y desafíos futuros. Por otra parte, la autora Asenet SOSA ESPINOSA sitúa el concepto de la vivienda colaborativa en el contexto de la Sociología y realiza una reflexión sobre la globalidad de este fenómeno en España. El autor Giuseppe SPOTO aporta a la obra una visión internacional, principalmente desde el punto de vista italiano, haciendo hincapié en nuevas formas de vivienda colaborativa y en nuevas figuras contractuales. Los dos últimos capítulos de esta área temática son muy enriquecedores. En el penúltimo, los autores Francisco Javier COMPANY CARRETERO y David MUÑOZ PÉREZ se plantean si la vivienda colaborativa es la solución a los problemas derivados de la falta de eficacia de las políticas públicas de vivienda, también se cuestionan sobre si ese tipo de vivienda garantiza el acceso a una vivienda digna, y analizan todo ello poniéndolo en relación con los distintos planes estatales de vivienda y suelo, y la normativa autonómica valenciana. En el último, Luisa VICEDO CAÑADA ofrece un enfoque de la economía colaborativa desde el punto de vista laboral, sobre todo a raíz de la introducción de las plataformas digitales. La mencionada autora señala los principales puntos de conflicto que se están dando en la jurisdicción social (trabajadores por cuenta ajena o propia, falsos autónomos...), aporta su opinión de cómo debería ser el modo de contratación, y señala la necesidad de una nueva figura legal para los trabajadores que prestan servicios a través de plataformas digitales.

La segunda área temática del presente volumen se adentra mucho más en la vivienda colaborativa y en la protección del consumidor. En el primero de los capítulos de la mencionada área, Asunción MARÍN VELARDE habla sobre la vivienda turística, destacando como ha cambiado su situación con la irrupción de las plataformas digitales, como la figura del consumidor ha variado y mejorado, cual es el marco jurídico actual de este tipo de viviendas, y la posición jurídica del consumidor-usuario en ellas. Germán DE CASTRO VÍTORES en cambio, se centra en los diferentes intereses que subyacen en la vivienda turística, haciendo hincapié sobre todo en la propiedad horizontal. El capítulo X dirigido por Pablo AMAT LLOMBART explica en que consiste el *crowdfunding financiero*, y principalmente el *crowdfunding inmobiliario*, es decir, los proyectos inmobiliarios sufragados mediante plataformas de financiación participativa. En cuanto al capítulo XI, Diego VIGIL DE QUINONES OTERO, registrador de la propiedad, introduce la figura de los condohoteles, señalando la carencia regulatoria en España de esta figura, salvo en ciertas comunidades autónomas, su incompatibilidad con la definición de economía colaborativa y su tratamiento registral. El mencionado autor concluye su participación mencionando puntos clave que garantizan la protección del consumidor en el ámbito de los *condohoteles*. El capítulo XII versa sobre el *cohousing* y la vivienda compartida. En dicho capítulo, Fernando

MORENO MOZO desenmascara y analiza lo que esconde realmente la covivienda, llegando a la conclusión de que no introduce nada realmente novedoso. En cuanto a la vivienda compartida, el autor se cuestiona si realmente la vivienda compartida puede incardinarse dentro de la economía colaborativa. Por último, los registradores de la propiedad José Antonio ALBORCH DE LA FUENTE y Emilio SÁNCHEZ GONZÁLEZ abordan, en el capítulo XIII, la protección de los usuarios de la vivienda colaborativa a través del Registro de la Propiedad, pero no desde un punto de vista registral, sino desde la perspectiva del Registro como institución pública al servicio del ciudadano.

La última área temática de la presente obra introduce ulteriores desarrollos del mercado inmobiliario. El capítulo XIV, titulado *La Tokenización de inmuebles: ¿economía colaborativa o mercantilización extrema?*, dirigido por el notario Manuel GONZÁLEZ-MENESES, resulta ser un capítulo novedoso, e intrigante, ya que presenta la figura del *blockchain* y la *tokenización* de activos, y plantea la posibilidad de la transmisión de un inmueble se realice mediante una aplicación móvil. Por último, Javier GÓMEZ GÁLLIGO, registrador de la propiedad, letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y vocal permanente de la Comisión General de Codificación, aborda en el último capítulo del libro *El Registro de la Propiedad y los nuevos desafíos del blockchain*, las incompatibilidades entre el sistema registral y el *blockchain*, apunta como se están tratando las relaciones jurídicas en las que aparecen bitcoins o criptomonedas, y deja expuesta la idea de que el *blockchain* no debería suplantarse al sistema registral, sino mejorarlo.

NASARRE AZNAR, Sergio, *Los años de crisis de la vivienda: De las hipotecas subprime a la vivienda colaborativa*, Editorial Tirant Lo Blanch, 2020.

por

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

Presidente de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

Sergio NASARRE es catedrático de Derecho civil en la Universidad Rovira Virgili (Tarragona), que tantos buenos recuerdos me trae de mi estancia durante casi diez años en esta ciudad, patrimonio de la Humanidad, como registrador de la propiedad y profesor asociado. Él entonces no se había acreditado de catedrático, pero ya se veía venir que no tardaría en hacerlo, al igual que otros brillantes colaboradores del profesor Pedro DEL POZO CARRASCOSA. Ahora Sergio NASARRE es además director de la cátedra UNESCO de Vivienda de la citada Universidad y verdadero experto a nivel internacional en esta materia. Ha publicado numerosos libros sobre el mercado hipotecario primario y secundario y es conferenciante de prestigio en temas relacionados con la vivienda. Ha participado en numerosas normas en relación a la vivienda, como la ley catalana 19/2015, de 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida al libro quinto del Código civil de Cataluña.

El libro «Los años de crisis de la vivienda» es resultado de muchos años de investigación sobre la crisis económica que se inicia en 2007 en Estados Unidos como consecuencia de la titulización de productos *subprime* pero que termina arrastrando a Europa y a todo el mundo. Es un viaje en el tiempo y en el espa-

cio (pues se analizan los sistemas de Norteamérica, Europa y España) que nos lleva de la financiación de la vivienda vía titulización a la vivienda colaborativa más actual.

Constituye la obra un muy buen análisis de la ausencia de control que tuvieron las hipotecas norteamericanas y del deficiente sistema registral, que se tradujo en una desprotección de los consumidores hipotecarios frente al sobreendeudamiento, y opacidad en las transacciones hipotecarias a efectos de titulización, evasión de tributos, conflicto de intereses y dificultades de ejecución.

En Estados Unidos —señala el autor— las normas registrales están anticuadas, se basan en el folio personal y no en el principio de folio real y aunque rige el principio de prioridad, la inscripción de las hipotecas no es constitutiva ni necesaria para su validez. No existe un Registro de la Propiedad único y público a nivel federal. Los *County Recorders* tienen una diversidad normativa en la llevanza de los asientos y de su operativa, haciendo la búsqueda en estos Registros muy costosa y lenta. Tampoco —salvo en Louisiana— los notarios realizan funciones de seguridad preventiva ya que no pertenecen al notariado de tipo latino. La consecuencia de la inexistencia de un sistema público de seguridad jurídica en las transacciones es el desarrollo de las *title insurance companies* que se han especializado en asumir los costes de las incertidumbres asociadas a la adquisición del dominio y de los derechos reales sobre inmuebles. Cuando se contrata un crédito hipotecario que va a titulizarse el prestamista (originador de la titulización) contrata al mismo tiempo una póliza de seguro del título, de manera que, si hubiera algún problema inesperado en la creación de la hipoteca, los daños los cubriría la póliza. Al mismo tiempo la función de registro de la propiedad la lleva un registro privado electrónico (MERS) auspiciada por los principales bancos hipotecarios. Incluso el propio MERS llega a figurar como acreedor hipotecario por delegación de estos, lo que originó numerosos problemas en relación a la ejecución. Todo esto contrasta con el sistema español en el que la llevanza está a cargo de una autoridad pública independiente como son los registradores de la propiedad.

Las causas de la crisis económica mundial las relaciona el autor con una deficiente infraestructura jurídica. Los economistas fallaron estrepitosamente en su trabajo, y sin embargo los «tiburones de las finanzas» siguen aparentando saberlo todo. Los juristas aparecen como los «pagafantas» de la fiesta, los que quieren fastidiar la *grande bouffé*. Muchos de los males precisamente proceden de la distorsión del sistema civil por los economistas. Los males llegaron a Estados Unidos debido a un marco hipotecario y registral medieval, que generó un sistema privado alternativo al legal de registración de hipotecas controlado por los propios prestamistas, con escasa supervisión pública. La falta de marco legal para la titulización agravó el problema, al permitir titularizar valores hipotecarios sobre otros valores hipotecarios, de manera que la garantía subyacente, el inmueble, era cada vez más lejana, construyendo así un falso castillo de naipes.

Todo ello unido al sobreendeudamiento familiar relacionado con la vivienda hipotecada en propiedad, generado por la crisis financiera internacional y el desempleo fueron la raíz de los desahucios en España. Todo ello en un contexto de malas prácticas bancarias, donde se denominaban participaciones preferentes a productos que eran las últimas en poder cobrarse en caso de concurso de la entidad emisora, que carecían de liquidez pues dependían del mercado secundario y no tenían rentabilidad asegurada; donde se denominaban —y aún se denominan— cédulas hipotecarias a títulos que no son cédulas ni son hipote-

carias a causa del galimatías del artículo 12 de la Ley de Mercado Hipotecario; donde no se formalizaban, pese a estar previstas legalmente en el artículo 140 de la Ley Hipotecaria, las hipotecas de responsabilidad limitada que hubieran evitado el debate sobre la dación en pago obligatoria; en fin, todo un mundo de cláusulas abusivas en la contratación bancaria (cláusulas suelo, préstamos en moneda extranjera o multdivisa, índices de referencia discutibles como el IRPH, swaps de tipos de interés, intereses moratorios abusivos,...) en claro detrimento del consumidor.

La titulización es estudiada ampliamente, poniendo de manifiesto sus ventajas e inconvenientes. Entre las ventajas destacan la mejor financiación de las entidades de crédito, ya que permiten a los acreedores hipotecarios acudir directamente al mercado de capitales y financiarse sin necesidad de acudir a fórmulas tradicionales de endeudamiento como el préstamo. Se evitan los costes de capital y de oportunidad que implica la mera tenencia improductiva del crédito hipotecario mantenido inmovilizado. No obstante, puede conllevar efectos para el consumidor de una posible desprotección derivada de que el crédito hipotecario no esté ya en manos de la entidad de crédito sino de un interlocutor cuyo perfil es más bien la de ser un inversor; lo que ha conducido en ocasiones a malas prácticas bancarias, como la de cubrir el riesgo con derivados financieros.

El libro es un compendio de análisis sobre los más diversos temas relacionados con la vivienda y el mercado hipotecario primario y secundario. Se analizan los sistemas registrales, las hipotecas y sus cláusulas, la dación en pago, la ejecución, la valoración de los inmuebles, la titulización, el papel de las agencias de calificación (que nunca llegaron a ser declaradas responsables de las buenas calificaciones dadas a emisiones subprime que tantos perjuicios acarrearón) y sus conflictos de interés con las entidades prestamistas. Todo ello desde una perspectiva de Derecho comparado (son de destacar la cantidad de gráficos y tablas comparativas que se ofrecen a lo largo de las 656 páginas del libro), pero también con referencia a las principales reformas llevadas a cabo en España para tratar de superar la crisis financiera y del sistema hipotecario.

El autor es decidido partidario de afrontar nuevas tenencias de vivienda que son también analizadas en el libro, como la propiedad temporal y compartida; la vivienda colaborativa; las cooperativas de viviendas en régimen de cesión de uso; y por supuesto la vivienda en alquiler; a la que se le dedica un amplio estudio.

Toda la obra parte de la base de la incidencia que la propiedad privada de la vivienda puede llegar a tener en el desarrollo económico de un país, lo que es más relevante en países como España donde la vivienda en propiedad ronda el 85%. Aunque no es sencillo alterar las estructuras civiles tradicionales, propugna profundos cambios que solucionen la problemática del acceso a la vivienda desde el Derecho civil, que debe ser capaz de contribuir a hacer política de vivienda y conseguir viviendas asequibles. De ahí la necesidad de diversificar las formas de tenencia de la vivienda, las que denomina el autor «tenencias intermedias».

En definitiva se trata de una excelente obra de análisis de los problemas de la crisis inmobiliaria de los últimos 14 años, de estudio de las reformas abordadas en España y —de las adoptadas con menor intensidad del que debieran en EEUU— y de las posibles soluciones a la necesidad de una adecuada regulación que facilite a las personas vivienda asequible, todo ello desde la perspectiva de un jurista, de un catedrático de Derecho civil, al que no le es ya ajeno ni mucho menos el análisis macroeconómico. Hay que dar por tanto la enhorabuena al autor.

VIVAS TESÓN, Inmaculada, *Las inmisiones por tenencia de animales de compañía en inmuebles en régimen de propiedad horizontal*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.

por

PEDRO BOTELLO HERMOSA

*Acreditado como Profesor Contratado Doctor por la ANECA
Profesor de Derecho civil de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla*

En estas líneas abordamos la reseña de una obra, fruto científico de varias estancias de investigación de su autora en el extranjero, que queda incluido en el resultado de diversos Proyectos de Investigación.

Ante todo, comenzaremos por destacar que Inmaculada VIVAS TESÓN, Profesora Titular de Derecho civil de la Universidad de Sevilla y discípula del Catedrático de Derecho Civil Ángel LÓPEZ LÓPEZ, tiene una sólida e intensa trayectoria investigadora, con más de un centenar de publicaciones, que avala el contenido técnico-científico de esta nueva obra.

La misma se estructura en tres Capítulos, a los que acompañan una rica bibliografía y un amplísimo repertorio jurisprudencial sobre la temática objeto de estudio, lo cual convierte la monografía que tenemos entre manos en una guía perfecta para saber cómo están resolviendo nuestros tribunales algunos de los problemas más importantes que pueden plantearse en relación con los animales de compañía y las molestias que estos pueden llegar a causar en una comunidad de vecinos.

El primer capítulo, tras la acertada reiteración por parte de la autora en cuanto a que los animales NO SON COSAS, se centra en un extenso repaso normativo internacional respecto a la protección y bienestar animal, para acto seguido dejar al descubierto lo deficiente que es en la actualidad el ordenamiento jurídico español en dicho sentido, como se acredita con el contenido de la propia Constitución, donde no se hace alusión alguna a los animales, así como con la cosificación que siguen padeciendo estos en el Código civil, si bien, como noticia «positiva», destaca la labor desarrollada en los últimos años por nuestro legislador en los ámbitos del Derecho administrativo (donde encontramos diecisiete leyes autonómicas, todas diferentes), y del Derecho penal, cuyo Código tipifica, aunque de forma insatisfactoria, los delitos de maltrato y abandono animal.

La Profesora VIVAS TESÓN expresa su apuesta decidida por la necesidad actual de que Naciones Unidas dé un paso más en relación con la protección del bienestar de los animales, proponiendo valientemente la necesidad de una Convención Internacional sobre la protección del bienestar animal, que sea directamente vinculante y aplicable en los Estados Parte.

Termina el primer capítulo definiendo los animales de compañía, junto a los legalmente estigmatizados animales potencialmente peligrosos, así como a los perros de asistencia a las personas con discapacidad y los animales de apoyo emocional.

El segundo capítulo se titula *Animales de compañía y Propiedad Horizontal: Marco normativo*. En él la autora estudia la regulación legal que existe en nuestro país respecto a las inmisiones derivadas de estos y las molestias que puedan causar en los inmuebles sujetos a régimen de propiedad horizontal, no sin antes traer a colación la regulación de la Ley italiana 220/2012, en la cual se recoge expresamente que las comunidades de propietarios no pueden,

en sus reglamentaciones internas, prohibir a los comuneros tener un animal doméstico.

Respecto a la regulación legal española, destaca la autora la multidisciplinariedad del tema en estudio, el cual concierne al Derecho civil, al Derecho administrativo o incluso al Derecho penal, repasándose a lo largo de este segundo capítulo diversas normas de nuestro sistema jurídico que regulan la materia, si bien otorga especial trascendencia al análisis del artículo 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal, por ser este la piedra angular del marco legal aplicable a los problemas generados en el seno de las comunidades de vecinos en relación a la tenencia de animales de compañía, ya que en dicho precepto se recogen las necesarias limitaciones legales al ejercicio concurrente de derechos de uso y disfrute y la defensa ante conductas no tolerables mediante la llamada acción de cesación.

Y el tercer y último capítulo, titulado *La problemática litigiosa en torno a las inmisiones por tenencia de animales en una comunidad de vecinos*, es, en mi opinión, el que más interés práctico puede suscitar en el lector; ya que en el mismo se dedican casi ochenta páginas al estudio jurisprudencial de las controversias que más frecuentemente genera la tenencia de animales de compañía en un inmueble en régimen de horizontalidad, siendo la gran mayoría de los casos litigiosos aquellos relacionados con «perros, aunque también destacan los de gatos y pájaros», según afirma la autora.

La última parte del capítulo y, a su vez, de la monografía, estudia con sumo detenimiento la acción de cesación de actividades prohibidas en los Estatutos o molestas, también desde un punto de vista jurisprudencial, centrándose en primer lugar en los requisitos previos a su interposición, para acabar tratando el *iter* del procedimiento judicial tras la interposición de la demanda con la que se pretende hacer cesar las inmisiones vecinales en general y, más concretamente, las procedentes de la tenencia de animales de compañía.

En definitiva, la magnífica obra que he tenido el honor de comentar, titulada *Las inmisiones por tenencia de animales de compañía en inmuebles en régimen de propiedad horizontal*, está escrita con calidad, rigor y sensibilidad desde un serio compromiso intelectual y universitario con la ciencia jurídica, pudiendo encontrar en ella una gran cantidad de reflexiones y sugerencias de suma utilidad no solo para el jurista, sino también para cualquier persona que tenga un animal.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

1. NORMAS FORMALES DE PRESENTACIÓN

Conforme a los criterios de calidad exigidos tanto por las normas del CIN-DOC (Centro de Información y Documentación Científica) como por las de otras importantes bases de datos del ISI (Institute for Scientific Information), y con el fin de conseguir su inclusión en el Journal Citation Reports (JCR), se establecen las siguientes normas de publicación de trabajos en la RCDI.

1.1. Autoría

Los trabajos que se presenten para publicar en RCDI no podrán incluir los datos de autoría dentro del texto de dicho trabajo, con el fin de que se pueda realizar el proceso de evaluación ciega, según el protocolo de la propia Revista.

En la ficha de alta como usuario, que necesariamente debe cumplimentar cada colaborador, se recogerán los datos personales y académicos del autor, datos que serán los que aparecerán en el texto que finalmente se publique.

1.2. Encabezamiento

Al inicio de todos los trabajos deberán constar los siguientes datos:

- Título del trabajo, *en minúsculas*, que deberá reflejar fielmente el contenido de artículo, *en español y en inglés*.
- Resumen del artículo con un máximo de 250 palabras.
- Resumen del artículo en inglés (*abstract*).
- Palabras clave: de 5 a 10 palabras clave.
- Palabras clave en inglés (*key words*).

1.3. Extensión

- Los estudios tendrán una extensión entre 25 a 40 folios.
- Los dictámenes y notas, de 10 a 25 folios.
- Los estudios jurisprudenciales, de 10 a 20 folios.
- Las 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 Nombre y Apellido (ed./dir./coord.), Título de Libro (en cursiva). Ciudad: Editorial (pp. Inicial y final).

Ej.: DIAZ FRAILE, J.M. (2017). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)* Vol. 7º (2015). Madrid: Dykinson, BOE, Colegio de Registradores de España (pp. 47-63).

- Artículo:
APELLIDOS, Inicial del Nombre. Año (entre paréntesis). Título del artículo. Nombre de la Revista en cursiva, nº de la revista, páginas inicial y final.

Ej.: GÓMEZ PÉREZ, A. (1969). Los alimentos debidos a la viuda encinta. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, 373-401.

- Documento electrónico:
Además de lo indicado anteriormente según sea libro o artículo, debe indicarse [En línea], la dirección URL y la fecha de publicación o la de su más reciente actualización.

Ej.: GÓMEZ POMAR, F. (2001). Carga de la prueba y responsabilidad objetiva. *InDret* [En línea], núm. 40, disponible en <http://www.indret.com/cas/artdet.php?Idioma=cas&IdArticulo=139>

Conviene recordar que la forma de citar en texto correspondiente a las normas APA varía respecto a la tradicional de forma que:

- Tratándose de referencias bibliográficas en texto, se introducen en el propio texto de la siguiente forma: (autor, año de publicación y página).

La cita completa se desarrolla conforme a las normas que se acaban de exponer en la bibliografía recogida al final del artículo, no al pie de página.

Ej.: La viuda encinta se hace merecedora de los alimentos (GÓMEZ PÉREZ, 1969, 373), por lo que sería conveniente...

- Tanto las citas con referencia bibliográfica como las Notas que sean aclaratorias o informativas, irán siempre al final del artículo, correlativamente enumeradas y no en la página en que corresponda insertar la cita.

3. OTRAS NORMAS DE ESTILO

3.1. Cita de normas jurídicas

La primera cita de una norma, en el texto, será completa. Por ejemplo:

Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV o Ley 15/2015).

Los términos «Constitución española», «Código civil», «Código de Comercio», «artículo», «párrafo», «número», «disposición», etc., se escribirán de forma completa en el texto, salvo que sea entre paréntesis o entre corchetes, en cuyo caso se puede emplear la abreviatura (CE, CC, CCo, art., pfo., núm., disp.).

3.2. Uso de la mayúscula

Es conveniente el empleo de minúsculas en las iniciales de cargos u oficios (registrador, notario, abogado...), órganos (tribunal, juzgado...), preceptos (artículo, decreto...), dejando el uso de la mayúscula inicial para los nombres de personas e instituciones (Audiencia Provincial, Juzgado de lo Mercantil, Registro de la Propiedad...) y para los títulos de las normas.

El Consejo Editorial y de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario rechazará los trabajos que no cumplan las normas de publicación que se indican.

Se informa que en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, los datos personales facilitados a Revista Crítica serán tratados de forma confidencial y quedarán incorporados a los respectivos ficheros de los que es responsable el Colegio de Registradores, con las finalidades que se detallan en el Registro General de Protección de Datos, no siendo utilizados para finalidades incompatibles con estas. Los datos recabados podrán ser cedidos en los casos previstos para cada fichero en dicho Registro. La Revista Crítica pone en conocimiento su política de privacidad, disponible en su página web. Le informamos que la Revista Crítica asegura el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en los términos establecidos en la legislación vigente, pudiendo utilizar para ello cualquiera de los canales de comunicación del Colegio de Registradores, con domicilio en la calle Diego de León nº 21, 28006 Madrid, utilizando el servicio de Soporte LOPD (902181442 / 912701699), a través de la dirección de correo electrónico soporte.lopd@corpme.es.



Suscripción anual: 120,99 €
Número suelto: 23 €

ISSN 0210-0444

